



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2020

FASCICOLO 1

Giugno 2020



INDICE

MASSIMO LA TORRE, *Editoriale* pag. 4

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI - ANDREA PORCIELLO,
Presentazione pag. 14

IL GIUDICE COSTITUZIONALE TEDESCO E LA BANCA CENTRALE EUROPEA

ANTONIA BARAGGIA – GIUSEPPE MARTINICO, *Who is the Master of the Treaties? The Compact Theory in Karlsruhe* pag. 19

OMAR CHessa, *Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica* pag. 30

MARCO GOLDONI, *Il ragionamento della Corte di Karlsruhe e l'autonomia della BCE* pag. 49

FERNANDO LOSADA, *On European Macroeconomic Integration and the Ensuing Clash of Courts: Apropos the German Constitutional Court Ruling on the ECB's Public Sector Purchase Program* pag. 58

LEONARDO MELLACE, *Lo "scacco" di Karlsruhe all'integrazione europea: un commento alla sentenza del 5 maggio 2020* pag. 67

SAGGI

MICHAEL NEUMANN, *Fat and Thin Conceptions of the Rule of Law* pag. 76

DANIELA TARANTINO, *Pastorale giudiziaria e nullità matrimoniale. Il ruolo dell'avvocato nell'accompagnamento processuale delle parti* pag. 84

MARCO Q. SILVI, *Di cosa si parla quando parliamo di atti giuridici* pag. 99

n. 1/2020

MUSTAFA YASAN, *The Administration of Justice in Turkey: The Role of the Lawyers* pag. 128

ANNAMARIA ABBRUZZESE, *La rinunzia alla proprietà immobiliare: tra funzione sociale e meritevolezza degli interessi. Spunti per una riflessione comparata* pag. 141

ANGELA MARIA GIORGIANA GALATO, *Il diritto di critica all'operato della magistratura: tra «maggiore rigore» interpretativo e giusta opera di bilanciamento* pag. 169

ARIANNA MACERATINI, *Lo spazio e il tempo del diritto. Riflessioni sulla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann* pag. 200

FEDERICA NANCI, *Immigrazione e inclusione sociale: l'accesso ai servizi bancari e finanziari* pag. 222

ANTONIO VITALE, *Hate speech e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio* pag. 261

STEFANO ZOCCALI, *Le nuove ricadute nell'ordinamento italiano della Sentenza G.I.E.M. della Corte Edu: le Sezioni Unite Perroni sulla possibilità di rinviare al giudice di merito la valutazione della proporzionalità della confisca* pag. 283

DISCUSSIONE

LUIGI MARIANO GUZZO, *Coronavirus, politica ecclesiastica e protocolli sanitari: dalla bilateralità pattizia alla multilateralità estesa* pag. 313

SERENA MINNELLA, *Alcuni appunti sulla norma della distanza sociale* pag. 330

MARIA CARLOTTA RIZZUTO, *Cronaca sull'impresa agricola ai tempi del Coronavirus: sulla natura essenziale delle attività produttive* pag. 346

CRONACHE

PERSIO TINCANI, *Un ricordo per José Calvo* pag. 371



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

n. 1/2020

RECENSIONI

MATTEO MONTI, *Affrontare la vexata quaestio della secessione rifuggendo dai dilemmi morali: una prospettiva interdisciplinare* pag. 376

ATTILIO ALESSANDRO NOVELLINO, *A proprio agio nell'Altro*. B.C. Han, *Che cos'è il potere?*, Nottetempo, Milano, 2019, pp. 135 pag. 383



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MASSIMO LA TORRE

Editoriale

Noli me tangere



n. 1/2020

MASSIMO LA TORRE*

Editoriale

Noli me tangere

Il Novecento, il secolo ventesimo, è stata un'epoca di grandi rivolgimenti, di speranze e di disperazione estrema. È il secolo cui si consuma l'egemonia europea, nel quale l'Europa cessa di essere il baricentro del mondo, anche se rimane un secolo essenzialmente europeo perché è lì, nel Vecchio Continente, che si dispiega la grande tragedia delle due guerre mondiali, dei totalitarismi, e dello sterminio di massa. Ed è ancora la pacificazione di questo continente, nonostante la sua divisione in due aree di influenza contrapposte, che segna gli anni del secondo dopoguerra. Ed ancora lì con la caduta del muro di Berlino si inaugura una diversa era di relazioni internazionali e di politiche sociali ed economiche. C'è allora chi ha definito quel tempo, il Novecento, come il "secolo breve". È la definizione di Eric Hobsbawm, come è noto. Il Novecento sarebbe tutto racchiuso tra lo scoppio del primo conflitto mondiale, il fatidico agosto del 1914, e il 9 novembre del 1989, data in cui si apre la frontiera fino ad allora invalicabile tra Berlino Orientale e Berlino Occidentale, la "caduta del muro". Si tratterebbe insomma di soli settantacinque anni, fondamentalmente marcati da due guerre mondiali, dalla Rivoluzione russa, e poi da nazismo e comunismo sovietico. Sarebbe l'epoca della grande speranza della politica, o meglio della sua hybris, dell'idea che con la politica si può cambiare il mondo in maniera radicale, sia essa una politica di giustizia sociale, oppure di un diabolico tentativo di cancellare diritti, culture e persino umanità e razza. La politica lo può tutto, e lo Stato con il suo nume tutelare, Marte, la guerra, la violenza, è onnipotente. E dietro questa violenza una massa di popolo, sia esso una massa rivoluzionaria di proletari, sia esso una armata

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

di soldati ben addestrati e assi motivati. Li si lancia contro il nemico, e questi marceranno verso la vittoria. L'economia sottostà ai battaglioni di armati. Marte vince su Mercurio, lo domina assolutamente.

Ma si potrebbe sostenere plausibilmente che il Novecento perdura oltre il 1989. Il fallimento del cosiddetto "socialismo reale" nei Paesi dell'Europa orientale è accompagnato da un violento processo che potremmo anche definire "controrivoluzionario", una restaurazione dall'alto, niente affatto dal basso, della forma capitalistica di produzione e distribuzione economica. Società in cui la casa d'abitazione per esempio è concessa a tutti ed è un bene sociale vedono reintrodursi la proprietà privata. Fabbriche, imprese, di proprietà collettiva si ristrutturano in società per azioni. L'educazione pubblica viene privatizzata. Lo stesso dicasi delle pensioni e della sanità. Si dà un processo di espropriazione del bene pubblico, che non ha per radicalità nulla da invidiare alla stagione delle "enclosures" inglesi nel diciottesimo secolo. La grande trasformazione di cui parlava Karl Polanyi, vale a dire l'addomesticamento del capitalismo, viene interrotta; anzi si rimettono le cose così com'erano prima della crisi del '29 e del New Deal. Il capitale finanziario e la speculazione di borsa diventano un fatto di massa, e la distanza salariale, la differenza di reddito, tra "alto" e "basso", si moltiplica in maniera esponenziale. Agli scioperi il lavoratore preferisce il prestito e il consumo. Tutto si sposta dalle piazze ai centri commerciali, *Aux bonheur des dames*, come recita il titolo di un romanzo di Émile Zola su per l'appunto un primissimo centro commerciale di tardo Ottocento a Parigi. Ed è Zola, il suo mondo, a riproporre la cifra del fin de siècle del Novecento. La fine del Novecento è quasi come il suo inizio, si celebrano i fasti del "libero commercio", della politica monetaria indipendente dalla politica dei cittadini e dei governi. Sembra quasi chiudersi il cerchio.

La breccia apertasi nel 1914, e con l'economia di guerra, ampiamente statalizzata e pubblica, e poi riconfermata in forma mite dal New Deal e dallo Stato sociale del secondo dopoguerra, viene rinnegata ed espulsa dalla

tavola delle possibili strategie di sviluppo economico. Nel 1979 la Cina comunista abolisce il sistema di sanità pubblica indiscriminatamente gratuito. Non se ne accorge allora quasi nessuno, ma vent'anni dopo ecco la Cina caposaldo della globalizzazione capitalista, e manifattura del mondo. La cuvée, L'argent, Pot-Bouillie, tutti titoli ancora di romanzi di Zola potrebbero ben addirsi a storie dell'inizio del secondo millennio. Questo inizia festeggiando la nuova moneta unica europea, l'Euro. E poi subito dopo una guerra d'aggressione contro un Irak senza nessuna arma di distruzione di massa, ma con molto petrolio; guerra con cui il nuovo Impero mondiale, potenza ora senza concorrenti, gli Stati Uniti, pone il suggello al nuovo ordine, ordine senza diritto ma con molta forza e potenza. Tutto questo fa ancora parte del Novecento. Ne è una protesi. La seconda guerra d'Irak è la rivincita sulla sconfitta e l'ignominia subita per la sconfitta in Vietnam. Tutto si tiene. Allora più che di un "secolo breve" dovrà parlarsi di un secolo "lungo". Il Novecento sopravvive a se stesso nella sua idea di espansione di potenza e di ricchezza. La guerra civile iniziata surrettiziamente nel 1917 si perpetua sotto altra forma negli exploits di Wall Street e nei diktat dell'Eurogruppo. Alla rivoluzione dei poveri succede con maggiore successo la rivoluzione dei ricchi. I quali talvolta sognano secessioni, oppure già se le danno segregando bianchi da neri, emigranti da cittadini, quartieri benestanti da miserevoli periferie. La secessione è anche architettonica. Il quartiere ricco o l'abitazione del potente sono circondati da alti muri, fili spinati, guardie armate. Los Angeles, Miami, Città del Messico, Bogotà, Sao Paulo sono attraversate da trincee tutt'altro che invisibili.

Ed arriva la pandemia di quest'anno. Il Covid 19 si distribuisce per tutto il pianeta. Intere nazioni si fermano, si autorecludono, mentre la morte colpisce i più deboli, i più poveri, i più fragili, tanti troppi vecchi. Improvvisamente tutto un mondo di relazioni e di condotte si accartocchia su se stesso. Non si viaggerà più ogni settimana. L'aereo è un pericolo. L'albergo è off limits. La vacanza prima sempre dietro l'angolo si allontana

ora vertiginosamente. Discoteche e ristoranti e negozi e centri commerciali chiudono. Il corpo desiderato come macchina di piacere viene rivissuto come fonte di sofferenza. Non bisogna toccarsi, non bisogna avvinarsi l'uno all'altro. Niente strette di mano. Le auto si fermano. La città è silenziosa, e deserta. Gli alberi respirano. Gli uccelli si riprendono spazi per loro prima rischiosissimi. La globalizzazione si interrompe come flusso di persone e di beni. Niente più libera circolazione. Niente più sabati a comprare l'ultima scarpa alla moda. Niente incursioni in locali notturni. Si dà l'inaspettato, l'imprevisto, l'inimmaginabile. È tornata la peste.

Si dà un evento. Vi siamo ancora dentro ed è perciò difficile interpretarlo e capirlo. Non possiamo ancora misurarne le conseguenze né comprendere il significato. Perché non sappiamo come andrà a finire. Non sappiamo nemmeno se andrà a finire. Se sarà possibile ritornare al mondo grosso modo spensierato di prima. Ma abbiamo già delle reazioni, delle proposte di interpretazione. Queste si dividono innanzitutto in quelle pessimistiche e in quelle ottimistiche. Entrambe in genere fanno riferimento all'idea, non del tutto innocente, dello "stato d'eccezione". C'è chi legge la pandemia come un fatto drammatizzato ad arte dal potere, dallo Stato, o da chi per lui, al fine di procedere sulla strada della biopolitica, della riduzione del cittadino a "nuda vita". L'impatto del virus sarebbe così esagerato per legittimare provvedimenti di controllo totale della soggettività. Tutti sono costretti alla quarantena, agli arresti domiciliari. Sono le prove generali di un ancora più globale stato d'assedio cui ci vuole costringere la governance post-moderna. Ci tolgono persino la percezione dei corpi, e ci spingono a concepirci noi stessi come pericolo e rischio.

Untori potenziali sono ora i soggetti. Il consociato si dissolve nel contagiato, ben più letale e maligno dell'hobbesiano homo homini lupus, perché agisce con artificio e per certi versi persino con raggiro, "nottetempo". Del resto, la peste era stata già da Hobbes concepita come uno dei pericoli contro cui deve proteggerci il Leviatano. Lo si vede nel frontespizio famosissimo del Leviatano dove in basso, sotto il macroantropo

che è lo Stato, il “leviatano” per l’appunto, accanto a guardie e soldati si intravede la figura barocca del medico della peste, intabarrato con la maschera a becco d’uccello. La peste dunque sarebbe una di quelle situazioni che giustificano la cessione assoluta di sovranità che dà origine allo Stato altrettanto assoluto teorizzato dal filosofo inglese. La peste è qui una felice opportunità, o almeno così si potrebbe concepire. Sappiamo anche che Don Abbondio, mosso dalla teodicea cattolica, interpreta benignamente la peste come la “scopa” che cancella dalla faccia della terra il malvagio. Don Rodrigo ne è una vittima e così giustizia è fatta. Tuttavia, un tale ottimismo deve nutrirsi di una visione provvidenziale della vicenda e della storia umana. In un’epoca post-metafisica e disincantata come la nostra sarebbe forse chiedere troppo. Ed allora la bilancia pende per la versione pessimista dell’interpretazione. La pandemia radicalizza la “gabbia di acciaio” che già Max Weber vedeva come il portato dell’era capitalista.

Lo dice un filosofo italiano, che già da anni ci augura un destino concentrazionario pur nei festini e nei bacchanali della società dello spettacolo e dei consumi. Si tratta di Giorgio Agamben che per l’appunto fa dello stato d’eccezione la categoria esplicativa di tutta la modernità e della stessa uscita da questa. La pandemia ci condanna ad un’ulteriore perdita di respiro. L’aria si fa sempre più rarefatta per l’umanità del nuovo secolo. Ci dibattiamo in una sensazione di soffocamento, come succede ai malati gravi di Covid 19. Questa malattia è più che una metafora, è un momento di un più generale soffocamento. Ma –dice il filosofo italiano – invero il soffocamento è indotto. La malattia con ogni probabilità sarebbe solo un’invenzione per prepararci a quella più dura mancanza d’ossigeno che per noi progetta lo Stato postmoderno erede di Auschwitz, e lo è in sé per essenza ogni Stato portatore della tradizione razionalistica dell’Occidente illuminista. Come si vede, una tesi questa assai estrema, addirittura negazionista. Che non vede quanto le misure di prevenzione, l’isolamento, il confinamento, la mascherina, i guanti siano il risultato non solo di misure dall’alto, provvedimenti securitari di un governo, ma anche di un

movimento societario dal basso, di persone che si vogliono assicurare un domani, per loro ed i loro cari, spesso contro chi in nome delle ragioni dell'economia, della produzione e del consumo, dichiara il pericolo insignificante o lo minimizza o lo sottovaluta, o nella ponderazione di diritti mette al primo posto la libertà d'iniziativa economica e di consumo facendo prevalere questa sul diritto alla vita.

Vi è poi una interpretazione ottimistica della pandemia. In questa seconda prospettiva la malattia, il contagio di massa, ha i tratti di una sorta di "miracolo", quell'avvenimento del nuovo che Hannah Arendt lega all'azione politica e di cui questa si alimenterebbe. Dopo decenni di normalità, di anni tutti uguali, di passività, di riproduzione passiva della mera vita, la pandemia rompe il ciclo riproduttivo di una storia sempre uguale a se stessa, ed apre così alla mutazione, chissà forse persino alla rivoluzione. L' "eterno ritorno" è interrotto; si dà nuovamente una freccia progressiva del tempo. Lo sostiene questo tra gli altri Slavoj Žižek, un filosofo sloveno, anche lui come Agamben esponente di pensiero post-moderno, ma meno disperato, anzi sempre pronto a trovare dietro l'angolo un pezzo di comunismo. Invero, un frammento di comunità" riemerge con la pandemia. E sì, giacché siamo tutti nella stessa barca. Il pericolo investe tutti e i danni che provoca l'infezione sono distribuiti sull'intero territorio sociale. L'urto è simmetrico, il guasto anche. E dunque la solidarietà, il soccorso, deve distribuirsi in maniera che il più esposto riceva di più rispetto al meno esposto, perché in verità essi sono tutti egualmente esposti. Abbandonare il povero in questa contingenza è impossibile, non salverebbe il ricco. Anche se pare che i ricchi Stati membri dell'Unione Europea, i Paesi Bassi tanto per fare un nome, non ne siano ben consapevoli, riproponendo austerità e debito come cifra della solidarietà comunitaria. Shylock, il Mercante di Venezia, non è un buon esempio di soccorritore, e nella pandemia la sua logica del "pond of flesh", una libbra di carne, come pegno del credito, insomma quello che in gergo comunitario europeo si chiama

oggi “condizionalità”, non è la strategia adatta per alleviare le sofferenze e lo shock indotto da questa peste postmoderna.

Zizek ha anche ragione per un altro motivo. La pandemia riporta a galla, per così dire, riattribuisce visibilità, ma soprattutto centralità al lavoro. In tempi di peste, se il confinamento è la salvezza, la salvezza del confinamento riposa sulle spalle di soggetti che non possono confinarsi, innanzitutto gli operatori sanitari, medici e infermieri, i lavoratori che garantiscono e provvedono al mantenimento della pulizia e dell’igiene del territorio, netturbini, ecc., e poi quegli altri lavoratori che assicurano la catena dell’approvvigionamento, per esempio i fattorini e i cosiddetti riders. Si tratta di lavoratori, parola per lo spirito del tempo quasi impronunciabile, non di imprenditori, e nemmeno di consumatori. Nella peste si consuma meno, poco, e si intraprende assai meno sul mercato, ma si continua a lavorare, anzi per molti si lavora di più e con maggiori rischi. Ciò rende immediatamente percepibile la menzogna della società neoliberale fondata sul mito dell’impresa e del libero mercato. Non è il mercato né la concorrenza a salvarci dal contagio. Anzi se il mercato fosse qui lasciato a se stesso i farmaci e i ventilatori, le mascherine e i guanti, non sarebbero forniti a tutti coloro che ne hanno bisogno, ma solo a coloro che li possono meglio pagare. A ciascuno secondo i suoi bisogni, formula comunista quanto nessuna altra, è il principio fondativo delle politiche di salvaguardia della salute pubblica durante l’emergenza.

Il modello neoliberale è messo poi in dubbio, anzi refutato, dalla pandemia per un’altra ragione ancora. Questa peste ci rivela due cose fondamentali rispetto al nostro rapporto con la natura. La prima è che questa è il nostro ambiente vitale; la vita è il nostro ambiente, non la rete o le transazioni di capitale e nemmeno la televisione. E della vita fanno parte animali, piante e virus. Il virus è la vita che si riprende i suoi diritti di contro all’usurpazione che scienza, tecnica e mercato permanentemente operano rispetto ad essa. Leibniz in un passo famoso parla della scienza moderna come una pratica di tortura della natura. L’esperimento cos’è altro, se non

tortura della natura messa sul cavalletto e sottoposta a prove dolorose, affinché la natura così torturata si confessi a noi finalmente, e ci riveli tutti i suoi segreti? Ma la natura si rivolta a questo trattamento crudele. Potrebbe darsi che il suo grido passi attraverso lo sprigionamento di virus con cui ci comunica il suo orrore per il nostro stile di vita.

La seconda verità che la peste postmoderna ci dimostra senza possibilità di replica è che siamo come esseri umani soggetti fragilissimi. La fragilità è il carattere primordiale del nostro stare al mondo. È vero che ci circondiamo di acciaio e plastica e cemento, e diffondiamo onde magnetiche e segnali luminosi. Ma noi rimaniamo della stessa materia di una pianta, anzi di un virus, che facilmente si insinua in noi, si fa corpo nostro, e ci piega e ci uccide. Non siamo creature d'acciaio né schermi brillanti, tantomeno algoritmi. Siamo fatti della stessa pasta del virus, che ci ferisce perché è come noi; si può trasformare in carne e sangue e così ci soffoca e ci toglie aria. A questa verità si accompagna quest'altra. Abbiamo bisogno d'aria, e quest'aria la avveleniamo permanentemente, la lordiamo, la oscuriamo, e poi il nero dell'inquinamento così provocato per essere competitivi e obbedire ai mercati poi ce lo ritroviamo nei polmoni, e il virus ne approfitta, ci ammazza. Ricordandoci che siamo fatti di aria e sì anche di acqua, quell'acqua che infiltra i nostri polmoni, i suoi interstizi, distruggendoli e annichilandoci. L'aria e l'acqua sono beni comuni, beni della vita, ma il mercato se ne vuole appropriare. A chi gli domandava fino a quando durerà il capitalismo Max Weber rispondeva: Fino a quando ci sarà carbone da bruciare e acciaio da fondere. Noi potremmo precisare quell'affermazione e dire che il capitalismo vuole darsi eterno fino a consumare tutta l'aria e l'acqua che ci fa vivere. Fino a quando non ci toglierà la vita insomma. La peste ce lo ricorda con drammaticità acuta.

La pandemia riporta anche all'ordine del giorno la questione dello Stato e della sovranità. Lo Stato si riafferma come attore fondamentale. Nell'emergenza è lui a prendere le redini dell'azione collettiva, non il mercato. Le frontiere si innalzano nuovamente. Ci sono i confini. Che si

moltiplicano. Le strade sono vigilate. Si dà un eccesso di controllo invero. E vi deve essere un comando unico, anche se questo poi si rivela alquanto frastagliato e contestato tra governo centrale, regioni, comuni, ciascuno con la sua pretesa di gestione della sicurezza pubblica. La dimensione sovrastatale si attutisce, anche se essa è quella da cui si attende una soluzione alla crisi di rifornimento di materiali e medicine, e poi il soccorso decisivo alla crisi economica la quale inevitabilmente si annuncia. E si assiste ad una metamorfosi della sovranità. Questa si produce nella forma della “immunità”. La distinzione di amico e nemico che secondo alcune drammatizzanti versioni della sovranità è la cifra di questa, la sua “linea d’ombra”, questa distinzione fondamentale prestata dal discorso della guerra, si ritraduce come distinzione tra sano e malato. E ci interessa rimanere sani, “immuni”. Non essere contagiati dal “malato”, dall’altro che rappresenta un pericolo. La differenza tra interno ed esterno si rimodula secondo una disciplina di controllo medico. “Non mi toccare”, noli me tangere.

Nondimeno, questa prospettiva e quell’imperativo possono facilmente rovesciarsi. “Non toccarmi” si dice anche per impedire all’altro di mettersi a rischio, non solo per allontanarlo ed escluderlo come potenziale malato. Il controllo medico, la biopolitica che si manifesta nella sovranità come “immunità”, invero ha necessità di darsi come “cura”. E questa può intendersi non solo e tanto come dispensario, ricovero nel lazzaretto, bensì come cura, attenzione all’altro, uscita da se stessi, un mettersi a disposizione dell’altro, non nella forma dell’obbedienza o della sottomissione bensì nella forma della compassione e dell’amicizia. Nella cura la soggettività esce dal suo chiuso, si riflette nell’altro, e dell’altro, e della sua vita, e della sua salute, si arricchisce. Arricchimento esistenziale, e morale, non economico. La centralità della cura, con tutto quanto di ostico ne deriva per la sovranità come dimensione monocratica ed egocentrica, l’interesse per il prossimo e l’ambiente che ci circonda, è questo il principio che ci salva dalla peste, e ciò che essa veramente ci insegna.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI -

ANDREA PORCIELLO

Presentazione

Presentazione

Questo numero di *Ordines* dedica ampio spazio alla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 riguardante la legittimità del *Quantitative Easing* (QE) e, in particolare, del programma di acquisto di titoli di stato attuato dalla Banca Centrale Europea (BCE).

La pronuncia della Corte tedesca, che è stata al centro di un acceso dibattito anche politico, ha una rilevanza che, sotto il profilo giuridico, va ben oltre la contingenza. La questione su cui si è pronunciata la Corte di Karlsruhe riguarda, infatti, l'autonomia della BCE nella gestione della politica monetaria, ma ha anche il rapporto tra giurisdizioni – il «dialogo tra le corti» – all'interno della UE. Vale la pena ripercorrere, pur succintamente, i termini della questione.

Il QE è un programma di politica monetaria «non convenzionale», che consiste nell'acquisto, sul mercato secondario, di titoli di stato e altri strumenti finanziari. Avviato nel 2015 per iniettare liquidità nell'economia e mantenere bassi i tassi d'interesse sui titoli di stato, il QE, che comprende un programma di acquisto di titoli di stato (PSPP - *Public Sector Purchase*

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

** Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università di Messina.

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

Program) era motivato dalla necessità d'innalzare il tasso d'inflazione nell'Eurozona, portandolo attorno al valore obiettivo del 2%.

Nel 2017, alcuni cittadini tedeschi ricorsero alla Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) perché verificasse se le decisioni con cui la BCE aveva istituito il PSPP costituissero un atto *ultra vires*, cioè violassero la ripartizione delle competenze tra UE e Stati membri, di cui all'art. 119 TFUE. I ricorrenti, inoltre, argomentavano che l'acquisto di titoli di stato, ancorché effettuato sul mercato secondario, violasse il Protocollo sul sistema europeo delle banche centrali (SEBC) e sulla BCE, nonché l'art. 123 TFUE che vieta alla BCE la concessione, in qualsiasi forma, di facilitazioni creditizie agli Stati membri della UE.

Il programma di acquisto di titoli di stato, oltre produrre un effetto espansivo sull'economia, strumentale al conseguimento dell'obiettivo d'inflazione della BCE (il 2%), ne produce anche uno fiscale: rendendo meno costoso il finanziamento del debito pubblico, aumenta le risorse disponibili che i governi possono destinare al sostegno delle economie. In seguito al ricorso, la Corte tedesca sollevava la questione, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia Europea che, con sentenza del dicembre 2018 (C-493/17, Weiss e al.), validava la legittimità del programma della BCE evidenziando, inoltre, come la politica monetaria – che comprende un insieme di strumenti tecnici - implichi un ampio potere discrezionale funzionale al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla Banca centrale.

Si giunge, così alla sentenza del 5 maggio 2020 (n. 2 BvR 859/15), in cui la Corte di Karlsruhe, ha ritenuto che la Corte di Giustizia non abbia verificato in maniera adeguata se la BCE, nel caso di specie, abbia travalicato i limiti di competenza della politica monetaria invadendo l'ambito di competenza riservato agli Stati membri. Dunque, la Corte Costituzionale, ritenendo non vincolante, perché resa *ultra vires*, la sentenza della Corte di Giustizia Europea, ha sindacato le decisioni della BCE. Questa, secondo la Corte tedesca, avrebbe dovuto tenere in considerazione gli effetti economici derivanti dal programma di acquisti di titoli di Stato, come: l'aumento del

debito pubblico derivante dal minor costo del rifinanziamento sui mercati; l'aumento dei titoli di stato detenuti dal sistema bancario che, migliorando la situazione economica delle banche, determina un incentivo a espandere i prestiti nonostante i bassi tassi d'interesse; i rischi di bolle nei prezzi degli immobili e delle attività finanziarie; la possibilità per imprese economicamente in dissesto di rimanere sul mercato grazie all'accesso, poco oneroso, al credito (punti 171-174 della sentenza). Inoltre, aggiunge la sentenza, il prolungamento del programma, con conseguente aumento del suo volume, accresce il rischio che il Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) diventi dipendente dalla politica degli Stati membri, poiché non può più semplicemente terminare e annullare il programma senza compromettere la stabilità dell'unione monetaria (punto 175).

Pertanto, la Corte ha ritenuto «che il Governo federale tedesco e il Bundestag debbano richiedere alla BCE che le misure adottate nell'ambito del PSPP siano adeguatamente valutate e argomentate, anche ai fini del rispetto del principio di proporzionalità di cui all'articolo 5 del (TFUE)». Tale sentenza, è bene evidenziarlo, pur essendo intervenuta durante la pandemia da coronavirus, non ha alcun'implicazione – come ha precisato la stessa Corte – per le misure di assistenza finanziaria attuate dalla BCE attraverso il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (Pepp).

La replica della Corte di Giustizia Europea è contenuta in un comunicato stampa in cui, tra l'altro, si afferma che «una sentenza pronunciata in via pregiudiziale da questa Corte vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente», e che «per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione». Come è evidente, la sentenza della Corte tedesca assume grande rilevanza perché pone questioni d'interesse cruciale per la UE, cioè l'autonomia della politica monetaria (con la separazione tra questa e la politica fiscale) e il rapporto tra giurisdizioni. Cinque saggi, contenuti nella sezione *Il giudice*

costituzionale tedesco e la Banca Centrale Europea del presente volume, ripercorrono i termini della controversia e analizzano le implicazioni giuridiche ed economiche della sentenza della Corte di Karlsruhe.

Come di consueto, questo numero di *Ordines* contiene una serie di saggi su temi di teoria del diritto e di diritto positivo. Trovano, poi, spazio tre contributi, compresi nella sezione *Discussione*, che esaminano alcune questioni sollevate dalle norme adottate in Italia per affrontare la pandemia da coronavirus. Uno scritto di Persio Tincani è dedicato alla memoria di José Calvo Gonzáles, ordinario di Filosofia del diritto all'Università di Malaga, recentemente scomparso. Il volume si chiude con alcune recensioni.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ANTONIA BARAGGIA – GIUSEPPE MARTINICO

Who is the Master of the Treaties? The Compact Theory in Karlsruhe

ABSTRACT- This paper argues that the judgment of the German Constitutional Court (BVG) on the Public Sector Purchase Programme (PSPP) understands the integration process in light of something resembling the “Compact Theory” approach. Indeed, the conclusion reached by the German Court and the application of the ultra vires doctrine, with the nullification effects, reminds us of what Boom wrote about Germany as the Virginia of Europe in 1995. Does it mean that the Compact Theory is back? Can we use it to understand the current state of affairs in the European integration process? This paper deals with these research questions.

KEYWORDS - Compact Theory, European integration, German Constitutional Court, Public Sector Purchase Programme (PSPP), nullification

Antonia Baraggia* – Giuseppe Martinico**

Who is the Master of the Treaties? The Compact Theory in Karlsruhe***

Sommario: 1. *The European Treaties: a “Compact”?* - 2. *Neo-Nullification and the European integration process* - 3. *Judicial Neo-nullification?*.

1. *The European Treaties: a “Compact”?*

We are still trying to understand the implications of the shocking decision by the German Constitutional Court (BVG) on the Public Sector Purchase Programme (PSPP)¹ and its impact on the future of the EU integration

* Antonia Baraggia is an Assistant Professor of Comparative Public Law at the State University of Milan

** Giuseppe Martinico is an Associate Professor of Comparative Public Law at the Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa

*** The article was peer-reviewed. Antonia Baraggia wrote section 2, Giuseppe Martinico wrote section 1. Section 3 is the outcome of a joint effort. A previous version of this work as a “blog post” can be found at the following links: <https://blog-iacl-aidec.org/2020-posts/2020/5/19/who-is-the-master-of-the-treaties-the-compact-theory-in-karlsruhe> and <https://www.diritticomparati.it/who-is-the-master-of-the-treaties-the-compact-theory-in-karlsruhe/>. Article submitted on 16 June 2020.

¹ German Constitutional Court, 5 May 2020, - 2 BvR 859/15 - - 2 BvR 1651/15 - - 2 BvR 2006/15 - - 2 BvR 980/16. For some comments see M. Poiars Maduro, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, 2020, <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>; M. Avbelj, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, 2020, <https://verfassungsblog.de/the-right-question-about-the-fcc-ultra-vires-decision/>; T. Marzal, *Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”? A critique of the judgment’s reasoning on proportionality*, <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>; F. Saitto, «Tanto peggio per i fatti». *Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al*

process. This post will not analyse the content of the decision. Rather, it will argue that this judgment and other recent critical events understand the integration process in light of something resembling the “Compact Theory”² approach, which is very similar to that devised by Calhoun and other scholars in the American pre-Civil War scenario. Indeed, the conclusion reached by the German Court and the application of the *ultra vires* doctrine, with the nullification effects, reminds us of what Boom wrote about Germany as the Virginia of Europe in 1995³.

Does it mean that the Compact Theory is back⁴? Can we use it to understand the current state of affairs in the European integration process? The European Union is suffering from a complex crisis, especially after Brexit. Indeed, scholars⁵ have already compared secession and withdrawal,

Bundesverfassungsgericht, 2020, <https://www.diritticomparati.it/tanto-peggio-per-i-fatti-sipario-sulla-presidenza-voskuhle-il-caso-quantitative-easing-di-fronte-al-bundesverfassungsgericht/>

² Cfr. L. M. BASSANI, *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, 2015, 291; L.M. Bassani *John C. Calhoun: Nullification, Secession, Constitution*, 2014, <https://www.abbevilleinstitute.org/review/john-c-calhoun-nullification-secession-constitution/>

³ Cfr. S. J. BOOM, *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the Virginia of Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, 177. See also: T. DUMBROVSKY, *Federal Solution to the EU Internal Sovereignty Conundrum: The European Doctrine of the Czech Constitutional Court and the U.S. Compact Theory*, in L. TICHY, T. DUMBROVSKY (eds), *Sovereignty and Competences of the European Union*, Charles University Prague, 2010, 80; R. SCHÜTZE, *Federalism as Constitutional Pluralism: 'Letter from America'*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, 2012, 185.

⁴ Cfr. S. GRAMMOND, *Compact Is Back: The Revival of the Compact Theory of Confederation by the Supreme Court*, in Osgoode Legal Studies Research Paper No. 53/2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779168

⁵ Cfr. N. SKOUTARIS, *On Brexit and secession(s)*, in C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO (eds.), *Between Democracy and Law. The Amoralism of Secession*, Routledge, 2019, 195.

while others⁶ have tried to distinguish between secession and withdrawal because of the unilateral nature of the latter. However, this distinction does not take into account that both the Canadian Supreme Court in its landmarking 1998 *Reference Re Secession of Quebec*⁷ and Calhoun, one of the champions of the Compact Theory in the US, defined secession as a form of withdrawal⁸.

In Calhoun's view the American Constitution was a compact between the sovereign States. He found confirmation of this reading in Art. VII of the Constitution according to which: "The ratification of the conventions of nine states, shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the states so ratifying the same". "Between" gives the idea of a compact: In Calhoun's words: «They established it as a compact between them, and not as a constitution over them; and that, as a compact, they are parties to it, in the same character. I have thus established, conclusively, that these States, in ratifying the constitution, did not lose the confederated character which they possessed when they ratified it, as well as in all the preceding stages of their existence; but, on the contrary, still retained it to the full»⁹.

Against this background States were the real sovereign. In order to explain his view he made a distinction between government and

⁶ Cfr. C. CLOSA, *Interpreting Article 50: Exit, Voice and ... What About Loyalty?*, in id. (ed.), *Secession from a EU member state and withdrawal from the Union: Troubled membership*, Cambridge University Press, 2017, 187.

⁷ Canadian Supreme Court, *Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217.

⁸ "Secession is a withdrawal from the Union; a separation from partners, and, as far as depends on the member withdrawing, a dissolution of the partnership. It presupposes an association; a union of several States or individuals for a common object. Wherever these exist, secession may; and where they do not, it cannot", J. C. CALHOUN, *To General Hamilton on the subject of State Interposition*, 1832, https://archive.org/stream/correspondenceofocalhrich/correspondenceofocalhrich_djvu.txt

⁹ Cfr. J. C. CALHOUN, *A Discourse on the Government and Constitution of the United States*, 1851, <http://www.constitution.org/jcc/dcgus.htm>.

sovereignty: «In order to have a full and clear conception of our institutions, it will be proper to remark that there is, in our system, a striking distinction between Government and Sovereignty. The separate governments of the several States are vested in their Legislative, Executive, and judicial Departments; while the sovereignty resides in the people of the States respectively. The powers of the General Government are also vested in its Legislative, Executive, and judicial Departments, while the sovereignty resides in the people of the several States who created it»¹⁰.

This meant that States were the masters of the compact, and the Union was a mere agent. The shift from the Confederation to the Federation had not changed the substance of the compact in his view.

States had rights and according to the Compact Theory there were three main rights: interposition, nullification and secession.

Calhoun was the mastermind and the author of the South Carolina Exposition and Protest, which later led to the 1832 nullification crisis¹¹. However, the origin of this debate can be found even earlier.

Indeed, interposition and nullification were the terms used in the so-called “Principles of ‘98” and refer to the Kentucky and Virginia Resolutions in response to the Alien and Sedition Acts. “Interpose” was the term employed in the Virginia Resolution¹² – whose mastermind was Madison – in case of *ultra vires* acts of the federal government. “Nullification”, instead, was the word employed in the Kentucky Resolution of 1799, inspired by Jefferson.

¹⁰ Cfr. J. C. CALHOUN, *South Carolina Exposition and Protest*, 1828, text available at: <https://clockworkconservative.wordpress.com/freedom/primary-documents/south-carolina-exposition-and-protest/>

¹¹ Fabbrini and Kelemen quickly mention the nullification crisis in their short comment: F. FABBRINI, R. D. KELEMEN, *With one court decision, Germany may be plunging Europe into a constitutional crisis*, 2020, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/07/germany-may-be-plunging-europe-into-constitutional-crisis/>

¹² Virginia Resolution, 1798, <http://www.constitution.org/cons/virg1798.htm>

While nullification seemed to refer to a unilateral right of the State, interposition would be a right that States can exercise only collectively. Nullification in particular is used when the State level perceives as illegitimate an act of the federal level, because it violates the core constitutional principles and the identity of the State.

It is more than an expression of disagreement – which is indeed a constitutive part of any multi-tier legal system; nullification here is understood as the ultimate reaction – before secession – against an illegitimate exercise of power, impinging on the State sovereignty. After being considered a historical device of the State resistance *vis a vis* the development of the federal power, nullification has started to be regarded as a still functioning tool¹³, even though in new forms – like disobedience – that can be labelled “neo-nullification”.

2. *Neo-Nullification and the European integration process*

Why is neo-nullification relevant to understanding the current state of affairs in the European integration process? Indeed, the EU is experiencing several crises, which are typically “federal” in their essence. After the case of Brexit – which put at stake one of the core State’s rights according to the Compact Theory, the right of secession – now the decision of the BVerfG on the PSPP offers us a new interesting case, through the use of nullification, to test the Compact Theory in the EU.

The German Court exercises the nullification option since the CJEU in Weiss “affords the ECB the competence to pursue its own economic policy agenda”¹⁴ and “refrains from subjecting the ECB’s action to an effective review as to conformity with the order of competences on the basis of the

¹³ Cfr. S. LEVINSON, *Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought*, University Press of Kansas, 2016.

¹⁴ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, par. 163.

principle of proportionality”¹⁵. In not taking seriously the assessment of the ECB programme the CJEU, in the eyes of Karlsruhe, exceeded its judicial mandate and the Weiss ruling is not a binding force in Germany.

From a broader diachronic perspective, the nullification exercised by the BVerfG in the PSPP case is the outcome of a jurisprudence in which the Court has built a kind of “German Compact Theory”, starting from the Maastricht Urteil, where the BVerfG clearly emphasised the nature of the compact of the EU, which is “an association of states for the realization of an ever closer union of the peoples of Europe (organized in the form of states)”¹⁶. The EU is thus considered an association with limited powers, conferred by the sovereign States. This conception posed the grounds for the nullification power of the BVerfG: “if European bodies or organs were to implement or add to the Union Treaty beyond the scope of the treaty instrument on which the act of approval was based, the resulting legal acts would not be binding within the German sphere of sovereignty”¹⁷. The Courts themselves claim such a power: “the Federal Constitutional Court reviews whether acts of European bodies and organs remain within the limits of the sovereign powers transferred to them or whether they exceed such limits”¹⁸.

So the seeds of the current *ultra vires* declaration were already planted in the *Maastricht Urteil* construction, further developed in the *Lissabon Urteil*, where the BVerfG identified the core areas of State sovereignty¹⁹ in which intervention of the EU would have been considered *ultra vires*.

The PSSP decision does not depart from the idea that the Member States remain the Master of the Treaties and that the EU is a “union based on the

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ BVerfG, Judgment of 12 October 1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, par. 188

¹⁷ Press Release No. 39/1993 of 12 October 1993, Judgment of 12 October 1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 -, par. 248 – 249.

multilevel cooperation of sovereign states”²⁰ which retain the right to declare void an act of the EU institutions if the latter exceed their conferred competences. Differently from the previous jurisprudence, in the PSPP case, the nullification option which seemed to be – to use a metaphor of the US debate – a zombie constitutional concept, has been exercised, with heavy consequences on the EU legal order.

In order to better understand what this decision represents for the EU, it must be read not only retrospectively but is has to be put in the present moment of the EU integration: a context characterised by a growing narrative challenging the EU authority, as an illegitimate constraint over the expression of national sovereignty and identity. These tensions, which to a certain extent can be considered inherent in the nature of the multi-tier system, need to be analysed in a broader trend of a reemergence of constitutional dissent and conflict between local, national and global actors. As Hirschl argues “when understood against the backdrop of formidable centripetal forces of political, cultural, and economic globalization, the rise of a new trans-national constitutional order and judicial class and the corresponding decrease in the autonomy of ‘Westphalian’ constitutionalism, as well as an ever-increasing deficit of democratic legitimacy, counter pressures for preserving a given sub-national unit’s, region’s, or community’s unique constitutional legacy, cultural-linguistic heritage, and political voice seem destined to intensify, not decline”²¹. In this context the BVerfG decision may be expression of a kind of counter-reaction to the marginalisation of the national and local dimension in the name of the centripetal forces of a supranational authority.

²⁰ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15, par. 111.

²¹ Cfr. R. HIRSCHL, *Opting Out of “Global Constitutionalism”*, in *Law & Ethics of Human Rights* 2018, 1, at 5.

3. *Judicial Neo-nullification?*

As the Weiss decision shows, the constitutional concept of nullification, rather than a relic of the past, is emerging now as a powerful – though dangerous – instrument to give voice to new claims and new resistances, in a federal and supranational context. However, we are facing a new type of nullification: while nullification in the US theory is meant to be exercised by States’ legislatures, today the agents of nullification are mainly apex courts. Indeed, as we saw earlier, the Kentucky resolution was given before *Marbury v. Madison*²² and even later Calhoun mainly looked at political bodies as the actors in charge of this.

This is not surprising, however, given the rise of the judiciary in the new-constitutional paradigm.

On this basis, even before this decision, scholars²³ had already warned about the “bad example”²⁴ offered by the German judges, especially after which, in 2012, the Czech Constitutional Court²⁵ (Pl. ÚS 5/12) declared the

²² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

²³ Cfr. G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, 2018, 23.

²⁴ Cfr. O. POLLICINO, *Metaphors and Identity Based Narrative in Constitutional Adjudication: When Judicial Dominance Matters*, 2019, <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/2/27/metaphors-and-identity-based-narrative-in-constitutional-adjudication-when-judicial-dominance-matters>

²⁵ Czech Constitutional Court (Pl. ÚS 5/12), <https://www.usoud.cz/en/decisions/20120131-pl-us-512-slovak-pensions/> J. KOMÁREK, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 323.

CJEU's judgment in C-399/09 Landtová “*ultra vires*”²⁶. The Czech case represented the first example of the application of the *ultra vires* doctrine.

After that, the Danish Supreme Court in Ajos²⁷ also took the chance to delimit the competences of the EU²⁸. However, now it is different because of the prestige and charisma of the BVerfG and indeed the risk of a *domino effect*²⁹ is now very high.

²⁶ C-399/09 – Landtová, 2011 I-05573.

²⁷ Case no. 15/2014 *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A*, also analysed by M. Madsen, H. Olsen, U. Šadl *Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in AJOS*, 2017, <https://verfassungsblog.de/legal-disintegration-the-ruling-of-the-danish-supreme-court-in-ajos/>.

²⁸ However, there are some differences, as Sarmiento has pointed out: “[I]t is also important to highlight that the situation created after the BVerfG’s judgment is nothing like the past *ultra vires* declarations rendered by other supreme and constitutional courts. In Landtová and Ajos, where the Czech Constitutional Court and the Danish Supreme Court declared, respectively, that the Court of Justice had acted *ultra vires*, both cases concerned potential breaches of EU law by national statutory provisions and international treaties. There was nothing that the Czech Republic or Denmark could not amend through the ordinary channels of rulemaking. In the case of the BVerfG the situation is quite different and considerably more difficult to fix: the German court has ruled on the validity of an EU act, because the preliminary reference it made in Weiss was a reference of validity over the ECB’s PSPP Decision. And it has done so in a field of exclusive competence of the EU: monetary policy. Thus, by declaring the Weiss judgment of the Court of Justice *ultra vires*, the BVerfG is going well beyond its Czech and Danish counterparts, stepping into the shoes of the Luxembourg judge and directly reviewing the legality of an EU act in an area of exclusive EU competence: an ECB monetary policy Decision”; D. Sarmiento, “Op-Ed: ‘An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court’s ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term’”, 2020, <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento/>

²⁹ Cfr. Z. WANAT-L. BAYER, “*EU top court’s authority challenged by Poland and Hungary*”, 2020, <https://www.politico.eu/article/ecj-authority-challenged-by-poland-and-hungary/?fbclid=IwARoxyWV9HaanG37J6-J2f6KNGoqWJDaPYoatgwDWxogZDNHP6nRilMgnSaY>.

Conflicts like these have also been occurring in proper federal systems. The EU is dealing – more than other multilevel legal experiences – with this ultimate and deep tension. However, differently from other contexts the EU legal system may find a way out of this conflict on the last word. Now that the nullification option of the BVerfG has become a reality, this will pave the way for a broader reflection on the several current resistances that the EU is facing, urging us to look beyond the earthquake surface effects, in order to identify its epicentre and its deeper causes.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

OMAR CHESSA

Il paradosso di Karlsruhe.

Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica

ABSTRACT – Taking the cue from the BVerfG decision of 5 May 2020, the essay analyzes the relationship between constitutional courts and ECJ with regard to principle of conferral and brings into question the possibility of separate monetary choices from “economic policy effects.”

KEYWORDS – BCE, PSPP, Bundesverfassungsgericht, Principle of conferral

Il paradosso di Karlsruhe.
Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra
politica monetaria e politica economica**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il nodo strutturale della Kompetenz-Kompetenz giurisdizionale - 3. La separazione tra politica monetaria e politica economica: una norma paradossale.

1. Premessa

La pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 è, ormai, nota e ampiamente commentata, sicché non occorre riepilogarla dettagliatamente¹. Il suo tratto saliente è il paradosso, tanto che è difficile,

* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Sassari.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Lavoro destinato a *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo.

¹ Mi sia consentito rinviare a O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE online*, 1/2020, pubblicato il 13 maggio 2020. Vedi anche F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta Online*, 6 maggio 2020, 289 ss.; A.F. ZUMBINI, *La sentenza del Bundedesverfassungsgericht del 5 maggio: una decisione contraddittoria*, in *DPCE online*, 2020/1, pubblicato il 13 maggio 2020; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE online*, 9 maggio 2020; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020; F. SAIITO, «Tanto peggio per i

se non proprio impossibile, prendere posizione sul ragionamento dei giudici tedeschi, che appare nel complesso valido pur conducendo a conclusioni nel complesso inaccettabili.

In particolare, si esamineranno due questioni cruciali:

a) il problema del rapporto tra giurisdizioni – quello che è spesso chiamato “dialogo tra le corti” – e in questo specifico caso tra il Bundesverfassungsgericht e la corte europea di giustizia;

b) il problema del rapporto tra politica monetaria e politica economica nel riparto di competenza stabilito dai Trattati.

Con riguardo a entrambe le tematiche emerge la natura paradossale degli argomenti spesi dalla Corte germanica, e, prima ancora, della questione affrontata.

2. Il nodo strutturale della Kompetenz-Kompetenz giurisdizionale

Al fine di inquadrare la questione della *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale, può essere utile muovere da una premessa generale di ordine storico-teorico e concernente la tradizione vetusta e gloriosa del

fatti». Sipario sulla presidenza Vosskuhle: il caso quantitative easing di fronte al Bundesverfassungsgericht, in *Diritti comparati*, 7 maggio 2020; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE online*, 2/2020; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020 (disponibile in: www.forumcostituzionale.it); A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in *Federalismi.it*, 16/2020.

diritto internazionale pubblico, che in parte coincide con la tematica che Schmitt avrebbe chiamato dello *Ius Publicum Europaeum*².

In base a questa tradizione gli Stati sono “signori dei trattati” e le norme pattizie prodotte dall’accordo interstatale diventano vincolanti nell’ordinamento nazionale grazie a un ordine legislativo di esecuzione: di conseguenza, i giudici, nella misura in cui sono soggetti alla volontà legislativa, sono altresì tenuti ad applicare le norme del trattato la cui esecuzione sia stata ordinata con legge.

Può darsi che il trattato istituisca un’organizzazione sovranazionale più o meno complessa, con una pluralità di organi e con riparti di competenze tra questi e tra l’organizzazione nel suo complesso e gli Stati; può darsi pure che preveda una corte col compito di interpretare e applicare il trattato in caso di controversie relative a fattispecie ricadenti nelle norme pattizie. Le pronunce di questa corte saranno, ovviamente, vincolanti anche per i giudici nazionali, ma non per forza propria, bensì sempre per il fatto che i giudici nazionali sono soggetti alla volontà legislativa nazionale, la quale avendo ordinato l’esecuzione del trattato ha altresì ordinato l’obbligo per i giudici interni di attenersi alle pronunce del giudice sovranazionale.

È una costruzione lineare, che si regge su due pilastri, entrambi necessari: la regola *pacta sunt servanda* per quanto riguarda le relazioni esterne tra Stati contraenti e la vincolatività della volontà legislativa statale sul piano interno. Deve postularsi, perciò, una coerenza tra volontà legislativa interna e diritto internazionale pubblico, nel senso che la prima deve incorporare i termini dell’accordo interstatale formatosi secondo il diritto internazionale pubblico e questo, a sua volta, diventa vincolante sul piano interno per effetto della volontà legislativa, cioè in virtù della legge di ratifica ed esecuzione del trattato.

Questo modello però si è formato nell’epoca in cui non c’erano costituzioni rigide e garantite dal sindacato di costituzionalità delle leggi. E

² C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaem*, 1950, trad. ital. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, *passim*.

infatti la sua linearità si interrompe a partire dal momento in cui alcuni Stati si dotano di sistemi di giustizia costituzionale, creando così la condizione di una dissociazione potenziale all'interno della volontà statale: può succedere, cioè, che alla volontà del legislatore che ha ordinato l'esecuzione del trattato si sovrapponga la volontà del tribunale costituzionale, il quale potrebbe maturare il convincimento che il legislatore abbia ordinato l'esecuzione di un trattato che, in base al dettato costituzionale, non poteva essere legittimamente concluso³.

In altre parole, se c'è un controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, allora può sempre succedere che la volontà legislativa che ha ratificato e ordinato l'esecuzione di un trattato (la cui interpretazione vincolante e applicazione sia affidata a un organo giurisdizionale sovranazionale *ad hoc*, previsto dallo stesso trattato) non corrisponda perfettamente alla volontà dell'organo di giustizia costituzionale, il quale potrebbe ritenere che alcune disposizioni pattizie ovvero alcune interpretazioni delle stesse rientrino tra quelle che, per il diritto costituzionale interno, non potevano essere ratificate legittimamente. Poiché è sempre possibile opporre il diritto costituzionale nazionale al diritto pattizio (per come interpretato dal giudice sovranazionale), la *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale dell'ordinamento istituito dal trattato è sempre precaria e potrebbe cedere dinanzi all'urto con norme costituzionali interne (per come elaborate dalla Corte costituzionale)⁴.

³ Tutto ciò, invece, non può accadere in quegli ordinamenti che non hanno la giustizia costituzionale, come il Regno Unito, dove la volontà legislativa che ha ordinato l'esecuzione del trattato non può essere annullata da nessuna autorità giurisdizionale, ma solo abrogata da un nuovo atto legislativo.

⁴ Il vero problema, infatti, non è se la *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale in ordine all'interpretazione e applicazione delle disposizioni pattizie sia della corte sovranazionale ovvero degli organi giurisdizionali nazionali, secondo l'impostazione della questione che è data da T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order. An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, 37, 1996, 389 ss., leggibile pure su www.jeanmonnetprogram.org, e da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*,

È un dato strutturale ineliminabile, che intanto rimane quieto e silente, senza dispiegare la sua portata dirompente, in quanto le corti, sia quelle costituzionali interne che quella sovranazionale, osservino un atteggiamento di *self-restraint*: le prime rinunciando a opporre il diritto costituzionale nazionale anche quando, a rigore, andrebbe fatto, e la seconda astenendosi dal proporre interpretazioni estensive delle competenze che il trattato assegna all'organizzazione sovranazionale. A ben vedere, è ciò a cui si allude quando si evoca il “dialogo tra le corti”, il quale, in realtà, è una negoziazione tra autorità giurisdizionali, che intanto funziona in quanto conduce a reciproche rinunce e concessioni, più secondo un agire strategico-negoziale che non discorsivo-comunicativo. Le corti non “dialogano” per scoprire assieme la soluzione razionalmente più corretta sotto il profilo dei principi di diritto, ma contrattano un punto di compromesso, facendo valere rapporti di forza. Il punto di equilibrio cui perviene la negoziazione non sempre, anzi quasi mai, soddisfa i partecipanti in ugual misura, ma appare di solito spostato a favore dell'uno o dell'altro.

A determinare gli esiti di quest'attività negoziale contribuisce, inoltre, l'atteggiamento delle corti costituzionali nazionali rispetto alla Corte europea di giustizia, che non è stato e non è omogeneo: mentre alcune corti hanno orgogliosamente rivendicato un ruolo non supino, altre invece hanno mostrato un atteggiamento più deferente. E forse non è un caso che le prime appartengano a quegli Stati che guidano in posizione di leadership il processo integrativo europeo e che, invece, le altre siano di quei paesi il cui ruolo appare sostanzialmente gregario.

1999, trad. ital. *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna, 2003, 398, 418, 420. Come ribadirò dopo nel testo, mi sembra pacifico che in forza dell'ordine legislativo interno di esecuzione del trattato i giudici nazionali siano vincolati alle pronunce della corte sovranazionale nei termini specificati dalle norme pattizie. Il problema, piuttosto, sorge allorché il tribunale costituzionale nazionale dubita della compatibilità della legge di esecuzione col dettato costituzionale.

Un esempio del primo tipo è il tribunale costituzionale tedesco, il quale infatti ha sempre circondato di cautele, condizioni e precisazioni le dottrine del primato e della uniforme applicazione del diritto comunitario, peraltro riservandosi sempre la facoltà di opporre al diritto comunitario pattizio o primario il diritto costituzionale interno, senza circoscrivere questo a una manciata di principi supremi inviolabili, nel presupposto che tutto il dettato costituzionale sia potenzialmente fonte di norme opponibili. Al contrario, la Corte costituzionale italiana ha affermato, come regola generale, la “cedevolezza” del diritto costituzionale interno dinanzi al diritto europeo derivato (e non solo rispetto al diritto europeo primario), con la sola eccezione dei principi supremi, opponibili quali evanescenti “controlimiti”. Insomma, la corte costituzionale dello Stato che guida l’integrazione europea non accetta di farsi guidare dalla corte sovranazionale, mentre lo stesso non vale per le corti costituzionali degli Stati che sono “guidati”: anch’esse si lasciano guidare e mostrano un atteggiamento più condiscendente, quasi riflettendo nella loro giurisprudenza il medesimo atteggiamento di subalternità politico-culturale.

Tuttavia, la Corte tedesca in questa circostanza è andata ben oltre quanto ci si poteva aspettare alla luce della sua pregressa giurisprudenza. Non si è limitata a opporre il suo diritto costituzionale al diritto europeo, ma ha preteso di spiegare alla Corte di giustizia come si interpretano i trattati e di giudicare l’obiettività delle interpretazioni del giudice europeo. Sotto questo profilo, a mio avviso, la pronuncia del 5 maggio è scorretta, *ultra vires*. Ha, infatti, violato l’ordine legislativo interno di esecuzione del trattato, trasformando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in una mera richiesta di parere. Invece, più correttamente, avrebbe dovuto dichiarare l’incostituzionalità della legge interna di esecuzione “*nella parte in cui*”.

All’atto pratico non fa una gran differenza, poiché il tribunale di Karlsruhe avrebbe soltanto omesso di compiere un passaggio formale per addivenire, comunque, al medesimo risultato sostanziale. Ma qui sta uno

dei tanti paradossi che connotano la pronuncia in esame e, prima ancora, la questione che ne forma oggetto.

È sicuro che l'ordinamento UE non abbia la *Kompetenz-Kompetenz* e che, quindi, non disponga sovranamente delle proprie competenze (nel senso che non le determina, né può ampliarle): il primato è pur sempre del diritto costituzionale, poiché è alle condizioni stabilite da quest'ultimo che i trattati e il diritto europeo in generale, ivi comprese le pronunce del giudice sovranazionale, diventano vincolanti negli ordinamenti nazionali. Non si può quindi impedire alle corti costituzionali di "fare il loro mestiere", ossia di dichiarare e far valere, *direttamente o indirettamente*, la superiorità del dettato costituzionale nei confronti di ogni altra fonte. Ma in nome del diritto costituzionale non ci si può liberare disinvoltamente dei vincoli che alfine vigono proprio in forza della costituzione: la legge di esecuzione del trattato, la cui validità riposa in ultima istanza sulle norme costituzionali, fonda l'obbligo di attenersi alle pronunce della Corte di giustizia in ordine all'interpretazione e applicazione del diritto europeo, sicché anche i tribunali costituzionali debbono osservare l'ordine legislativo di esecuzione o, in alternativa, dichiararne l'incostituzionalità in tutto o in parte. Ma la corte tedesca non ha fatto né l'una né l'altra cosa, con ciò negando *paradossalmente* la propria legittima pretesa di difendere l'ordine costituzionale interno.

3. La separazione tra politica monetaria e politica economica: una norma paradossale

Com'è noto, il merito della decisione concerne il rapporto di separazione tra politica monetaria della BCE e politica economica degli Stati, stabilito dal diritto europeo primario. Per la Corte di giustizia il programma di QE denominato PSPP deve ritenersi al di là qua della linea di confine e quindi pienamente legittimo, invece per la Corte germanica è al di là, o meglio: ci

sono forti indizi che lo sia, sicché alla BCE sono assegnati tre mesi di tempo per spiegare che così non è.

Il ragionamento del tribunale di Karlsruhe appare fortemente improntato agli assunti della teoria economica *mainstream*. Di questa – com'è noto – esistono diverse varianti: tutte, però, sono accomunate da due postulati imparentati strettamente, come due risvolti di una medesima visione generale: il carattere *neutrale* della moneta e l'idea che dall'offerta monetaria dipenda il livello generale dei prezzi, cioè la teoria *quantitativa* della moneta, secondo cui se aumenta la quantità di moneta aumentano i prezzi.

È un modello teorico che Hyman Minsky riassumeva così: «a) in uno stato di equilibrio la moneta è neutrale, nel senso che i prezzi relativi, il reddito e la produzione non dipendono dalla quantità di moneta; b) il livello generale dei prezzi è determinato dalla quantità di moneta; c) un'economia decentrata è fundamentalmente stabile»⁵. Posto che la moneta è neutrale «in uno stato di equilibrio», ne segue il dovere per la banca centrale di non impedire ai tassi di interesse di collocarsi in corrispondenza dei tassi di equilibrio, per come determinati dal funzionamento concorrenziale del mercato dei capitali: diversamente, la moneta emessa dal *central banking* cesserebbe di essere neutrale e condizionerebbe indebitamente le variabili macroeconomiche reali, sostituendosi così alla politica economica propriamente intesa. In che modo la politica monetaria si mantiene neutrale? Badando solo alla stabilità dei prezzi e regolando l'offerta monetaria in modo da non turbare la formazione concorrenziale dei prezzi di mercato. Il tasso di interesse, infatti, è il prezzo dei capitali prestati e investiti. Alla base di tutto c'è l'idea che la concorrenza non debba riguardare solamente il mercato dei beni e servizi, ma anche i mercati finanziari, dove s'incontrano i debitori coi creditori, i risparmi con gli

⁵ H.P. MINSKY, *John Mainard Keynes*, New York, 1975, trad. ital. *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, 10.

investimenti⁶.

Ciò premesso, se il banchiere centrale spinge il tasso di interesse verso una posizione diversa dal tasso di equilibrio, ad esempio a un livello decisamente più basso mediante decisioni di forte espansione monetaria come il QE, allora – sempre a giudizio della teoria economica *mainstream* e del tribunale tedesco – favorisce un’allocazione inefficiente dei risparmi e delle risorse produttive, producendo indebiti effetti redistributivi: ad esempio, sacrificando più del consentito gli interessi dei risparmiatori, consentendo ad alcune imprese inefficienti di stare sul mercato più tempo di quanto meriterebbero e creando la condizione affinché gli Stati si indebitino a un costo inferiore rispetto a quello che altrimenti dovrebbero corrispondere, e così via.

Non c’è dubbio che questa visione teorica sia alla base degli artt. 119 e 127 del TUEF, oltre che della pronuncia del 5 maggio. Il tribunale costituzionale tedesco si è fatto interprete fedele dello spirito del Trattato. E ha censurato il modo in cui la Corte di giustizia ha condotto il giudizio di proporzionalità sul programma di QE, poiché – a suo giudizio – non avrebbe valutato con attenzione se gli effetti distributivi del QE possano realmente giustificarsi in relazione all’obiettivo di riportare il tasso d’inflazione ad un

⁶ La *neutralità* della politica monetaria è il risvolto “normativo” della teoria “descrittiva” che reputa *neutrale* la moneta e, in genere, la finanza. Qui si riflette la stessa ambivalenza che connota la teoria dell’«equilibrio economico generale», che infatti è insieme descrittiva e prescrittiva. Il prezzo concorrenziale, e quindi il tasso di equilibrio, è postulato come un dato di realtà, come qualcosa che può *essere effettuale* se la sua formazione non subisce indebite interferenze. Ma è anche un obiettivo che per la teoria economica neoclassica *deve essere effettuale*, creando le condizioni giuste e, soprattutto, rimuovendo gli ostacoli che ne ostacolano il raggiungimento. Essendo l’equilibrio la descrizione di cosa accadrebbe se talune condizioni fossero soddisfatte, l’indicazione prescrittiva che ne deriva è l’imperativo a rendere effettive tali condizioni. Qui abbiamo, allo stesso tempo, una *teoria* e una *dottrina*. Per svolgimenti più approfonditi sulle teorie dell’equilibrio economico generale e della concorrenza, sia nel loro profilo descrittivo che prescrittivo, mi sia consentito rinviare a O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, 95-250.

livello prossimo al 2%. In particolare, il PSPP avrebbe prodotto «effetti di politica economica», perché tenendo artificiosamente bassi i tassi di interesse, avrebbe agevolato il rifinanziamento degli Stati indebitati, distogliendoli dalle buone regole della finanza sana, e avrebbe penalizzato i risparmiatori e tenuto in vita imprese altrimenti destinate a fallire: tutti effetti allocativi e redistributivi che la neutralità della politica monetaria non dovrebbe poter conseguire, in quanto ricadenti nell'ambito della politica economica riservata agli Stati. Di qui la dominanza (indebita) della politica monetaria su quella economica-fiscale.

Va osservato però che la prevalenza, la *dominance* della politica monetaria su quella fiscale non si realizza solo quando una banca centrale indipendente espande l'offerta monetaria, ma pure quando adotta liberamente scelte restrittive, contrastando così una decisione di bilancio espansiva (e producendo, di conseguenza, un *crowding-out effect*). Invero la dominanza del *central banking* prescinde dal carattere restrittivo o espansivo dell'offerta monetaria⁷. E difatti, anche una politica monetaria di tipo restrittivo produce effetti re-distributivi, sebbene di direzione invertita rispetto a quelli connessi a una politica espansiva. Se riducendo l'offerta monetaria il banchiere centrale spinge il tasso d'interesse verso l'alto, allora sono favoriti i creditori e penalizzati i debitori, valorizzati i risparmi e compressi gli investimenti, ostacolate le operazioni di rifinanziamento degli Stati più indebitati rispetto a quelli meno indebitati, e così via⁸.

⁷ Sulla dominanza della politica monetaria in rapporto al costituzionalismo democratico, rinvio, per più approfonditi svolgimenti, al mio *Dominanza monetaria e costituzionalismo democratico*, in corso di pubblicazione nel volume celebrativo dei vent'anni della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)*.

⁸ Giustamente E. BRANCACCIO, L. CAVALLARO, *La Corte costituzionale tedesca ha ragione (ma non può dire perché)*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 maggio 2020 (<https://www.econopoly.ilssole24ore.com/2020/05/20/corte-costituzionale-tedesca/>), scrivono che «intervenedo sul tasso d'interesse e più in generale sulla regolazione dei flussi monetari e finanziari, il banchiere centrale fissa l'asticella delle condizioni di solvibilità degli attori del sistema economico e per questa via influenza il ritmo dei fallimenti e delle bancarotte e contribuisce

La politica monetaria può, quindi, favorire alcuni Stati e nuocere ad altri. Presumibilmente, la Corte germanica muove dal postulato che esista – *rectius*: debba esistere – un mercato finanziario concorrenziale dei titoli di stato, che premia i Paesi più “virtuosi” nella conduzione delle politiche fiscali, garantendo finanziamenti a basso costo, e che, viceversa, punisce con interessi elevati quelli che sono meno virtuosi. Ecco, in base a questo schema di pensiero l’«effetto di politica economica» è il fatto che alcuni Stati siano puniti meno di quanto meriterebbero (e di contro, altri Stati premiati meno di quanto accadrebbe senza l’intervento della BCE).

Lasciando da parte la questione di cosa veramente renda “virtuosa” o “viziosa” una politica fiscale, rimane comunque che, pure volendo accogliere la visione *mainstream* di cosa sia una finanza pubblica “sana”, non è affatto detto che essa produca bassi tassi di interesse quali «effetti di politica economica»: la politica fiscale italiana, ad esempio, registra avanzi primari da circa vent’anni, sicché a rigore non “meriterebbe” di essere punita con alti costi di indebitamento. Insomma, a fare problema è il postulato implicito da cui sembra muovere la Corte tedesca: e cioè, che le politiche economiche fiscali, “giuste”, “sane”, determinerebbero tassi convenienti, mentre quelle “scorrette”, “insane”, genererebbero tassi sconvenienti.

a rallentare o a velocizzare l’uscita dal mercato dei capitali più fragili o il loro assorbimento da parte dei più forti. Insomma, l’indicibile verità è che il banchiere centrale agisce sempre come *regolatore di un conflitto* feroce in seno alla società: quello tra capitali solvibili e capitali insolventi, tra creditori e debitori e, in una unione monetaria, anche tra nazioni in attivo e nazioni in passivo. La funzione del banchiere centrale è dunque sempre *inesorabilmente politica*». Rimarca in modo incisivo la portata redistributiva della politica monetaria T. PIKETTY, *Le Capital au XXI^e siècle*, 2013, trad. ital. *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2014, 847 ss., spec. 878, e prima ancora J.K. GALBRAITH, *Economics in Perspectives*, 1987, trad. ital. *Storia dell’economia. Passato e presente*, Rizzoli, Milano, 1990, 303.

Bisogna invece ricordare ancora una volta che l'interesse sui BTP italiani è legato al *denomination risk*⁹ e non già a un giudizio di approvazione o disapprovazione delle politiche economiche nazionali da parte dei mercati finanziari: questi non sono una sorta di opinione pubblica oltimpicamente disinteressata, ma una platea di operatori fortemente auto-interessati, le cui valutazioni sono orientate verso il massimo profitto al minor rischio. E può succedere pertanto che una medesima tipologia di politica fiscale sia a volte “punita” e a volte “premiata”, secondo le circostanze e le valutazioni di convenienza del momento. Il tasso di interesse sul debito pubblico è un «effetto di politica economica» non padroneggiabile dalla politica economica degli Stati membri privi di sovranità monetaria; ed è più che altro un “effetto di decisioni di finanza privata”.

La Corte tedesca – come si vede – abbraccia un presupposto controverso di teoria economica. Però si dà il caso che sia il medesimo presupposto fatto proprio dal Trattato, il quale, in coerenza con esso, appresta un assetto istituzionale che separa la politica monetaria dalla politica economica: una separazione che non avrebbe senso fuori dal postulato della neutralità della moneta in uno stato di equilibrio. Potrebbe dirsi, dunque, che i giudici di Karlsruhe, quand'anche fossero in errore dal punto di vista del pensiero economico, non lo siano dal punto di vista giuridico. Nella misura in cui il diritto vigente codifica, a torto o a ragione, una certa teoria economica e nella misura in cui il compito dei giudici è quello di applicare il diritto vigente, se ne dovrebbe concludere che, almeno nel merito, la pronuncia del tribunale germanico non contenga errori di diritto e che abbia fatto bene a vigilare sul rispetto della linea di

⁹ Sul quale mi sia consentito il rinvio a O. CHESSA, *Covid e finanza pubblica*, in corso di pubblicazione in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *L'impatto del Covid 19 sull'ordinamento italiano: le questioni relative alla disciplina dell'emergenza*, ESI, Napoli, 2020.

demarcazione tra la politica monetaria della BCE e la politica economica affidata (dal *Grundgesetz*) al raccordo tra Esecutivo e Legislativo.

Ma il punto è se sia veramente sindacabile il rispetto del confine tra politica monetaria e politica economico-fiscale. Il Trattato, a mio avviso, pretende di separare ciò che per natura è inscindibile: la politica monetaria da quella economica; e, nel contempo, presume che il banchiere centrale possa fare qualcosa che, invero, come vedremo, va oltre le sue reali possibilità, e cioè governare il tasso d'inflazione.

Sotto quest'ultimo profilo è rivelatrice la controversia sul giudizio di proporzionalità che ha opposto il tribunale di Karlsruhe alla Corte del Lussemburgo. Diversamente dai giudici europei, quelli tedeschi ritengono che il PSPP sia uno strumento sproporzionato rispetto allo scopo di condurre l'inflazione vicino al 2%. In tutta onestà, è difficile dare loro torto. Soprattutto perché, prima ancora che sproporzionato, appare un mezzo inadeguato allo scopo, cioè inidoneo a conseguire il fine per il quale è impiegato. Considerato infatti che, dopo cinque anni dal varo del programma di QE in oggetto, la media dell'inflazione europea continua a rimanere ben al di sotto del 2%, se ne deve trarre la conclusione che non abbia finora dimostrato di poter ottenere il risultato per il quale fu adottato e che non abbia superato, perciò, il test di idoneità (sicché neppure ci sarebbe bisogno di verificare se sia coerente col requisito della proporzionalità).

Senonché – qui sta il carattere paradossale dello schema di ragionamento in esame – questa conclusione produrrebbe effetti che vanno ben oltre il caso di specie, arrivando persino a smantellare l'ipotesi stessa di una “*banca centrale indipendente provvista del compito di tenere l'inflazione sotto ma vicino al 2%*”: ipotesi che i Trattati assumono come realistica, ma che invero non si sta rivelando tale. Sono oramai maturi i tempi per chiedersi non già se questo o quello strumento di QE sia strumentale allo scopo di risollevarne l'inflazione, ma se l'inflazione dipenda veramente dalle prestazioni di una banca centrale indipendente che

controlla l'offerta monetaria (come è affermato dalla teoria quantitativa della moneta, che è infatti il basamento su cui è eretto l'*European System of Central Banks*, ESCB). In realtà, appare più fondata la congettura che il livello dei prezzi dipenda dal combinato disposto di politica fiscale e monetaria (anziché solo dall'ultima, isolatamente considerata), e a volte neanche da questo. È la lezione che abbiamo appreso in questi anni¹⁰.

¹⁰ Non è detto, infatti, che una politica monetaria espansiva, agente sul livello del tasso di interesse o della riserva frazionaria ovvero direttamente sulla base monetaria mediante l'acquisto di titoli sul mercato aperto, sia in grado di assicurare il risultato voluto, specialmente nelle fasi recessive, quando le banche sono restie a concedere credito, dati i maggiori rischi di insolvenza, e le imprese meno propense a domandarlo, per mancanza di opportunità di investimento e speculazione: come diceva Keynes, in questi casi la leva della politica monetaria, non supportata da adeguati stimoli fiscali della domanda aggregata effettiva, è come «spingere una corda» (*pushing on a string*). Lo stesso concetto è in una lettera che lo stesso Keynes inviò a Roosevelt nel 1933: «tentare di far crescere la produzione e il reddito (e quindi l'inflazione, *ndr*) mediante un aumento della quantità di moneta, è come tentare di ingrassare comperando una cintura più lunga. La quantità di moneta è soltanto un vincolo, mentre il fattore propulsivo è il volume della spesa» (traggo la citazione da G. LUNGHINI, *La Teoria generale e i keynesiani: un'eredità giacente, in Economia Politica*, 2/2009, 237 n. 19). In tempi più recenti la tesi è ripresa dal premio Nobel P. KRUGMAN, *End This Depression Now!*, 2012, trad. ital. *Fuori da questa crisi, adesso!*, Garzanti, Milano, 2012, 175, il quale definisce come «immacolata inflazione (...) la convinzione che stampando moneta si facciano salire i prezzi al di là di quello che è il normale rapporto tra domanda e offerta». A suo giudizio, «le imprese non decidono di alzare i prezzi perché l'offerta monetaria è aumentata; lo fanno perché è cresciuta l'offerta relativa ai loro prodotti, e sono convinte di poterlo fare senza perdere troppe vendite. I lavoratori non chiedono stipendi più elevati perché è avvenuta un'espansione del credito; lo fanno perché ci sono più posti di lavoro e di conseguenza il loro potere contrattuale è aumentato. La ragione per cui la FED può generare inflazione "stampando moneta" – ossia acquistando asset finanziari con fondi creati praticamente dal nulla – è che l'espansione del credito indotta dai suoi acquisti fa crescere la spesa e la domanda». Insomma «se non c'è boom, non c'è inflazione». Ma se le cose stanno in questi termini, allora bisognerebbe mettere in discussione anche il nesso tra indipendenza della banca centrale e lotta all'inflazione. Sul punto rinvio, per tutti, a P. DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union*, 9th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, trad. ital. *Economia dell'unione*

Ma se anche il controllo dell'offerta monetaria potesse servire a disinflazionare, sicuramente è un'arma spuntata rispetto all'obiettivo di "inflazionare". Si dà il caso, però, che il mandato della BCE non sia solo quello di tenere bassi i prezzi, ma anche quello di farli salire sino quasi alla soglia del 2%: ecco, questo secondo compito, a mio avviso, eccede quanto è nelle sue possibilità. E le manovre di QE di questi anni lo dimostrano. Se alla crescita dell'offerta monetaria da parte della banca centrale non corrisponde una domanda di moneta da parte dell'economia o una propensione al prestito da parte del sistema bancario, allora è escluso che l'espansione monetaria "esogena" (cioè disposta dalla banca centrale) possa effettivamente generare inflazione. Neppure una politica monetaria ultraespansiva può indurre incrementi dei prezzi se la pur ingente offerta monetaria non è preceduta o seguita da una domanda di moneta da parte dell'economia "reale". Affinché la moneta immessa esogenamente dalla banca centrale possa produrre effetti espansivi delle attività economiche, è necessario infatti che sia erogata dal circuito bancario e che sia effettivamente spesa (dai privati o dalla PA) per l'acquisto di beni e servizi¹¹.

monetaria, 9^a edizione, il Mulino, Bologna, 2013, 188-189, il quale osserva che non basta prevedere l'indipendenza della banca centrale per avere automaticamente bassi livelli di inflazione, perché questi in realtà dipendono da «fattori sociali e politici strutturali più profondi».

¹¹ Il fenomeno è teoricamente riconducibile all'ipotesi della «preferenza per la liquidità» elaborata, come è noto, da J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan, London, 1936, trad. ital. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, a cura di T. COZZI, Utet, Torino, 2013, 352 ss., e rielaborata da P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso!*, cit., 42 ss., 176, il quale nel 2012 osservava che la FED «a partire dal 2008 ha triplicato l'entità della base monetaria», ma che «l'economia rimane(va) depressa»: Krugman definisce questo fenomeno come «una trappola della liquidità, per cui l'economia rimane depressa anche se i tassi di interesse a breve termine sono prossimi a zero», cioè anche se la banca centrale adotta una politica monetaria ultraespansiva. Mi sembra che anche T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, cit., 880, acceda ormai a questa chiave di lettura: «le banche centrali hanno il potere di evitare il fallimento di una banca o di una società non finanziaria prestandole il denaro necessario

Tutto ciò spiega, in definitiva, per quale ragione le misure di *quantitative easing* varate dalla BCE si sono rivelate inefficaci rispetto all'obiettivo stabilito¹².

E allora, si può veramente applicare il test di proporzionalità alle decisioni di QE nei termini postulati dalle corti di Lussemburgo e Karlsruhe? Anche per il diritto, e per i canoni di giudizio elaborati dai giudici, vale il detto "*ad impossibilia nemo tenetur*". I Trattati, accogliendo gli assunti della teoria economica *mainstream*, postulano che una banca centrale indipendente possa determinare il tasso di inflazione semplicemente regolando l'offerta monetaria: è una teoria su "come vanno le cose". Ma se la teoria dovesse rivelarsi errata e le banche centrali non fossero nella condizione fattuale di poter produrre i risultati che il diritto assegna ai loro compiti, avrebbe senso scrutinare l'esercizio di questi

per pagare salari e fornitori. Ma non possono obbligare le imprese a investire, le famiglie a consumare e l'economia a riprendere la crescita. Non hanno nemmeno il potere di decidere circa il tasso d'inflazione».

¹² Come peraltro è affermato in studi di recente pubblicazione. Vedi, ad esempio, K. BERNOTH, P. KÖNIG, C. RAAB, M. FRATZSCHER, *Unchartered Territory: Large-scale Asset Purchases by the European Central Bank*, in *DIW Economic Bulletin*, 13/2015 (25 marzo), 198, per i quali «weak price developments are also determined by factors that are difficult to influence with monetary policy – particularly in the current environment of very low interest rates (...) In particular, large-scale quantitative easing is not sufficient as the sole economic policy measure for combatting the ongoing effects of the crisis in the euro area». Di segno parzialmente diverso è invece lo studio di G. CLAEYS, Z. DARVAS, *The Financial Stability Risk of Ultra-loose Monetary Policy*, in *Bruegel Policy Contribution*, marzo 2015, 14. Infatti, da un lato gli Autori rilevano che «the new extended asset purchase programme, combined with all the other non-conventional monetary policy measures implemented since 2008 to avoid a full-scale liquidity crisis in the banking sector and the break-up of the euro area, will contribute to an ultra-loose monetary policy stance that should stimulate growth and bring inflation back towards the 2 percent threshold». Dall'altra, però, avvertono che «ultra-loose monetary conditions could also have adverse consequences for financial stability», sebbene «in our assessment, the benefits of ultra-loose monetary conditions outweigh their potential risks to financial stability».

compiti alla luce della loro rispondenza al fine per il quale sono stati attribuiti?

Riprendendo una tesi di Hyman Minsky (il quale, a sua volta, la fa risalire a Keynes), possiamo dire, in conclusione, che la moneta non è neutrale, e cioè: «a) che le variabili reali dipendono in modo essenziale dalle variabili monetarie e finanziarie; b) che il livello dei prezzi non soltanto non dipende esclusivamente dalla quantità di moneta, ma ne è influenzato solo marginalmente; c) che in un'economia capitalistica non pianificata (dove cioè non si prendono adeguate misure di politica economica) i processi di transizione tra stati di equilibrio non danno vita affatto a un sistema autoregolantesi tendente a stabilizzarsi su una posizione di equilibrio di piena occupazione»¹³. Di conseguenza, la *neutralità* della politica monetaria non esiste e il “tasso di equilibrio”, in assenza di mercati di capitali perfettamente concorrenziali, è una chimera. Qualsiasi decisione della banca centrale sull'offerta monetaria produce, inevitabilmente, «effetti di politica economica».

La vera questione, allora, è se questi “effetti” debbano essere concordati con chi ha la responsabilità democratica della decisione politica di finanza pubblica o se debbano dipendere dalle scelte unilaterali del banchiere centrale: ma è un tema che porterebbe troppo in là rispetto agli intenti di questo breve commento.

Una conclusione, però, è sicura: fintantoché rimane irrisolto questo nodo di fondo è difficile prendere partito tra le due posizioni contrapposte della Corte di giustizia e del tribunale costituzionale tedesco. Quest'ultimo ha ragione nel ritenere che il diritto costituzionale interno debba avere l'ultima parola rispetto al diritto europeo (il quale, infatti, vige pur sempre alle condizioni stabilite dal diritto costituzionale nazionale) e nel difendere le prerogative degli organi democratici di direzione politica contro le invasioni di campo delle tecnocrazie europee (nel caso di specie, la BCE).

¹³ H.P. MINSKY, *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, cit., 10.

Ma anche la corte lussemburghese ha ragione nel dare via libera alle politiche monetarie *unconventional*, ritenendo che dal punto della *monetary dominance* siano indistinguibili da ogni altra politica monetaria di una banca centrale indipendente. Viceversa, la corte tedesca ha torto nel supporre che la politica monetaria produca “effetti di politica economica” solo nel caso di misure espansive e non, invece, sempre e comunque, così come ha torto la corte lussemburghese nel presumere che la politica monetaria sia sempre e *neutralmente* rivolta all’obiettivo d’inflazione stabilito dal Trattato, quale che sia la strumentazione impiegata.

L’impressione è che nella vicenda culminata nella sentenza del 5 maggio abbiano tutti ragione e tutti torto. Potenza del paradosso.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MARCO GOLDONI

Il ragionamento della Corte di Karlsruhe e l'autonomia della BCE

ABSTRACT: The decision made by the German Constitutional Court focuses primarily on the limits of the use of the proportionality test to understand the scope of the competences of the European Central Bank (BCE) and its autonomy of action, highlighting how the test, as well as organized by both the German court and the Court of Justice of the European Union (CGUE), it fails to thematize, while verifying the competences, the type of independence enjoyed by the BCE, which, in fact, continues to exercise a strong fascination on the two main courts of Europe, which not even recourse to the proportionality test can prevent.

KEYWORDS: German Constitutional Court – BCE - Court of Justice – jurisdiction - autonomy of action - independence

Il ragionamento della Corte di Karlsruhe e l'autonomia della BCE**

Le questioni costituzionali (e non solo) che vengono alla luce leggendo la decisione della Corte costituzionale tedesca sono molteplici e meritano approfondite discussioni. Questo intervento si focalizza su un aspetto specifico: i limiti dell'uso del test di proporzionalità per comprendere il perimetro delle competenze della Banca Centrale Europea (BCE) e la sua autonomia di azione. Più specificamente, l'attenzione si rivolge al tentativo di comprendere in quale senso il principio di proporzionalità viene usato per proteggere un certo tipo di indipendenza della BCE. Il problema del test, per come organizzato non solo dalla corte tedesca, ma anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), è che non riesce a tematizzare, mentre verifica le competenze, il tipo di indipendenza della quale gode la BCE. D'altronde, difficilmente potrebbe essere altrimenti visto che l'indipendenza dalla politica è sancita dai trattati.

Tuttavia, dalla crisi del 2008/2009, alcune delle funzioni della Banca Centrale Europea sembrano essere mutate e, alla luce del principio di indipendenza della stessa istituzione, la trasformazione ha creato una serie di questioni costituzionali di non poco conto.¹ Anzitutto perché il ruolo della BCE è stato pensato, dall'inizio, come quello di agenzia tecnocratica per la gestione esclusiva della politica monetaria sulla base di un mandato ben definito: mantenere la stabilità dei prezzi con un'inflazione programmata attorno al 2%. Alla radice di molte difficoltà che hanno investito il ruolo della BCE negli ultimi anni è la distinzione cardinale per la definizione del suo mandato fra politiche monetarie (di competenza esclusiva dell'Unione) e politiche economiche. Le decisioni prese a favore di politiche monetarie non convenzionali come il programma OMT e l'alleggerimento

* Senior Lecturer, School of Law, University of Gaslow.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Cfr. M. IOANNIDIS, 'Europe's New Transformation: How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis', in *Common Market Law Review*, 2016, 1237 ss.

quantitativo (*Quantitative Easing*), impensabili fino a pochi anni prima, sono divenute frequenti negli ultimi anni ed hanno messo sotto pressione quella ripartizione fra politiche economiche e monetarie centrale per l'assetto costituzionale dell'Eurozona.²

Come noto, nell'ambito del confronto/dialogo con il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza *Weiss* la CGUE³ aveva ribadito che per stabilire se una decisione della BCE rientri nella sfera della politica economica o monetaria occorre tenere in considerazione gli obiettivi perseguiti e gli strumenti utilizzati dalla BCE (vedi para. 53 *Weiss*). Nella decisione della BCE oggetto del contendere (1174/2015 sul programma noto come *Public Sector Purchase Programme - PSPP*), la Corte di Giustizia aveva riscontrato che l'obiettivo della stabilità dei prezzi rimaneva primario rispetto agli altri effetti della decisione: il fatto che il PSPP, ossia il programma oggetto della decisione, 'avrebbe effetti considerevoli sul bilancio delle banche commerciali nonché sulle condizioni di finanziamento degli Stati membri della zona euro' (paragrafo 58 *Weiss*) rimarrebbe un effetto indiretto, peraltro compatibile con gli obiettivi secondari attribuiti alla BCE. La Corte di Giustizia pertanto non riscontrava nessuna aggiramento del divieto di finanziamento monetario ex art. 123(1) TFUE e sanciva la legittimità del cambiamento di alcune politiche monetarie, confermando che fossero espressione dell'autonomia decisionale della BCE.

La Corte tedesca ha adottato un punto di partenza diverso: determinare il riparto di competenze fra istituzioni europee e stati membri non solo in base ai principii di conferimento e di sussidiarietà ma includendo anche una più rigida valutazione della proporzionalità degli atti (da intendersi come metodo interpretativo non deferente alle decisioni della BCE). Il ragionamento della Corte può essere riassunto nei seguenti termini.

Anzitutto, la Corte di Karlsruhe riconosce che non è possibile tracciare una separazione netta fra politiche monetarie e politiche economiche. Ciò non impedisce di classificare una misura come politica monetaria. Tuttavia, il criterio per stabilire quando una decisione sia di politica monetaria non può essere basato

² Per una analisi d'insieme delle politiche sviluppate dalla UE per contrastare la crisi si rinvia a J. WHITE, *Politics of Last Resort*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

³ C-493/17.

sugli obbiettivi della misura in quanto si darebbe troppo potere discrezionale al suo autore. E siccome si parla di una istituzione, la BCE, che non possiede una legittimazione democratica, non si può lasciare alla sua discrezionalità l'ultima parola sugli obbiettivi di una decisione. Per questa ragione, l'approccio alla legittimità della decisione di un organo indipendente non può essere troppo condiscendente.

Già nella sentenza *Maastricht*, la Corte tedesca aveva parlato di eccezione al principio democratico per quanto riguarda il principio di indipendenza della Banca Centrale. Di conseguenza, la responsabilità della BCE non può essere soggetta ad una deferenza eccessiva da parte degli organi giurisdizionali. Il rischio, ovviamente, è che data la elevata indipendenza politica non vi siano limiti all'espansione delle competenze della BCE alle spese degli Stati membri.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte tedesca accusa la CGUE di non aver praticato un test di proporzionalità adeguato alla gravità della decisione. La Corte del Lussemburgo, così suona l'accusa, è stata troppo ossequiosa nei confronti della decisione di Francoforte e, in tal modo, avrebbe trivializzato la distinzione fra politica monetaria e politica economica, con conseguenze nefaste per 'il principio democratico e il principio della sovranità popolare' (paragrafo 160). In pratica, il test di proporzionalità sarebbe stato ridotto al minimo accettando completamente (e senza reale scrutinio) le dichiarazioni della BCE: nessuna indagine sullo scopo reale della decisione e sull'asserzione che si tratti delle politiche monetarie disponibili meno intrusive rispetto alle altre opzioni. Condotta in tal modo, l'analisi della proporzionalità nasconde un appiattimento sulla volontà della BCE.

La Corte costituzionale tedesca, invece, ritiene che sia necessario stabilire se gli effetti sulle politiche economiche siano più 'pesanti' rispetto a quelli sulla stabilità dei prezzi. Solo in questo modo si può determinare se una decisione della BCE rimane nell'ambito della sua sfera di competenza.

In maniera didascalica, Karlsruhe non si limita a notare l'assenza di ogni riferimento alle conseguenze economiche del programma, ma fornisce un elenco (paragrafi 171-178) delle considerazioni sull'impatto economico che la decisione della BCE avrebbe dovuto tenere in conto. Si tratta di una lista che si rivela di estremo interesse in quanto mostra quali aspetti delle politiche economiche devono essere valutati: il PSPP migliora le condizioni di accesso al finanziamento sui mercati degli Stati membri; il PSPP ha effetti anche sul sistema bancario, poiché

il sistema Euro acquisisce numerose quantità di titoli di Stato, compresi quelli più rischiosi; dato il mantenimento di un tasso di interesse bassissimo e un costo del denaro altrettanto minimo, il PSPP rischia di incoraggiare bolle speculative nel mercato immobiliare e in quelli finanziari; di conseguenza, la Corte di Karlsruhe sottolinea i rischi ai quali virtualmente sono esposti tutti i cittadini di fronte alla possibilità di perdite dei risparmi privati, con un potenziale impatto sul rendimento dei fondi pensionistici privati (dei cittadini tedeschi); permette alle aziende di avere accesso al credito a condizioni mai viste prime, impedendo che il mercato regoli la vita e lo sviluppo delle imprese, incluse quelle meno solide; accresce l'interdipendenza tra il sistema europeo delle banche centrali e le politiche degli Stati membri. Nel complesso, i suggerimenti della Corte costituzionale tedesca per praticare il test della proporzionalità indicano due dimensioni fondamentali: non si devono distorcere eccessivamente le dinamiche di formazione dei prezzi nel mercato unico, ossia si deve comunque permettere al mercato di dispiegare la forza della sua logica che, nel caso in questione, significa poter apprezzare i costi dell'indebitamento; occorre contenere i danni economici che si possono causare, direttamente o indirettamente, ai cittadini tedeschi.

In aggiunta, la corte di Karlsruhe ritiene che il principio di proporzionalità, e in particolare (ma non solo) il bilanciamento non sono stati condotti dalla Corte di Giustizia con la consueta attenzione che viene dedicata ad altri temi classici di diritto europeo quali la tutela dei diritti fondamentali, la discriminazione indiretta, la nozione di misure ad effetto equivalente nei casi di restrizione quantitativa (cf para. 146-152).⁴ In altre parole, il *Bundesverfassungsgericht* non trova soddisfacente la giustificazione per la minore intensità del controllo di proporzionalità garantito alle politiche monetarie. Al contrario, siccome va riconosciuta l'indipendenza della BCE dalla politica, allora la verifica giurisdizionale del rispetto delle competenze deve essere condotta con maggior attenzione.

⁴ Su quanto sia diverso lo scrutinio di proporzionalità in questi casi rispetto a quelli che riguardano le politiche monetarie dissente A. MARZAL, 'Is the BversG's Decision Simply Not Comprehensible?', in *Verfassungsblog*, May 9, 2020, available here: <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>

Esaminata con disincanto, la posizione della Corte tedesca non sorprende. Garante dell'ordinamento costituzionale tedesco e delle condizioni in base alle quali la Germania ha aderito all'Unione monetaria, la suprema giurisdizione tedesca utilizza la sua versione del test di proporzionalità per lanciare un segnale molto chiaro non solo alla Corte di Giustizia, ma ad altri attori, domestici e non, interessati all'adozione di una politica monetaria differente. Karlsruhe protegge la versione dell'Unione monetaria approvata dalla Germania con mandato democratico e relativa riforma costituzionale, negli anni Novanta. La Corte tedesca non riconosce la legittimità dei cambiamenti funzionali, ma informali, della e per questa ragione si permette di 'insegnare' alla Corte di Lussemburgo come andrebbe esercitato il controllo di proporzionalità per evitare che la indipendenza della BCE dalla politica si trasformi in arbitrarietà.⁵ In termini di dinamica costituzionale, la decisione della Corte potrebbe svolgere un ruolo di pungolo importante: resistendo ai cambiamenti informali della BCE, la posizione di Karlsruhe incoraggia gli altri attori coinvolti a prendere impegni espliciti e formali per un cambiamento dell'Eurozona.⁶

Tutto bene quindi? No, perché il fatto che si tratti di una prospettiva comprensibile non porta a giudicare positivamente il ragionamento giuridico della Corte tedesca e la sua insistenza sul principio di proporzionalità. Occorre fare presente che l'utilizzo di questo principio per determinare se la BCE ha continuato ad agire nei limiti del suo mandato non permette di problematizzare l'indipendenza della BCE. Il vincolo testuale dei trattati da un lato, e le modalità di applicazione del principio di proporzionalità, impediscono di tematizzare la mancata indipendenza della BCE dai mercati finanziari e, allo stesso tempo, le contraddizioni insite nell'originario disegno costituzionale della moneta unica.

⁵ Si veda, ad esempio, il rapporto 'Open Doors for the Forces of Finance at the ECB', prodotto dall'organizzazione Corporate Europe Observatory e consultabile al seguente indirizzo:

https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/open_door_for_forces_of_finance_report.pdf

⁶ La Corte potrebbe svolgere un ruolo simile alla Corte Suprema degli Stati Uniti all'inizio del New Deal. Si rinvia alla ricostruzione di B. ACKERMAN, *We the People: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1998.

Si tratta di uno dei limiti principali della messa in forma del tema delle competenze tramite il canale delle corti supreme o costituzionali. Innanzitutto, viene favorito un dialogo fra corti degli Stati membri che soddisfano due requisiti: sono corti di Stati che nell'economia dell'Eurozona possono definirsi creditori; si tratta di corti con riconosciuto prestigio e capacità di concentrazione apicale di potere giudiziario. Ovviamente, poche altre corti in Europa, al di là del Tribunale Costituzionale tedesco, possono ritrovarsi in questa condizione. Per tale ragione, sia detto per inciso, risultano eccessive le paure che la decisione della corte di Karlsruhe fornisca un esempio da seguire per tutte le altre corti. Piuttosto, la forma del conflitto fra Lussemburgo e Karlsruhe non è adeguata per affrontare il tema dell'assunzione di un ruolo costituzionale per la Banca Centrale Europea. Essendo vincolate ai testi dei Trattati e al mantenimento dell'equilibrio fra interessi specifici nel mercato unico, le due corti si cimentano in un esercizio elegante di distinzione fra politiche monetarie ed economiche. È come se, una volta riconosciuto che i due tipi di politica non operano a compartimenti stagni, il tema riguardasse la possibilità di tracciare una linea con la quale si stabilisce se una determinata misura è primariamente monetaria o economica. Non si vuole qui sminuire l'importanza per una corte di controllare se i mandati previsti dai trattati vengono rispettati. Piuttosto, si vuole spostare l'attenzione sull'economia politica contenuta all'interno del ragionamento giuridico della Corte tedesca. L'argomentazione di Karlsruhe presuppone un non-detto che è vitale per il funzionamento dell'Euro. Come mostrato, fra altri, da Christine Desan,⁷ le monete ufficiali sono progettate in maniera politica al fine di perseguire alcuni scopi ed evitare che altri obiettivi entrino nell'agone politico. In altri termini, la moneta non è un oggetto regolativo esogeno, ma endogeno alle relazioni sociali alle quali intende fornire un'unità di misura e un mezzo di scambio. Di conseguenza, un determinato assetto monetario porta con sé, sempre, effetti distributivi e redistributivi. Per svolgere tali funzioni, la moneta deve essere parte di un'attività di governo che la rende elemento costitutivo (e non meramente regolativo) di relazioni sociali ed economiche fondamentali. In tal senso, l'argomento della Corte di Karlsruhe appare come un tentativo di non esplicitare, dandolo per scontato, tale ruolo della moneta unica. Così, gli effetti economici che vengono presi come metro di misura per stabilire la

⁷ Cfr. C. DESAN, *Making Money*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

proporzionalità delle decisioni della BCE, pur essendo correttamente elencati, non esauriscono tutte le conseguenze che vengono generate da una specifica politica monetaria. Non si capisce, ad esempio, perché gli effetti sul mercato e il costo del lavoro di alcune decisioni di politica monetaria non entrino nel bilanciamento proposto dalla Corte tedesca.⁸ Oppure, è difficilmente giustificabile l'assenza dell'impatto sulle politiche industriali dei paesi dell'Eurozona e, ancora più importante per la Germania, gli effetti sulla bilancia commerciale. Inoltre, quando la Corte tedesca afferma che il volume e la durata del PSPP potrebbero rendere il programma disproporzionato poiché distorcerebbero la condotta fiscale degli stati, facendola determinare dalla BCE (para. 171), evita di riconoscere che la politica monetaria già sta determinando, in una certa misura, le politiche fiscali degli stati. La gestione delle politiche monetarie presenta profili di economia politica tutt'altro che neutrali indipendentemente dal tipo di decisioni adottate e questo avviene in virtù della forza di governo di cui è dotata la moneta e, ancora di più, una moneta costruita come l'Euro. Essa, ad esempio, cristallizza e preserva una gerarchia fra stati creditori e debitori, nonché fra capitali solventi e capitali insolventi. Come si può immaginare che la gestione dei rapporti fra creditori e debitori nell'Eurozona non abbia conseguenze sulla politica economica degli Stati membri? È infatti difficile trovare una distinzione che sia più politica e divisiva, nell'Eurozona, di quella fra creditori e debitori.⁹

Infine, la decisione conferma i limiti dell'idea che il dialogo fra le corti possa portare a cambiamenti incrementali. L'impostazione adottata dalle due corti non permette di intravedere il legame fra i mercati finanziari e le decisioni della BCE. Questo perché il punto di partenza per entrambe le corti riguarda la protezione dell'indipendenza della Banca Centrale Europea come espressa dall'art. 130 TFUE, ossia indipendenza dalle istituzioni politiche. La BCE funziona in modo opposto a quanto notato da Karl Polanyi, nel suo *La grande trasformazione*, a proposito delle banche centrali.¹⁰ Mentre la centralizzazione delle funzioni di prestatore di ultima istanza in una banca centrale nazionale aveva perseguito lo scopo di

⁸ Ovviamente non rientrano neppure nel ragionamento della Corte di Lussemburgo.

⁹ Si veda, da un punto di vista storico-giuridico, K. DYSON, *States, Debt and Power*, Oxford University Press, Oxford, 2014; per una ricostruzione filosofica: J. VOGL, *The Ascendancy of Finance*, Polity, Londra, 2018.

¹⁰ Cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), Einaudi, Torino, 2000.

sottrarre la funzione di amministrazione e controllo del credito alle sole leggi ferree del mercato, ossia aveva contribuito a de-mercificare la moneta, la BCE opera in base ad impulsi provenienti dai mercati. Per evitare fraintendimenti: è normale che una banca centrale tenga conto di tali impulsi. Tutto diventa più problematico per la stabilità di una comunità politica quando la banca centrale segue tali impulsi con lo scopo principale di mantenere il valore di investimenti e capitali, seguendo le direttive che provengono da attori finanziari.¹¹ Il *Quantitative Easing* è un programma che anzitutto stabilizza il sistema bancario e, come effetto collaterale dovuto soprattutto al ruolo delle banche centrali nazionali nel programma, produce un effetto calmierante sui titoli di Stato dei paesi dell'Eurozona.

In conclusione, il cosiddetto dialogo fra le corti disegna il perimetro delle preoccupazioni costituzionali sulle politiche monetarie attorno alla questione della indipendenza della BCE. Quest'ultimo è oramai un mito che opera come la testa tagliata di Orfeo, del cui canto si dice che ancora ipnotizzasse le genti anche dopo la decollazione. L'indipendenza dell'istituto di Francoforte esercita ancora una forte fascinazione sulle due principali corti d'Europa. Il ricorso al test di proporzionalità non spezzerà l'incanto.

¹¹ Omar Chessa giustamente si riferisce ad 'effetto di decisioni di finanza privata' in 'Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia a censurare gli "effetti di politica economica" della BCE', in *LaCostituzione.info*, 8 maggio 2020, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/08/perche-il-tribunale-costituzionale-tedesco-sbaglia-nel-censurare-gli-effetti-di-politica-economica-della-bce/>.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

FERNANDO LOSADA

On European Macroeconomic Integration and the Ensuing Clash of Courts: Apropos the German Constitutional Court Ruling on the ECB's Public Sector Purchase Program

ABSTRACT – This short comment reveals the structural consequences resulting from the conflicting relationship between European law and macroeconomic integration. While the EU legal order was defined and shaped according to the concrete features required for the development and consolidation of the common market, in macroeconomic integration the role and function of law is different – precisely because its substantive content and formal features are out of alignment. The consequences of this mismatch are only now fully visible: political actors can resort to legal procedures, conveniently shaped to conform to microeconomic integration (preliminary reference), to promote by legal means their own macroeconomic agenda. This results in a clash of courts, each protecting their respective legal order on grounds of competence or primacy. Paradoxically, following a strict legal reasoning will only aggravate this legal conundrum. Hence, the answer must be political.

KEYWORDS – Macroeconomic integration, EU legal order, German Constitutional Court, European Court of Justice, Public Sector Purchase Program

**On European Macroeconomic Integration and the Ensuing
Clash of Courts: Apropos the German Constitutional Court
Ruling on the ECB's Public Sector Purchase Program****

CONTENTS: *1. Introduction - 2. The formation of a legal order according to the rationale of microeconomic integration - 3. The conflicting rationales of the EU legal order and macroeconomic integration - 4. The unavoidable clash of courts in macroeconomic integration*

1. Introduction

The ruling of the Second Chamber of the German Constitutional Court (GCC) of May 5th has led the European integration process into uncharted waters.¹ For the first time since its formative years a national court has explicitly challenged the authority of EU law by opening a conflict regarding its primacy, one of the foundational principles of the EU legal order. Although different courts had explored the limits of this principle before, especially during the first decades of integration, since then it has been solidly established and generally accepted throughout the Union.² After the ruling of the GCC, it is debated whether it would still be the case, especially

* Academy of Finland Research Fellow, Faculty of Law – University of Helsinki.

** This article was subject to anonymous peer review.

¹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 – 2 BvR 859/15, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

² See Danish Supreme Court judgment of 6 December 2016, no. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S v. The estate left by A.*; or the *Taricco* saga: ECJ Judgment of 8 September 2015, *Taricco and others*, C-105/14, EU:C:2015:555, and ECJ Judgment of 5 December 2017, *M.A.S. and M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

when taking into consideration eventual parallel reactions from courts in other Member States. All of this is object of intense legal academic discussion.

This brief comment will not engage in an assessment of the merits of the ruling. Hence, the reader shall not expect to find here neither a detailed analysis of the legal argumentation, nor an explanation of the ruling's meaning and relevance for the European integration at large or for the relation between national and EU legal orders in particular. The aim of these pages is rather to explain why and how was it possible to get to this situation. This in turn is expected to provide new insights on the relevance of the ruling from a more systemic perspective, therefore hopefully contributing to the full comprehension of its significance.

Critical in this task will be the distinction between the micro and macroeconomic layers of the economic constitution.³ According to this understanding, the European treaties created first a stable framework for the development of private economic activities based on the four freedoms and the rules on competition (the microeconomic constitution) and later, with the signature of the Treaty of Maastricht, a framework guaranteeing the price stability of the common currency and the coordination of national economic policies (the macroeconomic constitution). The key idea on which this short comment relies is that the EU legal order, and especially its foundational principles, was established in close connection with the development of the microeconomic constitution. In other words, the objective of founding a common market under a free competition regime was operationalized in legal terms through the establishment of a new legal order resulting from the teleological interpretation of the provisions of the

³ Following the reconstruction by Kaarlo TUORI and Klaus TUORI on the second chapter of their well-known monograph *The Eurozone Crisis: A Constitutional Assessment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, and later developed in much depth by Kaarlo TUORI in *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

treaties. The ultimate question is to what extent that legal order, so closely aligned to the objectives of microeconomic integration, is still compatible with, and guarantees the smooth operation of, macroeconomic integration.

2. The formation of a legal order according to the rationale of microeconomic integration

The far from original premise of this comment is that the conformation of the EU legal order and the achievement of the (then) common market were processes inextricably linked to each other. The founding treaties were drafted with a clear objective in mind, and the legal features and content of the provisions therein were accordingly conceived to attain the common market goal. It is thus not surprising that in the legal argumentation of the rulings establishing the foundations of the EU legal order the European Court of Justice (ECJ) had relied on a teleological interpretation.⁴ Important in this regard were the set of legal remedies designed by the treaty drafters in order to make its provisions actually effective, and in particular the preliminary ruling procedure. Due to the ability of national ordinary courts to enforce EU law and, in case of need, to resort to this procedure to consult the ECJ about the validity or interpretation of its provisions, a direct link between the various national and the newly founded (EU) legal orders was established. Because of this direct link, both the establishment and subsequent development of the EU legal order and the progress towards the common market were the result of a single process driven, to a good extent, by the ECJ's adjudication.

As it is well known, resulting from the ECJ's case law the EU legal order is autonomous from national legal orders, but at the same time relies on

⁴ Two rulings deserve always to be mentioned: Judgement of 5 February 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, EU:C:1963:1 and Judgement of 15 July 1964, *Costa vs ENEL*, 6/64, EU:C:1964:66.

national procedures and institutions in order to unfold its full potential. This is not obstacle for EU law to prevail, within its scope of application, over national law (primacy) and, under certain circumstances, to entitle private actors with rights directly enforceable against public actors (direct effect). The result is a duality of legal orders, structured in such a way that the EU legal order supplements national ones in all instances related to the objectives of the treaties. Unavoidably, within this structure there are overlapping areas over which the final interpreters of each legal order (the ECJ on one hand, national Supreme or Constitutional courts on the other) claim to have full authority, thus resulting in potential conflicts of jurisdiction.

The classic example to illustrate these eventual conflicts is the saga of cases dealing with the protection of fundamental rights by EU law. To distil the many nuances of this case law into a single idea, it could be said that national ordinary courts faced reasonable doubts regarding the applicable legal regime when certain situations objectively falling under the scope of EU law resulted, precisely for that reason, on a notably lower standard of protection of fundamental rights than under national law. The German and Italian Constitutional Courts considered them a core element of its constitutional system which could not be affected by the acceptance of EU law's primacy over national law.⁵ This potentially harmful conflict for the authority of EU law could be redirected by the ECJ through the homologation of its own standard of protection (from then on "inspired by the constitutional traditions common to the Member States")⁶ to the standards guaranteed in the national context—thus observing the minimum threshold represented by the European Convention on Human Rights

⁵ Bundesverfassungsgericht, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Case 2 BvL 52/71); Corte Costituzionale Italiana, Case 183/1973, 27 December 1973, *Frontini*.

⁶ Judgment of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114, para. 4.

(ECHR).⁷ Accordingly, since then “fundamental rights are enshrined in the general principles of Community law protected by the [ECJ]”.⁸ Hence, the solution to the conflict between the final interpreters of the national and the EU legal orders was the alignment of the substantive legal content in overlapping areas.

3. The conflicting rationales of the EU legal order and macroeconomic integration

A fair question would thus be why the current conflict between the GCC and the ECJ in respect of the Public Sector Purchase Program (PSPP) of the European Central Bank (ECB) could not be solved in a similar fashion, that is, by finding a common interpretation acceptable for the two legal orders. This short contribution aims at explaining precisely why this is not possible. But before getting to the specific details it is necessary to introduce, at least briefly, some of the challenges intrinsic to rule-based EU macroeconomic integration. Only then a comprehensive understanding of its structural problems will ensue.

Hence, it is important to note, first, that the very nature of law and that of macroeconomic management are difficult to reconcile: while the former aims to avoid arbitrariness and to guarantee legal certainty, the latter is discretionary in essence. Applying legal rules to the management of redistributive issues leads to maladjustments that can only be solved either through the strict application of rules, thus assuming the suboptimal economic results and the unavoidable misalignment with constituents’ policy preferences, or through the disregard of the rule of law, hollowing out

⁷ Judgment of 14 May 1974, *Nold*, 4/73, EU:C:1974:51; and Judgment of 28 October 1975, *Rutili*, 36/75, EU:C:1975:137.

⁸ Judgment of 12 November 1969, *Stauder*, 26/69, EU:C:1969:57, para. 7.

its very significance. The emergence of intermediate solutions, as soft-law and other innovations, only add to this basic tension.

Second, the Economic and Monetary Union (EMU) and the EU legal order are not in synch. Whereas the EU legal order was inextricably linked to microeconomic integration, the features of one reinforcing and causing the development of the other while pursuing the common market objective, this is not the case with macroeconomic integration. EMU law aims instead at petrifying a concrete political agreement about how to conduct monetary policy and the ensuing institutional arrangements. EMU provisions were designed in full awareness of the main principles of the EU legal order, which were already established and consolidated well before the signature of the Treaty of Maastricht. Consequently, when adjudicating on EMU-related issues the ECJ is in a rather defensive position *vis-à-vis* Member States, not only because it must protect the agreement enshrined in primary law instead of interpreting its provisions in a teleological way to achieve further goals, but also because the conditions for direct effect to be applicable are completely at odds with the aggregated character of macroeconomic integration. As a result, no advancements or new developments for the EU legal order are supposed to result from EMU case law.

And third, the distribution of competences in EMU radically differs from what was the case in microeconomic integration. Instead of shared competences, which justified executive federalism as specific mechanism of integration (supranational decisions implemented by national administrations), in EMU competences are exclusive either of the Union (monetary policy, assigned to the ECB) or national (general economic policies, although coordination between Member States is required to guarantee good operation of the single currency). The upshot is that there are no competence areas overlapping the Union and the national legal orders. This means that conflicts between jurisdictions are binary and cannot be solved through the adaptation of the content of EU or national

law to the requirements of the other, as was the case in microeconomic integration.

4. The unavoidable clash of courts in macroeconomic integration

Once all these elements are taken in consideration, it is possible to address a final issue that completes the full picture of the legal tension the GCC ruling has revealed. As a consequence of the exclusive nature of EMU competences (either national or European) legal disputes in macroeconomic integration across jurisdictions involve in last instance a conflict of competences. Whereas national Supreme or Constitutional courts are considering *ultra vires* arguments to determine to what extent the limits over the conferral of powers have been exceeded, the ECJ is required to justify (or not) the actual behaviour of EU institutions against the backdrop of the eventual damaging economic consequences of a declaration in the positive. Each court is thus rightly protecting its own jurisdiction through its role as final interpreter. The regrettable consequence is that the subsequent binary conflict does not allow for any kind of intermediate solution: for each court it is a matter of determining how the other jurisdiction has breached one of its basic constitutive rules—primacy and conferral of competences in the case at hand.

However, and this is key to understand the systemic magnitude of the conflict, no national Supreme or Constitutional court can avoid engaging in the dispute through self-restraint. Although the same principles and legal remedies apply in micro- and macroeconomic integration (the EU legal order is one and the same for both areas of integration), in the EMU private actors are only rarely entitled with EU rights. Accordingly, ordinary courts do not engage in a dialogue with the ECJ, and the only way for private actors to have access to the ECJ is by first reframing their demand as a fundamental rights claim. Once the dispute is framed as a clash between

national fundamental rights—or an equally basic provision of the national constitution—and EU law, the conflict can be redirected to the ECJ through the corresponding national Supreme or Constitutional court making use of the preliminary ruling procedure. Of course, only in very seldom circumstances will an economic actor with a genuine economic claim resort to this procedure. Instead, the misalignment between the EU legal order and macroeconomic integration has been fundamentally exploited by actors with political motivations, which for the first time have a (rather intricate but potentially damaging) access to the ECJ. The price to be paid for such a misalignment is thus the systemic conflict between jurisdictions it is destined to provoke.

As long as eventual conflicts are framed under the binary, either-or formula of constitutional conflicts within the national legal orders, Supreme or Constitutional courts, as their last interpreters, will defend the national legal order from what is perceived as an attack from the EU sphere. Gaining awareness of this systemic malfunction is thus a priority before national courts of last instance continue funnelling political conflicts to the legal system. However, it seems quite unlikely that they can refrain from protecting the system that constitutes their very reason of existence. In this regard, European integration has reached a limit by allowing political disagreement to be articulated in a legal form, thus transferring to courts what should be a political discussion. Although the solution to this conundrum seems not evident at all (especially if it must be articulated from the legal domain) it is peremptory for the future of European integration to find an adequate and comprehensive political, economic and legal response. Meanwhile lawyers can only wait for the next instalment of the unavoidable clash of courts.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

LEONARDO MELLACE

Lo “scacco” di Karlsruhe all’integrazione europea: un commento alla sentenza del 5 maggio 2020

ABSTRACT – This article focuses on the Karlsruhe’s decision of the 5th of May 2020 on the Public Sector Purchase Programme (PSPP), the ECB’s programme of Quantitative Easing. It offers an accurate analysis of the German Constitutional Court’s judgement and it focuses especially on how the Karlsruhe’s Court considered the PSPP of ECB to be *ultra vires* because of disproportionate in its economic policy effects. This contribution gives also attention to the European Court of Justice’s judgement of the 11th of December 2018.

KEYWORDS – German Constitutional Court, European Court of Justice (ECJ), European Central Bank (ECB), Public Sector Purchase Programme (PSPP), European Integration.

LEONARDO MELLACE *

**Lo “scacco” di Karlsruhe all’integrazione europea:
un commento alla sentenza del 5 maggio 2020****

La nozione polisemantica di crisi europea non può – ritengo – prescindere dall’analisi dell’operato della Banca Centrale europea. Per quanto giungere a conclusioni che possano dirsi certe non è facile, si potrebbe dire che il Banchiere centrale abbia assunto un ruolo per certi versi inedito all’interno dell’architettura istituzionale europea¹. L’Istituto di Francoforte, in misura probabilmente maggiore a quella dei governi, ha invero svolto un ruolo di grande importanza, in un certo qual senso modificando il modello di banca centrale che era stato disegnato con il Trattato di Maastricht², laddove si è disposto che la BCE debba perseguire

* Dottore di ricerca presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Tra i tantissimi, si vedano S. CAFARO, *L’azione della BCE nella crisi dell’area dell’euro alla luce del diritto dell’Unione europea*, in G. ADINOLFI – M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell’area dell’euro. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2013, 49 e ss.; P. COUR-THIMANN – B. WINKLER, *The ECB’s Non-Standard Monetary Policy Measures. The Role of Institutional Factors and Financial Structure*, in *ECB Working Paper Series*, 2013, 1528; S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, in M. ADAMAS et al. (a cura di), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014, 125 e ss.; D. WILSHER, *Ready to Do Whatever it Takes? The Legal Mandate of the European Central Bank and the Economic Crisis*, in C. BARNARD et al. (a cura di), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Hart Publishing, Oxford, 15, 2013, 503 e ss.

² Cfr. O. MORWINSKY, *Die Rolle der Europäischen Zentralbank in der Staatsschuldenkrise*, in H.J. BLANKE – S. PILZ (a cura di), *Die “Fiskalunion”*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 39 e ss.; R. SMITS, *The European Central Bank, Institutional Aspects*, Kluwer Law International, 1997; J.V. LOUIS, *A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, n. 35.

la “stabilità dei prezzi”, in piena “indipendenza” ed “autonomia”. Negli ultimi anni, la sua attività non si è rivolta infatti unicamente a salvaguardare la stabilità dei prezzi, quanto anche a garantire la stabilità finanziaria dell’eurozona. Nonostante l’art. 123 TFUE sancisca il divieto di finanziamento monetario dei bilanci pubblici, la storia recente sembra appunto restituirci l’immagine di un Banchiere centrale che, forzando la lettera dei Trattati, ha posto in essere una serie di misure al fine di contrastare gli effetti della crisi finanziaria, in qualche modo vestendo i panni di prestatore di ultima istanza dei governi³. Muovendo da tali considerazioni preliminari, intendo di seguito brevemente ripercorrere la “saga” sul *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), un programma di acquisto dei titoli del debito pubblico sui mercati secondari – parte del piano di intervento comunemente chiamato *Quantitative Easing* (QE)⁴ – soggetto a tre regole, pensate per limitarne la portata⁵. Adottato dalla BCE

³ Cfr. P. DE GRAUWE , *The European Central Bank as Lender of Last Resort in the Government Bond Markets*, in *CESifo Economic Studies*, 59, n. 3/2013, 520-535; P. DE GRAUWE, *Economia dell’unione monetaria*, Il Mulino, Bologna, 2016; K. TUORI, *Has Euro Area Monetary Policy Become Redistribution by Monetary Means? ‘Unconventional’ Monetary Policy as a Hidden Transfer Mechanism*, in *European Law Journal*, Vol. 22, n. 6/2016; W.H. BUITER – E. RAHBARI, *The ECB as lender of last resort for sovereigns in euro area*, in *CEPR*, 2012.

⁴ Il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), insieme all’*Asset-backed Securities Purchase Programme* (ABSPP), al *Covered Bond Purchase Programme* (CBPP3) e al *Corporate Sector Purchase Programme* (CSPP), costituisce uno dei quattro sottoprogrammi dell’*Asset Purchase Programme* (APP).

⁵ In particolare, la prima è la regola del *capital key*, secondo la quale la Banca Centrale europea può acquistare titoli sul mercato secondario degli Stati membri, rispettando però la quota di partecipazione di ciascuna Banca Centrale nazionale al capitale della BCE; la seconda regola prevede invece che la Banca Centrale europea non possa acquistare titoli in misura maggiore al 33% dei titoli emessi, mentre la terza regola dispone che possono essere coinvolti in un programma di *quantitative easing* solo quegli Stati capaci di stare sul mercato, e cioè quelli i cui titoli del debito pubblico non siano classificati come “titoli spazzatura”.



n. 1/2020

nel marzo 2015, allo scopo di raggiungere un tasso di inflazione prossimo al 2%, fu impugnato nel 2017 da alcuni cittadini tedeschi dinanzi al BVerfG perché considerato *ultra vires*.

Come nel caso *Gauweiler*, a norma dell'articolo 267(1) TFUE, la Corte di Karlsruhe, con ordinanza del 18 luglio 2017, ha operato un rinvio pregiudiziale al Giudice europeo, chiedendo a quest'ultimo se la BCE fosse andata al di là del proprio mandato, non limitandosi a perseguire un obiettivo di "politica monetaria", quanto anche uno di "politica economica", e se il programma di acquisto avesse violato l'articolo 123 TFUE, che, come è noto, vieta il finanziamento monetario dei bilanci pubblici da parte della Banca Centrale europea. La Corte del Lussemburgo, con sentenza dell'11 dicembre 2018 (*Weiss e a.*)⁶, ha però risposto che il PSPP – programma non solo "annunciato", ma "pienamente operativo"⁷ – è conforme al diritto dell'Unione europea. Ciò in quanto rientra nel settore della politica monetaria – di competenza esclusiva dell'UE – e rispetta il "principio di proporzionalità". La Corte di giustizia ha inoltre dichiarato che il PSPP non viola il divieto di finanziamento, di cui all'art. 123 TFUE.

Sul quesito se il programma in analisi dovesse considerarsi una misura di politica monetaria o di politica economica, posto che individuare una linea di demarcazione netta tra le due politiche è assai complicato, la Corte di giustizia ha ribadito che, «al fine di stabilire se una misura rientri nella politica monetaria, occorre fare riferimento principalmente agli

⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss e a.* Cfr. A.A.M. MOOIJ, *The Weiss judgment: The Court's further clarification of the ECB's legal framework: Case C-493/17 Weiss and others*, EU:C:2018:1000, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016; R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *federalismi.it*, numero speciale, 5/2019; R. CISOTTA, *Profili istituzionali della BCE e la fine (prossima?) del Quantitative Easing*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3, 2018.

⁷ Cfr. S. CAFARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella definizione della politica economica e monetaria europea*, https://www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2019/09/Susanna_Cafaro.pdf, p. 74.

obiettivi di questa misura»⁸ e ai mezzi messi in campo per raggiungerli e non agli effetti da questa prodotti. La Corte di giustizia afferma pertanto che il *Public Sector Purchase Programme* non è *ultra vires* perché l'obiettivo perseguito – raggiungere un tasso di inflazione prossimo al 2% – è legittimo e ricade all'interno della politica monetaria.

L'altra questione su cui la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi riguardava la compatibilità fra il PSPP e il divieto di finanziamento monetario dei bilanci pubblici (art. 123 TFUE). Come è noto, alla BCE è fatto divieto di acquistare titoli di Stato sul mercato primario, cioè direttamente dagli Stati al momento dell'emissione, ma non sul mercato secondario. I soggetti privati, confidando in un sicuro intervento del banchiere centrale, potrebbero però aggirare il divieto e acquistare «titoli a prescindere dal loro valore di mercato, agendo *de facto* come “intermediari” dell'Istituto di Francoforte»⁹. La Corte ha tuttavia affermato che tale fattispecie non si verifica nel caso del *Public Sector Purchase Programme*, in quanto «il SEBC ha istituito un certo numero di garanzie che permettono in modo specifico di impedire agli operatori privati di prevedere con certezza se determinati titoli verranno effettivamente riacquistati, sui mercati secondari, nell'ambito del PSPP»¹⁰.

Nondimeno, la Corte costituzionale tedesca il 5 maggio 2020¹¹, in un momento assai delicato per i paesi dell'eurozona, con toni molto netti, è

⁸ Sentenza *Weiss e a.*, cit., § 53.

⁹ F. PENNESI, *Nel nome della stabilità dei prezzi? La Corte di giustizia approva il Quantitative Easing della Banca Centrale europea (nota a sentenza C-493/17, Weiss e A.)*, in *Diritti Comparati*, 20 dicembre 2018, 4.

¹⁰ Sentenza *Weiss e a.*, cit., § 117.

¹¹ BVerfG 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15. Per alcuni primi commenti, si vedano M. DANI – J. MENDES – A.J. MENÉNDEZ – M. WILKINSON – H. SCHEPEL – E. CHITI, *At the End of the Law. A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, in *Verfassungsblog*, 15 maggio 2020; M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; M.



entrata a “gamba tesa” nel dibattito politico europeo, affermando che tanto il programma della BCE quanto la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sono *ultra vires*, poiché determinano una violazione “manifesta” e “grave” dei limiti stabiliti dai Trattati. Nonostante dichiararsi il PSPP in linea col disposto dell’art. 123 TFUE, il BVerfG, in aperta contestazione con la decisione resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, ha infatti affermato che il PSPP è una misura *ultra vires*, dal momento che, migliorando le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, produce effetti di politica economica¹². Nello specifico, i giudici tedeschi non contestano tanto la possibilità che ci possano essere degli effetti di politica economica come esito di una certa politica monetaria, ma sostengono che ci deve essere “proporzionalità” tra gli effetti di politica economica prodotti e le finalità di politica monetaria perseguite¹³. La Corte

WILKINSON, *Fight, flight or fudge? First reflections on the PSPP judgement of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; S. CAFARO, *Quale quantitative easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?*, in *SIDIBlog*, 8 maggio 2020; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE online*, n. 2/2020; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell’Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE online*, n. 2/2020; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell’ortodossia neoliberale*, in *DPCE online*, n. 2/2020; B. CARAVITA – M. CONDINANZI – A. MORRONE – A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, n. 14/2020; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020.

¹² Cfr. O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, cit., 2748.

¹³ Sul principio di «proporzionalità» si veda l’art. 5(4) TUE: «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati».

costituzionale tedesca lamenta poi il fatto che il Giudice europeo abbia effettuato un controllo di proporzionalità sulle decisioni della BCE in modo troppo “moderato”, non valutando una serie di effetti che il programma di acquisto ha avuto sulle politiche economiche degli Stati membri¹⁴. Secondo la Corte di Karlsruhe, questi effetti, per quanto possano essere qualificati come “indiretti”, sono stati voluti dalla Banca Centrale europea, che ha di fatto trasformato il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) in un programma di politica economica. La Corte di Karlsruhe ha inoltre aggiunto che il *Bundestag* e il Governo federale tedesco hanno ommesso di verificare se tale programma rispettasse il “principio di proporzionalità”¹⁵. Avrebbero dovuto – questo è il rilievo – attivarsi nei confronti della BCE al fine di contrastare l’approvazione di questo programma o almeno di attutirne l’impatto sul bilancio tedesco, ma così non è stato.

La Corte tedesca, ritenendo che non vi sia stata una motivazione sufficientemente articolata che consenta di dire se la proporzionalità è stata rispettata, ha disposto che, entro tre mesi, la BCE dovrà chiarire la sua posizione, dimostrando che il principio di proporzionalità è stato rispettato. Se però non dimostrerà in modo “comprensibile e motivato” che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti non sono “sproporzionati” rispetto agli effetti di politica economica e fiscale derivanti dal programma, la *Bundesbank* sospenderà la sua partecipazione al programma¹⁶.

La reazione della Corte del Lussemburgo non si è però fatta attendere. Con un comunicato stampa dell’8 maggio 2020 – di cui qui riporto i passaggi essenziali – ha risposto che «in base a una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una sentenza pronunciata in via pregiudiziale da questa Corte vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente». Il Giudice europeo ha poi

¹⁴ Le decisioni in questione sono: la decisione (UE) 2015/774 e le decisioni modificative (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702 e (UE) 2017/100.

¹⁵ BVerfG 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, § 116.

¹⁶ Cfr. BVerfG 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, § 235.

aggiunto che «per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione», affermando infine che «eventuali divergenze tra i giudici degli Stati membri in merito alla validità di atti del genere potrebbero compromettere [...] l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e pregiudicare la certezza del diritto»¹⁷.

Preme nondimeno qui segnalare che la decisione della Corte di Karlsruhe, forse non casualmente, arriva nel momento in cui è stato lanciato il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)¹⁸, programma di acquisto di titoli del debito pubblico e di obbligazioni private. Messo in campo da Christine Lagarde nel marzo 2020 per combattere gli effetti recessivi legati alla pandemia da Covid-19, sembra infatti ancora più marcatamente pensato per ottenere “indirettamente” effetti sulla politica economica degli Stati. Per quanto nel testo della sentenza in analisi non si faccia alcun riferimento al PEPP, non sembra azzardato sostenere che sia proprio il programma varato da Christine Lagarde il vero bersaglio del BVerfG. Benché infatti il criterio di ripartizione degli acquisti rimanga quello previsto dalla regola del *capital key*¹⁹, tale regola è stata “flessibilizzata”, consentendo di acquistare i titoli del debito pubblico di quei paesi che ne hanno maggiormente bisogno. Non vale inoltre il tetto del 33% su ciascuna emissione e si deroga infine anche alla regola per cui la BCE può acquistare esclusivamente i titoli di quei paesi che riescano a stare sui mercati, consentendo pertanto l'acquisto anche dei titoli «spazzatura»²⁰.

¹⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, comunicato stampa n. 58/20, Lussemburgo 8 maggio 2020.

¹⁸ Cfr. Decisione della Banca centrale europea su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica del 24 marzo 2020, BCE/2020/17.

¹⁹ Cfr. M. DANI – A.J. MENÉNDEZ, *Eurobond, MES, PEPP e altri strumenti: come si finanzia la ricostruzione?*, in *laCostituzione.info*, 20 aprile 2020.

²⁰ Cfr. A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, cit., 2878.

Ciò detto, quello che realmente preoccupa è che il “dialogo tra le Corti” sembra ora tradurre in linguaggio giuridico il disaccordo politico esistente sui diversi modi di intendere l’integrazione europea²¹.

²¹ Cfr. F. LOSADA, *On European macroeconomic integration and the ensuing clash of courts – apropos the German Constitutional Court ruling on the ECB’s Public Sector Purchase Program*, in questo numero di *Ordines* (1/2020).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MICHAEL NEUMANN

Fat and Thin Conceptions of the Rule of Law

Fat and Thin Conceptions of the Rule of Law**

It almost seems as if the rule of law is something customarily viewed from a considerable distance. The concept is often enough invoked, but very rarely examined. It is venerated as a Good Thing, but used almost exclusively to generate merely rhetorical condemnation of unpalatable practices.

It would be more useful if it were less venerated. For the rule of law to be *abolished* is rightly thought terrible, even catastrophic. But for the rule of law to be *violated* is not always a bad thing; it can even be obligatory—and this holds for all current versions of the notion. I will argue that modest concepts of the rule of law will serve us better than ambitious, expansive versions.

Following usage popularised by John Rawls, I contrast ‘fat’ to ‘lean’ or ‘thin’ versions of the rule of law. Since the fat versions more or less incorporate the lean ones, it is convenient to survey a lean version first.

Thin conceptions interpret the rule of law, more or less, as mere law and order.

In thin versions of the rule of law, ‘order’ implies, not perfect conformity to the law, but enough conformity to secure a functioning society. What counts as ‘enough’ and ‘functioning’ is open to a wide variety of interpretation, but ‘functioning’ should not mean ‘functioning well’, or according to high moral principles: that standard is more appropriate to ‘fat’ versions of the rule of law.

‘Order’ may also suggest that the governing power has some *systematic* method of securing conformity to the law. Presumably people do not

* Professor of Philosophy at Trent University.

** The article was not peer-reviewed.

conform without incentive and through happy accident. Their conformity is secured through a system of *laws*. Here ‘law and order’ implies rule *according* to law. It is by means of laws that the governing powers impose the pattern of conformity they desire. In other words, for instance, the ruling powers do not secure some order through electrical impulses, governing the motions of the people through sub-dermal implants in the population. Order is effected by means of laws which people obey, usually to avoid penalties for disobedience.

These general notions of the thin version allow for a more detailed exposition of its structure.

The details concern how rule is secured through obedience to law, rather than by some sort of direct coercion. Obedience is not mere conformity. It requires recognition of obligations, and how to avoid non-fulfilment, whether or not the subject or citizen considers these obligations to be morally or politically legitimate. Avoidability is therefore the key notion in defining rule according to law.

What must be the case in order that the penalties prescribed by law be avoidable? Without excessive detail: first, the laws must be public, so that people can know what they cannot do. Second, the offenses proscribed must be *publicly observable*. They cannot involve literally obscure offenses like ‘disloyalty’, where being disloyal is some internal state, possibly devoid of external manifestations. Third, the laws should have *substantial generality*. They should not, either directly or indirectly, impose penalties that inevitably apply if you are a certain person, or a certain sort of person—a sort of person you cannot change. Last but not least, avoidability is to be understood in a sense *compatible with determinism*. Perhaps none of us can avoid doing what we do. But we typically hold that we can avoid doing certain things by making certain decisions, even if the decisions themselves are determined by some physical or psychological process. Together these conditions should secure that no one is penalised for something he cannot help doing or being.

This may sound nice and in some ways it is. It strongly rejects racial discrimination, because to be penalised for your race is to be penalised for an unavoidable circumstance. Indeed—though some may deplore this—the rule of law does not countenance race-based measures such as affirmative action, which get a pass from most ‘fat’ or liberal versions of the principle. Typically the thin version of the rule of law surpasses human rights and liberal principles in its commitment against the imposition of any penalties on groups to which you cannot help belonging. Its minimalist normative assumptions manage to prove perhaps surprisingly strong protection against discrimination.

On the other hand, the thin version does not even approach the scope of protections afforded to citizens in the fat, rights-laden versions, or even in basic notions of procedural fairness. You do not have to speak out. You do not have to practice your religion. You do not have to assemble to demand changes. You do not have to vote. Since you can refrain from doing these things, you can avoid any penalties imposed for doing them. Laws forbidding such activities are therefore perfectly OK according to the thin version of the rule of law.

This is by no means the end of what is not protected. The thin version, unlike even quite austere versions of the rule of law, does not even demand judicial fairness or integrity. This conforms to the idea that even corrupt, unjust governments can impose ‘law and order’.

The essential requirement of the thin conception is that offensives must be avoidable. Certain sorts of unfairness and corruption run afoul of this requirement. If people of a certain race, or people who cannot afford a bribe, are condemned out of hand, that is contrary even to the thin version of the rule of law. But there are corrupt and unfair judicial systems that do not violate the requirement. If the defendant knows that a bribe is necessary, and the poor are not expected to give the sort of bribes demanded of the rich, that may not be contrary to the rule of law. Procedures that make the rich less likely to be convicted than the poor may also conform. (Indeed few

if any Western countries can claim not to have such procedures.) If a poor man knows he has a 60% chance of conviction, and the rich man 10%, that is revoltingly unfair. But it does not run contrary to the avoidability condition. What the condition requires is that everyone has a substantial chance of avoiding the penalty by not committing the offence. It is not required that, of those who commit the offence, everyone has an equal chance of escaping the penalty.

So the thin conception countenances gross injustice and the denial of what are normally considered fundamental liberties. Is the thick conception preferable? I do not think so.

For a start, ‘the more rights, the merrier’ is a concept-building strategy that can be reduced to absurdity. For example, a right to consistently loving interactions with everyone would be nice, but the lack of one would not be considered a fault in some conception of the rule of law. But the fat conceptions do not enshrine just any rights, but some considered fundamental, either to due process or to civil liberties. What is more, it is plausibly maintained that such liberties and other democratic rights are a necessary if not a sufficient condition to fair and equitable judicial institutions. A serious comparison of the thin and fat approaches should cover at least three areas: conceptual, dialectical (in the sense of ‘pertaining to argument’), and political.

Conceptually, the thin conception makes for a neater package with some pedigree. It has a strong affinity with the Ciceronian-Stoic notion of natural law, which speaks of law in accordance with man’s rational nature.¹ Whether

¹ As Cicero says in the *Laws* (1.22–23): “This animal—prescient, sagacious, complex, acute, full of memory, reason, and counsel, which we call man—has been generated by the supreme God in a most transcendent condition. For he is the only creature among all the races and descriptions of animated beings who is endowed with superior reason and thought, in which the rest are deficient. And what is there, I do not say in man alone, but in all heaven and earth, more divine than reason, which, when it becomes right and perfect, is justly termed wisdom? There exists, therefore, since nothing is better than reason, and since this

or not man is essentially a rational being or even whether he *has* a nature, it seems correct to say that laws, generally speaking, are promulgated to and for those capable of rational decision-making. The thin conception of the rule of law amounts to little more than an elaboration of this idea.

The simplicity and bareness of the thin conception also yields dialectical advantages. Fat conceptions of the rule of law are in effect mere assertions of various ample collections of rights—no more authoritative for their inclusion in someone’s preferred version of a concept. Thin conceptions provide a solid basis for arguments establishing rights. The results may not be as extensive as some promoter of fat conceptions would like, but they are far more secure.

It is not just that you can argue more confidently from the thin conception’s more parsimonious assumptions. More important, these assumptions are much more widely accepted: after all, most fat conceptions will contain all the elements of the thin conception. And the fat conceptions are not just less parsimonious; they are also incompatible with one another. Some will include democratic rights, some will not. Some left-wing conceptions will include substantial political and social equality, some less radical conceptions will not. So an argument from one fat conception may well be countered by proposing another fat conception. From the thin conception you can prove much less, but whatever you *can* prove will have a more solid base.

But do not think conceptions of the rule of law pose political dangers—potentially legitimating authoritarian and unjust regimes? In my opinion such objections vastly overestimate the power of mere legal concepts.

is the common property of God and man, a certain aboriginal rational intercourse between divine and human natures. But where reason is common, there right reason must also be common to the same parties; and since this right reason is what we call law, God and men must be considered as associated by law. Again, there must also be a communion of right where there is a communion of law. And those who have law and right thus in common, must be considered members of the same commonwealth.”

Political evaluations depend largely and crucially on matters of fact—in this case, on the real-world consequences of adopting a particular conception of the rule of law. There can be no certainty on such matters.

To embark on evaluations of these concepts it to raise doubts about the usefulness of the exercise. We have, for instance, some facts about the *origins* of fat conceptions of the rule of law, justice and other norms: they express the aspirations (or sometimes just the pretensions) of those who formulate and promote them. But what facts do we have about their real-world consequences?

Certainly we have actions and policies undertaken *in the name* of various rights and principles. But those who undertook them, assuming no ulterior motives, may well have *already* been committed to those ideals. For example if a government or movement champions free speech, it almost certainly must be because they are committed to the ideal of free speech, not because they are committed to a conception of the rule of law that incorporates free speech. So it seems unlikely that some promoted conception of the rule of law played a causal rather than an expressive role in such ventures. Indeed the fat conception's causal role in promoting rights has rarely, if ever, been claimed. More likely it is the same motives that underly the establishment or enforcement of rights that produce fat conceptions incorporating those same rights.

The fat conception of the rule of law therefore seems unlikely to galvanize any *new* push for desirable rights or legislation. It merely *expresses* already existing support for such measures; it might be called aspirational. And though some may claim political value in enshrining such aspirations, the basis of such claims is unclear. If free speech is to be promoted, why not on its own merits? What is gained by tacking it on to a lean concept of the rule of law—which of course already leaves room for that freedom to be firmly established, as it is in the US Bill of Rights? Certainly at the international level, fulsome declarations of rights have had no demonstrable effect on their establishment. I see no reason to think fulsome

concepts of the rule of law would be any more efficacious—much less that they have ever actually had some positive effect.

Supposing the fat versions of the rule of law rejected, do lean versions offer any prospect of expanding beyond their very narrow confines? It is far from clear how the concept could be tweaked to give support to civil liberties, because these liberties protect freedoms, that is, voluntary acts. Since the acts are voluntary, punishment for performing them is always avoidable, and therefore consistent with lean versions of the rule of law. Only laws restricting these freedoms which are unclear—as is often the case—clash with that conception: if the laws are unclear, there is no obvious route to avoiding their penalties. This does not really offer any protection for civil liberties, though; it just requires that their repression involve properly formulated legislation.

However, lean conceptions of the rule do law do hold out the possibility of justifying anti-poverty and similar social initiatives. Many claim that the poor have no real choice but to break laws, and therefore no real chance of avoiding the corresponding penalties. If your kids are hungry, do you have a choice but to lie, cheat or steal? Here is not the place to evaluate such arguments, only to note that even lean conceptions are not devoid of social and political importance. Any ground gained on such issues is more solidly held for deriving from the parsimonious premises of lean conceptions.

Contrary to some expectations the rule of law cannot be considered sacred or fundamental. If saving thousands of lives requires some significant violation of the rule of law, it is the rule of law that must cede precedence. But the rule of law, in its lean versions, does offer a clear, solid expression of how, at a bare minimum, human beings are to be treated. Fat versions of the concept sacrifice this clarity for normative and political benefits that are, in my view, illusory. Better to stick with the lean versions. They are more reliable though more modest devices for building conceptions of justice.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

DANIELA TARANTINO

Pastorale giudiziaria e nullità matrimoniale. Il ruolo dell'avvocato nell'accompagnamento processuale delle parti

ABSTRACT - Pastoral accompaniment of couples and families, especially that carried out by the lawyer in cases of matrimonial nullity, must not give an easy legal justification for failed marriages, but help the parties to reflect on the journey they have undertaken and to acquire an “anthropological awareness.” The process of matrimonial nullity requires specific skills and attitudes, because the accompaniment must take place in all its stages, so that the party fully understands its meaning. Reflection on marriage as a relational and affective good and the search for the truth objectively contained in it become central themes in a process that is not only an educational place of personal responsibility and rehabilitation in the ecclesial community, but also a place of dialogue and evangelization.

KEYWORDS - lawyer, trial, accompaniment, truth, evangelization

**Pastorale giudiziaria e nullità matrimoniale.
Il ruolo dell'avvocato nell'accompagnamento processuale
delle parti****

SOMMARIO: 1. *Pastoralità e giustizia nel processo di nullità matrimoniale.* - 2. *Accompagnamento pastorale e conflittualità matrimoniale.* - 3. *Accompagnamento processuale e ruolo dell'avvocato.*

1. Pastoralità e giustizia nel processo di nullità matrimoniale

Nel parlare della Rota Romana come di Tribunale della verità del vincolo sacro e, di fatto, estendendo ai Tribunali Ecclesiastici di grado inferiore tale definizione attraverso il *motu proprio* “*Mitis Judex Dominus Jesus*” del 2015 (rivolto alla Chiesa latina)¹, che rende esecutiva la loro sentenza affermativa in mancanza di appello, Papa Francesco nel sottolineare la serietà del giudizio canonico e la solennità delle sue forme, pone l'accento sulla pastoralità del giudizio stesso, da non confondere con il

* Professore Aggregato, Università degli Studi di Genova.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il contributo riproduce, con gli opportuni approfondimenti e le note, la relazione tenuta nella Giornata dell'Avvocatura Ecclesiastica, Incontro di Studio *Processo matrimoniale canonico e Dinamiche familiari. Prospettive ed esperienze a confronto alla luce delle recenti riforme* (Genova, 1° ottobre 2019).

¹ Tenendo conto dell'ordinamento ecclesiale e disciplinare peculiare delle Chiese orientali, il Pontefice ha deciso di emanare per esse un apposito provvedimento, ossia il *motu proprio* “*Mitis et Misericors Iesus*” (sul contenuto cfr. P. GEFAELL, *Nota al Motu Proprio Mitis et Misericors Iesus*, in *Ius Ecclesiae*, 28/2016, 63-78).

semplice “pastoralismo”². Questo, infatti, rischierebbe di appannare il vero senso del processo di nullità matrimoniale che, come evidenziato anche dalla riforma pontificia in cui si parla di giustizia canonica come *opus veritatis*, non conduce ad una sorta di “divorzio cattolico”, bensì alla dichiarazione di una nullità che postula la ricerca dell’irrinunciabile verità sul matrimonio secondo il disegno divino, dunque basato sull’indissolubilità, l’unità, la procreazione e il bene dei coniugi³.

L’attuale normativa, in continuità con la Tradizione, ha inteso affermare in maniera chiara ed inequivocabile le motivazioni che stanno alla base della ricerca della verità oggettiva circa la nullità matrimoniale, al fine di consentire all’animo dei fedeli, in attesa di una risposta proveniente dall’instaurato giudizio, di non essere, come afferma Papa Francesco nel Proemio del Motu Proprio, «lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio»⁴. Anzitutto, il richiamo alla centralità del vescovo nel servizio della giustizia sottolinea l’inscindibile legame fra vescovo-giudice e vescovo-pastore: egli con sollecitudine e responsabilità, nella gratuità del servizio,

² Cfr. FRANCESCO, *Discorso in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario del Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2016, in V. ANDRIANO, *La normativa canonica sul matrimonio e la riforma del processo di nullità*, Libreria Editrice Vaticana (d’ora in poi LEV), Città del Vaticano, 2016, 235.

³ *Ivi*, 233. Da sottolineare come lo strumento processuale non rappresenti un mezzo per sanare situazioni matrimoniali irregolari, perché prendendo in prestito le parole del titolo del contributo di Giuseppe DALLA TORRE (in G. DALLA TORRE, C. GULLO, G. BONI [a cura di], *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, LEV, Città del Vaticano, 2012), *veritas non auctoritas facit matrimonium*. Il processo è piuttosto il modo di rispondere alle esigenze di giustizia, umanità e misericordia che da sempre hanno caratterizzato le procedure ecclesiastiche, sia accentuandone la visibilità attraverso gli elementi di novità che ne sostanziano il contenuto, sia mostrandone l’incisività quanto al raggiungimento della conoscenza della verità e quanto alla giusta impostazione da conferire al rapporto giuridico deteriorato che sta alla base della presentazione del libello (cfr. M. DEL POZZO, J. LLOBELL, J. MINÁMBRES [a cura di], *Norme procedurali canoniche commentate*, Coletti a San Pietro, Roma, 2013, 321 ss.).

⁴ FRANCESCO, *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus, Proemium* (in www.vatican.va).

deve esprimere la vicinanza al fedele “ferito” che chiede risposte, relazionandosi con le strutture ecclesiastiche diocesane attraverso il principio di sussidiarietà ed affrontando, alla presenza di determinate condizioni, i casi posti alla sua attenzione mediante la possibilità dell’instaurazione del *processus brevior*⁵. In secondo luogo, l’eliminazione della doppia sentenza conforme (principio riscontrabile nel diritto canonico almeno sin dal Basso Medioevo)⁶ e la presenza di un solo grado di giudizio per la dichiarazione di nullità, da un lato permettono ai coniugi di regolarizzare con maggiore celerità la propria posizione dinanzi alla Chiesa, dall’altro vengono incontro all’esigenza di economia processuale, realizzando un *iter* delle cause più veloce, meno gravoso e maggiormente rispondente alla finalità del “giusto processo”, cui devono tendere tanto il legislatore civile quanto quello ecclesiastico⁷. Inoltre, la conferma della

⁵ Sulle caratteristiche del *processus brevior*, la cui principale problematicità risiederebbe nel fatto che, pur trattandosi di processo giudiziario (come specificato dal Pontefice nello stesso *motu proprio*), l’attenuazione di alcuni elementi portanti del processo ordinario (come il contraddittorio tra le parti e la possibilità di presentare ogni tipo di prova), potrebbero rendere difficoltosa la deliberazione della decisione da esso prodotta da parte della Corte di Appello, cfr. P. MONETA, *La dinamica processuale nel M.P. “Mitis Iudex”*, in *Ius Ecclesiae*, 28/2016, 46-61. Sul legame tra *processus brevior* ed antico rito sommario da svolgersi *de plano ac sine strepitu iudicii seu figura* e sulle modalità di svolgimento di tale procedimento cfr. da ultimo A. INGOGLIA, *Il nuovo regime probatorio nei giudizi canonici di nullità del vincolo: riflessioni a prima lettura*, in *Jusonline*, 2/2016. Sul ruolo del Vescovo all’interno della riforma processuale cfr. K. KRAKOWSKI, *La figura ed i compiti processuali del vescovo diocesano nel processo matrimoniale secondo la riforma di Papa Francesco*, in *Rocznik Teologii Katolickies*, XV/2, 2016, 189-205.

⁶ Cfr. C. 33, q. 2; C. 35, q 6; X 2. 1. 20; *Clem* 2. 1. 2; *Clem* 5. 11. 2; *Concilium Tridentinum*, Sess. 24, *De reformatione*, can. 20, 11 novembre 1563, in Istituto per le Scienze Religiose (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1991, 772-773.

⁷ Affinché si possa rispettare il principio del “giusto processo”, che nasce nel sistema di *common law* (sul punto cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Garantismo e «giusto processo»*, in www.alvazzidelfrate.weebly.com), una delle leggi costitutive dell’Unione Europea dispone che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine

possibilità d'impugnare la sentenza ad opera delle parti, del difensore del vincolo e del promotore di giustizia (ove richiesto dalla causa), interponendo appello al Tribunale Superiore, seppure con alcune limitazioni tese ad evitare il rischio di prolungare pretestuosamente i tempi processuali, lascia integro il diritto di difesa⁸. Infine, il porre l'accento sulla ricerca della verità fa sì che la riforma, dal punto di vista antropologico, sottolinei efficacemente la natura meramente dichiarativa delle decisioni, a motivo della legge divina dell'indissolubilità del matrimonio⁹. Lo spirito di pastoralità, la ricerca della verità, il raggiungimento della *certitudo moralis* devono distinguere l'agire processuale della Chiesa, sebbene identificare il diritto con la pastorale porterebbe inevitabilmente, come già sottolineato, a due eccessi: il pastoralismo – privo di ogni riferimento giuridico e tendente a soluzioni che non conducono alla salvezza delle anime – e il giuridismo – che applica la norma trascurando le esigenze pastorali e conducendo a

ragionevole» (Consiglio d'Europa, *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Roma, 4 novembre 1950, art. 6 § 1); lo stesso legislatore canonico riassume ed esprime tale necessità nella massima «quam primum, salva iustitia» (*Codex Iuris Canonici*, d'ora in poi CIC, can. 1453; *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, d'ora in poi CCEO, can. 1111; *Dignitas Connubii*, art. 72).

⁸ Cfr. nuovo can. 1680 e per approfondimenti V. ANDRIANO, *La normativa canonica sul matrimonio*, cit., 184-186. Sui risvolti problematici cui l'applicazione della riformata normativa può dar luogo e per un'analisi critica della stessa cfr. in particolare G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte prima, seconda, terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statochiese.it), 7-13-21-marzo 2016.

⁹ Quest'ultima peculiarità si lega al raggiungimento, da parte del giudice, dello stato d'animo necessario per pronunciare la decisione, ossia della certezza morale (concetto proprio del diritto canonico che affonda le sue radici nell'alveo dell'antropologia giuridica), citata nel *motu proprio* ben cinque volte (Proemio; cann. 1687 § 1; 1688; 1689 § 1; art. 12 delle Regole procedurali), ad evidenziarne l'importanza (sul concetto e sulla funzione della certezza morale cfr. J. LLOBELL, *La certezza morale sulla "quaestio facti" e sulla "quaestio iuris" nelle cause di nullità del matrimonio quale istituto assiologico trascendente l'istr. "Dignitas Connubii"*, in *Ius Ecclesiae*, 27/2015, 479-481).

soluzioni ingiuste, quindi anch'esse distanti dalla *salus animarum*¹⁰. Amministrare la misericordia non significa, tuttavia, venir meno a quelle esigenze di giustizia cui ogni *societas humana et ecclesialis* tende: è necessaria anche una prassi giuridica improntata all'*aequitas canonica*, in quanto la giustizia «dulcore misericordiae temperata»¹¹ deve essere presente nei singoli provvedimenti, indipendentemente dal riferimento ad una legge espressamente benigna¹². Nel processo di nullità del vincolo matrimoniale, dove la richiesta dell'accertamento della verità sul bene pubblico corrisponde all'interesse proprio delle parti, le regole dettate dal diritto canonico si mostrano pienamente rispondenti alla funzione di servizio alla *salus animarum*¹³. Su tale versante è necessario dirigere costantemente l'applicazione delle nuove regole processuali, perché la «*parresia* tanto amata da Papa Francesco non vuole essere un esercizio di stile arido, scettico e ostile, né mancanza di onestà intellettuale e di lealtà deontologica. Tutt'altro: è esercizio di responsabilità *pro futuro* [...]. Solo

¹⁰ Cfr. E. BAURA, *Pastorale e diritto nella Chiesa*, in baura.pusc.it, 15-16. I detentori della potestà esecutiva e giudiziaria dovranno tenere nella massima considerazione tale principio per indagare la ratio del testo legislativo, interpretare e applicare le norme nel modo più rispondente alla lettera e alla *mens legislatoris*, risolvere i possibili contrasti tra le diverse disposizioni di legge, supplire alle eventuali lacune legislative (cfr. J. HERRANZ, *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, in *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 2011, 200).

¹¹ Cfr. ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, Iacobus Giunta, Lyon 1537, lib. V, tit. 38, fol. 289rb.

¹² Cfr. E. BAURA, *Misericordia e diritto nella Chiesa*, in baura.pusc.it, 9-11. Sull'utilizzo dell'*aequitas* nel diritto canonico cfr. da ultimo H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae*, 12/2000, 375-418. La misericordia di Dio rivolge alla Chiesa l'invito ad assumere lo stesso atteggiamento nell'ambito della sua dimensione istituzionale, così da renderla credibile ed autentica testimone nell'annuncio del Vangelo anche attraverso il suo ordinamento giuridico (cfr. A. MANTINEO, *Il ritorno al Concilio Vaticano II e l'“aggiornamento” del diritto ecclesiale nel tempo di Papa Francesco*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica [www.statoechiese.it], 27/2017, 29).

¹³ Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Ediurcla, Roma 1994, 20 ss.

individuando e diagnosticando senza infingimenti le omissioni, le fragilità, i *deficits*, le imperfezioni [...] la *metànoia* voluta dal Pontefice si può tracciare con maggiore speme di riuscita»¹⁴. Papa Francesco, facendo proprie le indicazioni del Sinodo sulla famiglia, si muove in modo da porre in primo piano la relazione teologico-ecclesiologicala tra i Vescovi ed il popolo loro affidato, sottolineando il carattere eminentemente pastorale del processo canonico e considerando gli operatori forensi e i Tribunali in cui essi svolgono il loro operato in stretto rapporto con la pastorale attuata in favore e a tutela della famiglia¹⁵. Gli operatori giuridici impegnati nel ministero della giustizia ecclesiale, agiscono a nome della Chiesa e sono parte della Chiesa, perché il servizio alla giustizia è «impegno di vita apostolica» da esercitare con lo sguardo rivolto all'icona del Buon Pastore, che si piega verso la «pecorella smarrita e ferita»¹⁶. Questa attenzione alla persona umana è la motivazione fondante l'aggiornamento della normativa processuale. Essa è segnata da un intendimento pastorale che, insieme alla carità volta ad esprimere nella Chiesa la presenza di Cristo come sacramento di salvezza, collocano l'accompagnamento pastorale nella linea dell'evangelizzazione, affinché il suo percorso, la sua natura, il suo fine, non siano mai recepiti come giudizio sulla persona o come condanna, ma

¹⁴ G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale*, cit., 81-82.

¹⁵ Sulle peculiarità antropologico-pastorali del processo di nullità matrimoniale mi permetto di rinviare a D. TARANTINO, *I nuovi profili antropologico-pastorali del processo di nullità matrimoniale. Spunti di riflessione*, in A. FUCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 343-357, e D. TARANTINO, *La funzione pastorale del processo canonico, con particolare riferimento alla recente applicazione del principio di gratuità*, in G. DAMMACCO, C. VENTRELLA (a cura di), *Religioni, diritto e regole dell'economia*, Cacucci, Bari, 2018, 169-178.

¹⁶ Cfr. E. SIGNORILE, *Relazione del Vicario Giudiziale sull'attività del tribunale Ecclesiastico Regionale Piemontese nell'Anno Giudiziario 2014*, in www.diocesi.torino.it.

vengano percepiti come strumenti per la crescita della persona nella sua dimensione di fede e di vita¹⁷.

2. Accompagnamento pastorale e conflittualità matrimoniale

L'accompagnamento pastorale delle coppie e delle famiglie, soprattutto quello svolto dall'avvocato nelle cause di nullità matrimoniale, non deve dare una facile giustificazione ai matrimoni falliti con una mera risposta sul piano giuridico, bensì aiutare la persona a cogliere il senso del suo cammino sino a quel momento compiuto attraverso una riflessione che contribuisca a donare una pace oggettiva alla coscienza e ad acquisire una consapevolezza antropologica¹⁸. Perciò è necessaria una rilettura del proprio cammino storico, che può comportare sofferenze e difficoltà, e necessitare di tempo e di cura, di aiuto e di sostegno adeguati. Quando la rilettura della propria esperienza viene fatta nel corso del processo di nullità matrimoniale, inevitabilmente i livelli giuridico, pastorale e terapeutico, che contraddistinguono la "conflittualità" della stessa procedura, si intersecano, divenendo i momenti in cui "l'accompagnamento" si rende non solo passo auspicato e necessario, ma insostituibile. Dietro ogni controversia matrimoniale si intersecano tre livelli di conflittualità: il livello giuridico, che mira alla certezza del diritto, ossia al raggiungimento della dichiarazione di nullità o validità del matrimonio; il livello terapeutico, che mira alla certezza delle motivazioni alla base della sofferenza e del fallimento matrimoniale, in cui la conflittualità è di ordine intrapsichico, coinvolgendo i periti e gli specialisti chiamati a soccorrere la coppia o i

¹⁷ Sul punto cfr. M. TIGANO, M. GALLUCCIO, *Novità processuali in materia di nullità matrimoniale e giurisdizione canonica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 13/2019, 1-6.

¹⁸ Cfr. A. FUMAGALLI, *Criteri per l'accompagnamento pastorale alla luce di Amoris Laetitia*, in www.chiesadimilano.it, 1-6.

singoli coniugi nelle loro difficoltà; il livello pastorale, volto a dare consapevolezza della conflittualità di ordine spirituale e morale e certezza della possibilità di ricomporre la comunione con Cristo, coinvolgendo direttori spirituali, sacerdoti, avvocati¹⁹. Non è un caso che la riforma abbia definito la fase preparatoria della causa come “accompagnamento pastorale”²⁰. Il processo di nullità matrimoniale va incontro a quello che è lo scopo tipico della pastorale familiare: preparare e accompagnare future scelte vocazionali autenticamente trascendenti e non meramente autoreferenziali, portando servizio alla famiglia Cristiana, non soltanto alla certezza dei rapporti giuridici, e ponendosi in continuità con l’intero sistema della Pastorale familiare²¹. L’efficacia pastorale del processo non dipende da quanto il dispositivo finale abbia soddisfatto le parti, ma piuttosto da quanto e da come il Processo abbia stimolato l’umanità delle persone, aiutandole ad acquisire e consolidare successive scelte vocazionali mature²². Pertanto la sensibilizzazione degli operatori forensi in generale e degli avvocati in particolare verso quella che la dottrina ha definito “pastorale degli amori feriti”, deve confrontarsi col senso di colpa e di abbandono che spesso dilaga

¹⁹ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *L’avvocato come accompagnatore*, in *Apollinaris*, 90/2017, 92-93.

²⁰ Cfr. FRANCESCO, *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus, Proemium*, cit. Ciò manifesta la chiara volontà di fare in modo che le problematiche familiari e le crisi coniugali non siano percepite come elementi minacciosi per la comunità cristiana e per l’identità della fede, ma come momenti di difficoltà della vita che devono condurre ad una crescita, trasformandosi in occasioni di verifica cristiana della propria esistenza.

²¹ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Processo al Processo canonico di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 27/2015, 61-81.

²² P. BUSELLI MONDIN, *L’avvocato come accompagnatore*, cit., 102. L’attività di consulenza e preparazione di una causa di nullità matrimoniale, dunque, è sempre pastorale, sia se condotta da uffici diocesani o parrocchiali sia se condotta da patroni (cfr. P. MORENO GARCIA, *El servicio de indagación prejudicial: aspectos juridicos-pastorales*, in *Ius Canonicum*, 56/2016, 65-85).

nell'animo delle parti coinvolte²³. Accompagnare una persona in questo complesso cammino di consapevolezza di sé richiede competenze e attitudini specifiche, perché bisogna relazionarsi con le parti in modo “personalizzato”, facendo sì che l'accompagnamento si realizzi in tutte le tappe del cammino processuale, da quella preparatoria a quella successiva alla dichiarazione del tribunale, qualunque essa sia, affinché la persona ne capisca in pieno il significato²⁴. L'accompagnamento, inoltre, nella fase iniziale ha anche un ruolo specifico di coinvolgimento della persona nella lettura della propria storia, perché questa possa confluire nel libello. Ciò implica necessariamente «la preparazione di un personale sufficiente, composto di chierici e laici, che si consacrino in modo prioritario a questo

²³ Cfr. F. PILLONI, *Bussate e vi sarà aperto. Nullità del matrimonio e accompagnamento pastorale: un incontro possibile*, in www.portalefamiglie.it, 7-8.

²⁴ Prossimità umana e pastorale significa capacità di ascolto e di vicinanza senza garantire risultati processuali soddisfacenti o una giustizia ecclesiastica rapida e indolore, ma assicurando presenza, competenza e discernimento in un processo, quale quello canonico, proprio dell'ordinamento ecclesiastico, con peculiarità che ne tracciano la differenza rispetto agli ordinamenti statali; un ordinamento intriso di esigenze ultra giuridiche, in cui il binomio giustizia-verità è posto al di sopra di quello legalità-certezza, in cui si afferma la presenza di una verità, distinta da quella legale, il cui raggiungimento è scopo primario di ogni processo, che deve terminare con una decisione pronunciata *secundum aequitatem*, cioè vicina all'esigenza ecclesiale della *salus animarum* (sul tema cfr. G. N. NARDO, *Note in tema di giudicato*, in www.judicum.it e M. J. ARROBE CONDE, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Aracne Editrice, Roma, 2016). L'interesse individuale, nella prospettiva salvifica dell'ordinamento della Chiesa, è complementare all'interesse pubblico: l'autorità ecclesiastica non impone di conformarsi a determinati comportamenti, ma si preoccupa di indicare ai fedeli la possibile via di redenzione da seguire, cosicché attraverso l'azione giudiziaria si possa tutelare al contempo l'interesse personale e l'interesse pubblico (sul punto cfr. R. PERGHEM, *I Tribunali Ecclesiastici*, in *REDC*, 54 [1997], 580-582 e G. LO CASTRO, *Il soggetto ed i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, 33 ss.).

servizio ecclesiale»²⁵, perché l’“accompagnare” di cui parla spesso Papa Francesco, significa non solo esaminare le situazioni di nullità nei matrimoni falliti, ma farne acquisire consapevolezza alle parti affinché il processo di nullità, caratterizzato dalla prossimità, celerità e gratuità delle procedure, sia davvero volto «a mostrare che la Chiesa è madre ed ha a cuore il bene dei propri figli, che in questo caso sono quelli segnati dalla ferita di un amore spezzato; e pertanto tutti gli operatori del Tribunale, ciascuno per la sua parte e la sua competenza, devono agire perché questo si realizzi»²⁶.

L’accompagnamento dell’avvocato nell’*iter* processuale deve essere sempre caratterizzato da competenza e professionalità, ma anche, per usare le parole con cui Papa Francesco si esprime nell’*Evangelii Gaudium*, «dalla prudenza, dalla capacità di comprensione, dall’arte di aspettare, dalla docilità dello spirito [...]. Abbiamo bisogno di esercitarci nell’arte di ascoltare, che è più che sentire. La prima cosa, nella comunicazione con l’altro, è la capacità del cuore che rende possibile la prossimità, senza la quale non esiste un vero incontro spirituale»²⁷. Indispensabile allora per l’accompagnamento processuale è la vicinanza non solo di cuore ma anche fisica. A tal proposito nel *Mitis Iudex* vengono elencate le regole procedurali per l’applicazione del principio di prossimità al caso concreto, cosicché esso diventi criterio fondamentale per una prossimità fisica, geografica, umana e pastorale. In particolar modo, la prossimità degli avvocati nell’accompagnamento processuale delle parti, se prestata anche all’interno delle strutture diocesane di pastorale familiare, potrebbe contribuire a far comprendere meglio la loro funzione processuale, a valorizzare la

²⁵ *Relazione Finale del Sinodo Ordinario dei Vescovi sulla famiglia al Santo Padre Francesco*, n. 82 del 24 ottobre 2015, in www.press.vatican.va

²⁶ FRANCESCO, *Discorso del Santo Padre alla Conferenza Episcopale Italiana*, 20 maggio 2019, in www.vatican.va

²⁷ FRANCESCO, *Evangelii Gaudium*, in www.vatican.va

dimensione ecclesiale della loro professione canonistico-forense e a rendere maggiormente pregnante il loro *munus* difensivo²⁸.

3. *Accompagnamento processuale e ruolo dell'avvocato*

Il fondamento della difesa è percepito in termini strettamente umanizzanti, nel senso che l'orizzonte non è delimitato dal processo, ma si apre all'intera vita delle parti in giudizio²⁹. La tecnica difensiva utilizzata dall'avvocato sarà quella propria dell'analogia, tenendo conto non solo dell'accadimento storico dei fatti, ma anche della loro risonanza affettiva nell'esperienza delle parti, cogliendone i diversi significati possibili³⁰. Questo «andare oltre», cui il pensiero analogico è funzionale, significa che l'accertamento della verità oggettiva non è definito dal significato che i coniugi o i testi conferiscono ai fatti dell'istruttoria, quanto dal significato oggettivo ed intrinseco della qualità affettiva che i dati di fatto dell'istruttoria medesima esprimono³¹. L'accompagnamento, pertanto, non può essere confuso né con la mediazione, né con la negoziazione, in quanto esso è la forma di relazione che l'avvocato dovrebbe intrecciare con la famiglia interessata alla causa di nullità matrimoniale, ricercando la partecipazione collaborativa della parte al fine di responsabilizzarla ad una

²⁸ Sul tema cfr. G. MONTINI, *Competenza e prossimità nella recente legge di riforma del processo per la dichiarazione della nullità del matrimonio*, in *Charitate Iustitia*, 2016-2017, 29-48.

²⁹ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il processo di nullità matrimoniale: anche luogo educativo?*, in *Tredimensioni*, 8/2011, 66-68.

³⁰ Cfr. G. CUCCI, *Esperienza religiosa e psicologia*, La Civiltà Cattolica, Roma, 2013, 335-337 e A. MANENTI, *Vivere gli ideali/2. Fra senso posto e senso dato*, EDB, Bologna, 2003, 160.

³¹ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, «Basta! Chiedo la separazione». *Avvocato ed accompagnatore: due figure diverse?*, in *Tredimensioni*, 12/2015, 171.

valutazione sincera della sua situazione³². In questa funzione di accompagnamento processual-pastorale, l'avvocato ha un compito particolare nella predisposizione del libello che deve presentare la vicenda personale e relazionale facendo emergere quanto è utile per lo svolgimento del processo; che deve essere attento ad evitare quanto può sfavorire la partecipazione della parte convenuta ed accentuare i contrasti esistenti; che deve essere breve ma esauriente e completo, restando aperto alla partecipazione di ambo le parti³³. Proprio dell'avvocato accompagnatore è uno stile "internalizzante", in quanto egli, sebbene possa essere chiamato a svolgere il suo *munus* da uno solo dei due coniugi, si preoccupa sempre della famiglia che i coniugi hanno formato, mira a difendere il bene dei coniugi e dell'eventuale prole, guarda al di là della sentenza ed oltre il giudicato, orientandosi alle scelte di vita che il proprio assistito prenderà dopo la conclusione del processo³⁴. All'avvocato accompagnatore interessa usare l'eventuale procedimento giudiziario come un'occasione per aiutare i coniugi a comprendere le ragioni del loro fallimento coniugale e per riflettere sul senso che intendono dare alla loro vita: egli non si ferma alla prospettiva offerta dalla parte assistita, ma si sforza di guardare all'intera coppia e famiglia in cui si colloca la parte, in quanto il vero cliente, per l'avvocato accompagnatore, non è propriamente la persona che si rivolge a

³² Per l'avvocato, il suo vero "cliente" non è mai il singolo coniuge che gli conferisce mandato, bensì la famiglia di quel coniuge: l'avvocato, mentre assiste le parti, tutela la famiglia cristiana e non un mero interesse privato (cfr. P. BUSELLI MONDIN, *L'avvocato come accompagnatore*, cit., 111-112).

³³ Nella fase preliminare di consulenza, anche se l'avvocato incontra una sola delle due parti, è molto importante aiutarla a comprendere la natura del processo di nullità matrimoniale, a non leggere solo unilateralmente gli accaduti, ad essere pronto a riconoscere i propri errori, a ricercare il più possibile serenamente una posizione di confronto costruttivo con l'altra parte, a far riemergere consapevolmente il proprio vissuto (cfr. P. BUSELLI MONDIN, «*Basta! Chiedo la separazione*, cit., 168).

³⁴ Cfr. *ivi*, 169.

lui, ma la coppia e comunque l'intera famiglia della persona che gli chiede assistenza³⁵.

L'attenzione verso l'aspetto antropologico-pastorale del processo canonico non deve mancare mai nella "missione processuale" degli avvocati, nell'accompagnamento svolto con le parti all'interno del percorso processuale, percorso in cui l'accertamento della verità non è definito solo dal senso che i coniugi conferiscono ai fatti, ma anche dal valore intrinseco della relazione coniugale così come manifestato dai dati oggettivi che l'hanno caratterizzata³⁶. Determinante, infatti, non è soltanto l'analisi del contenuto che si trasfonde negli atti, ma anche l'analisi del contesto entro il quale si attua e prende forma il contenuto degli stessi atti processuali³⁷. Ciò significa aiutare i fedeli a vivere il processo di nullità matrimoniale come momento in cui riflettere sulle ragioni del fallimento dell'unione, capendo che queste non si possono ricondurre al mero punto di vista delle parti, ma anche e soprattutto al significato oggettivo del sacro vincolo. Motivo per cui lo stesso procedimento non si conclude con l'inflizione di una condanna, ma semplicemente con la dichiarazione di una nullità che *ab origine* non ha consentito la creazione di un'autentica comunità di vita e di amore³⁸. Accompagnare significa, allora, saper creare con i coniugi un'alleanza "professionale" ed "affettiva" non meramente funzionale alla causa, affinché

³⁵ L'avvocato, nel suo ruolo di accompagnatore, entra nel vivo della dinamica familiare trattata per avere una percezione realistica della vicenda da portare in giudizio, consegnando alle parti l'opportunità di riflettere su se stessi e sul senso delle loro scelte future, valorizzando quella funzione educativa che è sostanziale nel processo giuridico, in quanto atta a dare alle parti non solo una sentenza, ma anche un'opportunità per migliorare il loro futuro (cfr. *ivi*, 170-174).

³⁶ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Il processo di nullità matrimoniale*, cit., 69-79.

³⁷ Cfr. F. NEWITI, *Multi sunt vocati*, in *Iustitia*, 60/2007, 458.

³⁸ Cfr. J. M. SERRANO RUIZ, *Visione personale del matrimonio: questioni di terminologia e di fondo per una rilettura delle cause canoniche di nullità*, in F. CATOZZELLA, M. C. BRESCIANI (a cura di), *La centralità della persona nella giurisprudenza coram Serrano*, LEV, Città del Vaticano, 2009, III, 39 ss.

si possa efficacemente veicolare un'adeguata riflessione delle parti sulla loro passata, presente e futura esperienza vocazionale, e lo stesso giudice riconosca nell'avvocato un accompagnatore, in modo tale che il processo sia non solo compiuto e formato rispetto alla legge, ma anche pastoralmente efficace³⁹.

La riflessione sul matrimonio come bene relazionale ed affettivo e la ricerca della verità oggettivamente contenuta in esso diventano, dunque, temi centrali in un processo che non è solo luogo educativo di responsabilizzazione personale e riabilitazione nella comunità ecclesiale, ma anche luogo di dialogo e di evangelizzazione⁴⁰.

³⁹ Cfr. P. BUSELLI MONDIN, *L'avvocato come accompagnatore*, cit., 110-111.

⁴⁰ Di dialogo, perché consente il confronto scambievole fra antropologia, psicologia, religione e diritto per dare rilevanza giuridica ad un approccio realistico in grado di misurare la qualità della vita matrimoniale attraverso l'integrazione di umanità e di spiritualità; di evangelizzazione, in quanto si rende giustizia attraverso l'emanazione della sentenza che non ratifica il fallimento dell'unione, bensì lo riempie di significato, rendendo evidente il fine ultimo della *salus animarum* e, dunque, della possibilità dell'uomo di redimersi (cfr. P. BUSELLI MONDIN, *Processo al processo canonico*, cit., 61-82).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MARCO Q. SILVI

Di cosa si parla quando parliamo di atti giuridici

ABSTRACT – When we talk about legal acts, we also refer to legal normative acts, *i.e.* legal speech acts under which we can create norms, normative objects and normative *status*. Moreover, two different viewpoints can be expressed about legal normative acts. The first typically applies when talking about bills of parliament, or decrees of Minister, or judicial sentences, or contracts, etc.: in these cases, we consider legal acts in relation to its “position” into a *Stufenbau*, *i.e.* in relation to a specific competent legal authority authorised to make norms in a legal system. The second point of view on legal acts, instead, typically applies when talking about orders, authorisations, exemptions, pardons, convictions, etc.: in these cases, we consider legal acts in relation to its specific illocutionary purpose and illocutionary content, *i.e.* aspects which are independent from norms on *Stufenbau* of a specific legal system. Within the perspective of legal dogmatics the two above viewpoints on the legal normative acts are not alternative, but complementary; according to the analytical philosophy of law, instead, preferring one of them is not a neutral methodological choice: only the second viewpoint in fact allows a real comprehension of legal normative acts.

KEYWORDS – Legal Speech Acts, Metatheory of Legal Acts, Social Ontology, Legal System

Di cosa si parla quando parliamo di atti giuridici**

Non è possibile che sciogla un nodo colui che lo ignora; e la difficoltà che il pensiero incontra manifesta le difficoltà che sono nelle cose stesse.

Aristotele

La causa della difficoltà della ricerca della verità non sta nelle cose ma in noi.

Aristotele

SOMMARIO: 0. Teoria e metateoria dell'atto giuridico – 1. Due prospettive di analisi sugli atti giuridici – 1.2. Prospettiva esogena e prospettiva endogena – 1.2. Rapporti tra le due prospettive – 2. Una teoria dell'atto dalla prospettiva esogena – 2.1. Atto giuridico come componente dell'ordinamento – 2.2. Atto giuridico, documento, procedimento - 3. Una teoria dell'atto dalla prospettiva endogena – 3.1. Dalla teoria dell'ordinamento alla teoria dell'atto – 3.2. Struttura e funzione dell'atto giuridico.

0. Teoria e metateoria dell'atto giuridico

La rilevanza che hanno gli atti giuridici per il diritto (almeno per ordinamenti positivi simili al nostro) è lampante. Ciò vale soprattutto per quegli atti, quali le leggi, le sentenze, i provvedimenti amministrativi, gli atti di autonomia negoziale, ecc., mediante l'esecuzione dei quali siamo in grado di costituire, modificare, estinguere quella specie di fatti istituzionali

* Dottore di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima

(*institutional facts*), indagati dalla c.d. ontologia sociale, che sono le entità giuridiche, quali diritti (soggettivi), obblighi, pretese, responsabilità, qualificazioni normative, ecc.¹.

Seguendo una tripartizione resa celebre, almeno in Italia, da Norberto Bobbio, il diritto può presentarsi come *norma*, come *rappporto*, come *istituzione*². Ma a ben vedere, esso può presentarsi *anche* come atto: sono *atti* giuridici, infatti, quelli che consentono di produrre norme o costituire/modificare rapporti o di agire nell'ambito di un'istituzione producendo effetti giuridicamente rilevanti. Così ad esempio, per limitarci a coloro che “vedono” il diritto (principalmente) come norma, è lo stesso Hans Kelsen a evidenziare che «se adottiamo un punto di vista statico, se cioè consideriamo l'ordinamento giuridico soltanto nella sua forma completa o in uno stato di riposo, allora noi scorgiamo soltanto le norme dalle quali vengono determinati gli atti giuridici. Se, d'altro canto, adottiamo un punto di vista dinamico, se consideriamo il processo attraverso il quale viene creato ed eseguito l'ordinamento giuridico, allora noi vediamo soltanto gli atti che creano e quelli che eseguono il diritto»³.

Gli atti giuridici sono quindi un elemento necessario e imprescindibile del fenomeno diritto. E in tale prospettiva, l'atto giuridico diviene una categoria generale del diritto, un concetto fondamentale per la teoria del diritto. In particolare, l'aspetto filosoficamente provocante del fenomeno degli atti giuridici mi pare proprio questa capacità produttiva che li connota,

¹ Sui fatti istituzionali e sulle ricerche di ontologia sociale la letteratura è ormai ampia. Oltre ai classici lavori di J.R. SEARLE, *Atti linguistici*, Bollati Borlinghieri, Milano, 1976 (1969); *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 1996 (1995); *Creare il mondo sociale*, Raffaello Cortina, Milano, 2010 (2010); *Il mistero della realtà*, Raffaello Cortina, Milano, 2019 (2019), mi limito a rinviare a G. Lorini, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Cedam, Padova, 2000 e a P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003.

² N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia*, in *Jus*, 8/1957, 188; *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 3-22.

³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1994 (1945), 85.

questa loro capacità di creare norme, instaurare rapporti o dispiegare effetti nell'ambito di un'istituzione; insomma, la loro *costitutività*. Così, ad esempio, sempre per mantenersi nell'alveo degli studi sulla norma giuridica, è stato acutamente osservato che «in una completa e adeguata ricostruzione normativistica, sia il contenuto sia il sostegno [...] dell'ordinamento è fatto di prescrizioni, ma i singoli atti di produzione normativa (le deliberazioni dell'Assemblea) [...] devono essere pensati di natura costitutiva»⁴.

Del resto, è lo stesso termine 'norma' a essere impiegato (in vari contesti, anche filosofici e dogmatici) per riferirsi a fenomeni non omogenei, tra i quali vi sono anche gli *atti giuridici*⁵: Amedeo G. Conte, ad esempio, ha censito almeno quattro concetti di norma, a seconda che il relativo termine sia usato per riferirsi, oltre ad (i) *atti linguistici* (enunciazioni di enunciati linguistici), quali appunto una legge, un provvedimento amministrativo, un contratto; anche a (ii) *enunciati linguistici*, quali quelli che si rinvencono, ad esempio, nel testo di una legge; (iii) al *senso* di tali enunciati, che è loro ascritto, ad esempio, da un giudice in sede di interpretazione; (iv) agli *stati di cose* (extralinguistici, ma pur sempre dipendenti dal linguaggio), quali diritti (soggettivi), responsabilità, pretese, cui si riferiscono i suddetti significati normativi o che possono essere costituiti da atti giuridici⁶.

Come per il termine 'norma', anche per il termine 'atto' (o meglio, per il sintagma 'atto giuridico') ci si può domandare, innanzi tutto, se esso ricorra

⁴ G. CARCATERRA, *Le regole del Circolo Pickwick*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 3/1985, 20.

⁵ Cfr. A.G. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 47/1970, 331-354; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, 144 ss.

⁶ Interpreto qui il contiano 'status deontico' come sinonimo di 'fatto istituzionale', anche se non mi risulta che Conte abbia approfondito lo statuto ontologico dell'entità che egli designa con 'status deontico'. Conte (*Norma: cinque referenti*, in L.P. GLAZEL (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, 25-35) segnala un ulteriore uso del termine 'norma' riferito a ciò che egli chiama (mutuando la terminologia di Edmund Husserl) 'noema deontico', ossia «l'aspetto oggettivo di una noesi deontica».

(nel linguaggio normativo) con significati diversi. Inoltre, laddove risulti che ‘atto giuridico’ non sia espressione univoca, e diversi siano i concetti che esso designa (può designare), ci si può domandare anche di quali tra tali concetti dovrebbe occuparsi una teoria dell’atto giuridico.

Le due domande sono certamente differenti. La prima richiede una analisi descrittiva, asettica, sugli usi con cui – nei diversi contesti anche scientifici e/o dogmatici – è impiegato il sintagma ‘atto giuridico’. La seconda domanda, invece, sollecita una scelta (da parte dello studioso) sulla determinazione dell’ambito dei concetti e dei fenomeni di cui una teoria dell’atto giuridico *dovrebbe* dare conto; si tratta, in altre parole, di capire se i concetti e fenomeni cui ci si può riferire con l’impiego dell’espressione ‘atto giuridico’ presentino differenze rilevanti tra loro e di scegliere quali sono quelli meritevoli di essere considerati nell’ambito di una teoria.

Come visto per il termine ‘norma’, esso è impiegato per identificare ambiti fenomenici diversi, ma non è detto che una *teoria* della norma giuridica debba necessariamente dare conto di tutti tali fenomeni, o almeno non deve riconoscere a tutti tali fenomeni il medesimo ruolo al suo interno. A mero titolo di esempio, la teoria elaborata da Riccardo Guastini pone l’accento principalmente sull’ambito fenomenico dei *significati* attribuiti ai testi normativi, i quali soltanto sarebbero (a suo dire) norme «in senso stretto» e, come tali, «devono essere tenute distinte dagli atti linguistici che le pongono in essere, come pure dagli enunciati che le esprimono» – anche se, prosegue Guastini «non si danno norme senza atti di prescrizione, né si danno norme senza enunciati prescrittivi»⁷.

⁷ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 13. Cfr. *ibidem*: «A stretto rigore, le norme sono prescrizioni nel terzo senso: non atti linguistici, ma il risultato, il prodotto, di atti linguistici; e neppure enunciati, ma il contenuto di senso, il significato di enunciati. L’atto di prescrizione – la prescrizione in quanto atto linguistico – non è una norma, ma piuttosto un *atto normativo*. L’enunciato prescrittivo – la prescrizione in quanto enunciato – non è una norma, ma la formulazione di una norma (una formulazione normativa) o, come suol dirsi, una *disposizione normativa*». Cfr. anche R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, 35-36.

In tali casi, l'eventuale scelta (operata da una teoria) di restringere l'analisi a (o privilegiare ai fini di essa) alcuni ambiti fenomenici rispetto alla totalità di quelli resi possibili dall'effettivo uso del termine 'norma', si giustifica in ragione della capacità esplicativa della teoria, ossia rispetto alla capacità dei suoi concetti di consentire una comprensione adeguata e approfondita dei fenomeni considerati.

Nel presente lavoro non intendo censire tutti i possibili usi di 'atto giuridico'. Mi limito a segnalare una prima ambiguità, a mio avviso particolarmente rilevante in quanto si tratta di (due) usi che non identificano entità, fenomeni, differenti (almeno *prima facie*), ma esprimono due diverse prospettive, due punti di vista sull'atto giuridico, in particolare sull'atto (linguistico) di produzione normativa intesa in senso lato (*sub 1*). Denunciare e approfondire tale ambiguità mi pare importante, innanzi tutto perché le due prospettive teoriche sull'atto giuridico che essa sottende sono affatto differenti e hanno differenti ricadute in termini di percorsi di ricerca che si dischiudono. La mia analisi (*sub 2, sub 3*) vorrebbe mostrare, in particolare, che una di esse (quella che chiamerò endogena) è più proficua e feconda dell'altra per la filosofia dell'atto giuridico.

La finalità del presente lavoro è, dunque, di tipo *preliminare* in quanto vuole mettere in evidenza alcuni nodi problematici per la filosofia dell'atto giuridico, la cui comprensione è però utile per isolare e scegliere *come* impostare una teoria dell'atto giuridico. Nel far ciò, saranno inevitabili anche i richiami a teorie e ricerche di altri studiosi⁸: non mi interessa, però,

⁸ Evidentemente, nello svolgimento del presente lavoro, presuppongo le mie ricerche sull'atto giuridico (cfr. ad esempio M.Q. SILVI, *Atti ascrittivi e performatività*, in A. ROSSETTI e E. COLZANI (a cura di), *Mente, Azione, Normatività*, Ledizione, Milano, 2014, 69-105; *L'atto giuridico e le sue regole. Saggio su diritto e giochi*, Aracne, Roma, 2017; *La melanconia del pedone. Saggio sulla funzione dell'atto giuridico*, Aracne, Roma, 2017; *Documenti e realtà giuridica*, Aracne, Roma, 2018; *Funzione dell'atto giuridico e interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2-3/2018, 369-399). Di tali ricerche, tuttavia, non mi interessa dar qui conto, né mi interessa difendere le tesi che ho lì sostenute: mi interessa solo chiarire meglio l'approccio teorico in cui esse si collocano.

indagare né approfondire tali ricerche, né mi interessa il pensiero degli autori cui farò riferimento (il presente lavoro non è un contributo alla ricostruzione di pensieri altrui). Le tesi e le teorie cui farò riferimento mi interessano solo nella misura in cui mi pare esplicitino in modo adeguato alcune intuizioni, possibilità, che esse (mi) suggeriscono.

1. Due prospettive di analisi sugli atti giuridici

Registro, innanzi tutto, due diversi significati che l'espressione 'atto giuridico' può avere anche quando si discute (almeno *prima facie*) del medesimo insieme di fenomeni.

Quando si parla di 'atto giuridico' per riferirsi, ad esempio, a un *decreto* ministeriale, a una *deliberazione* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a una *legge*, a un *decreto-legge*, a una *sentenza* del Tribunale di Milano, a una *sentenza* della Corte Costituzionale, a un *lodo* della camera arbitrale, si fa dell'espressione un uso diverso dall'uso che si fa, ad esempio, quando si parla di 'atto giuridico' per riferirsi a un'*autorizzazione*, a un atto di *abrogazione*, a un c.d. *atto normativo* (nel senso della dogmatica giuridica)⁹, a una *sanzione*, a una *condanna*, a un *condono*, a un'*amnistia*.

In tale prospettiva, dunque, il presente lavoro non è neutrale, ma intende portare argomenti sulla proficuità dell'approccio teorico seguito nelle mie indagini.

⁹ In sede dogmatica, almeno in Italia, la categoria dell'atto normativo comprende l'atto che assomma i caratteri della «astrattezza (intesa come capacità della norma di applicarsi infinite volte a tutti i casi concreti rientranti nella fattispecie descritta in astratto), [del]la generalità (intesa come indeterminabilità, sia *ex ante* che *ex post*, dei destinatari della norma) e [del]l'innovatività (ovvero la capacità di modificare stabilmente l'ordinamento giuridico» (CdS, Ad. Plen, sent. 4/2019). Nel testo del presente lavoro, invece, uso l'espressione 'atto normativo' come sinonimo di 'atto di produzione normativa', facendo quindi riferimento alla nozione, più ampia, di atto intenzionale *costitutivo* di una posizione normativa (fatto istituzionale) quale responsabilità, diritto (soggettivo), potere, obbligo,

Infatti, un'*autorizzazione* può essere rilasciata dal Ministro con proprio *decreto*, ma anche da un Sindaco con *ordinanza*, o può essere anche prevista da una *legge* che permette una determinata attività entro certi periodi di tempo. Con *legge*, può essere adottato un *atto normativo*, o un *atto di clemenza* (amnistia), o può essere *abrogata* un'altra legge. Ma anche un *decreto ministeriale* può adottare un *atto normativo* o *abrogare* altro decreto; e *atti di clemenza* possono essere adottati anche con decreti del Presidente della Repubblica (grazia) o con *sentenza* del giudice (perdono giudiziale). Ancora, una *sanzione* può essere irrogata con *sentenza* del giudice penale o con una *deliberazione* dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, oppure con *decreto ministeriale*.

1.1. Prospettiva esogena e prospettiva endogena

Nei casi ora esibiti, 'atto giuridico' *non* designa (almeno *prima facie*) fenomeni eterogenei: si tratta, piuttosto, di *prospettive* diverse da cui osservare il medesimo fenomeno; si tratta, in particolare, di *atti di linguaggio* (enunciazioni di enunciati)¹⁰, in particolare di atti (linguistici) di

pretesa, ecc., indipendentemente quindi dai requisiti della generalità e dell'astrattezza. In termini più generali, userò anche l'espressione 'atto costitutivo' (cfr. *infra*, nota 7).

¹⁰ Cfr. ad esempio R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 122: «L'espressione 'atto normativo' si riferisce non a qualunque comportamento produttivo di norme, ma a quei soli comportamenti che producano norme in modo consapevole e intenzionale. [...] Ora, se si conviene che le norme siano (un certo tipo di) enunciati del discorso prescrittivo, allora è ovvio che ogni comportamento intenzionalmente produttivo di norme sia, in ultima istanza, un comportamento linguistico». Ciò non significa, ovviamente, che il diritto debba essere sempre "parlato": esso può essere (almeno in linea teorica) anche "muto" e gli atti giuridici possono compiersi mediante comportamenti materiali; ma un atto "muto" (diversamente da quanto pretende Rodolfo Sacco) non perde mai la sua linguisticità (sia consentito rinviare sul punto a M.Q. SILVI, *Diritto muto?* in *Rivista di filosofia del diritto*, 9/2020, 197-217).

normazione (in senso lato), ossia atti (linguistici) *costitutivi* di quei particolari fatti istituzionali che sono diritti (soggetti), responsabilità, pretese, doveri, qualificazioni normative, ecc.¹¹

Però, quando si parla di ‘atto giuridico’ per riferirsi, ad esempio, a una legge, a un decreto-legge, a una sentenza, a un provvedimento amministrativo, a un atto di autonomia negoziale, ecc., ci si riferisce a un atto identificato in ragione dell’*autorità* che lo pone in base al *sistema delle fonti* di un particolare ordinamento positivo, nonché della connessa “forza”, all’interno dell’ordinamento giuridico, che a quell’atto è conferita da tale sistema.

La *legge*, il *contratto*, il *provvedimento amministrativo*, i *regolamenti*, e la fenomenologia in cui essi si presentano in un certo diritto positivo (decreto-legge, decreto legislativo, decreto ministeriale, decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, delibera comunale, deliberazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, sentenza o ordinanza dell’autorità giudiziale, ecc.) sono tipi di atti che l’ordinamento costruisce in funzione degli elementi caratterizzanti l’*autorità* competente a porli in essere: tale disciplina riflette le scelte allocative compiute in merito alla distribuzione (e conformazione) del *potere* di produzione e di applicazione

¹¹ Sulla costitutività degli atti linguistici e giuridici, mi limito a rinviare alle ricerche di Amedeo G. Conte, che parla, al riguardo, di *atti thetici*: sono, gli atti thetici, atti aventi senso di produzione, di costituzione, di uno stato di cose (istituzionali); la compravendita, la rinuncia a un diritto, la concessione edilizia, l’amnistia, le promesse unilaterali, le condanne (ecc.), sono esempi di atti thetici. Cfr. A.G. CONTE, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. DI BERNARDO (a cura di), *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977 (1976), 147-165; *Minima deontica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 65/1988, 427-475; *Performativo vs. normativo*, in U. SCARPELLI e P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Ledizioni, Milano, 1994, 247-263; *Atto performativo: il concetto di performatività nella teoria dell’atto giuridico*, in G. LORINI (a cura di), *Atto giuridico*, Adriatica, Bari, 2002, 29-108. Cfr. anche M.-E. CONTE, *Pragmatica linguistica*, in A. FILIPPONIO (a cura di), *Ricerche praxeologiche*, Adriatica, Bari, 2000, 2-57; nonché M.Q. SILVI, *Atti ascrivibili e performatività*, cit. e *L’atto giuridico e le sue regole*, cit.

del diritto all'interno delle autorità/organi competenti. Tali scelte incidono evidentemente anche sulla disciplina degli effetti degli atti giuridici in tal modo considerati.

Invece, quando si parla, di 'atto giuridico' per riferirsi, ad esempio, a un'*autorizzazione*, a una *condanna*, a una *dispensa*, a un *atto normativo* (nel senso, ristretto, della dogmatica giuridica), a un'*amnistia*, a un'*abrogazione*, a una *delega*, a una *vendita*, ecc., ci si riferisce a un atto identificato in ragione del suo specifico *senso*, che caratterizza, ad esempio, un'*autorizzazione* e la distingue da una *dispensa*, e che si esprime – tipicamente – negli effetti essenziali e specifici di quel tipo di atto (e si riflette anche in alcuni suoi specifici presupposti). In tali casi, quando si parla di 'atto giuridico' si fa riferimento a ciò che si potrebbe chiamare (in prima approssimazione, e con qualche imprecisione) il *contenuto* dell'atto; un contenuto, si badi però, *tipico* in quanto identificato (dal diritto positivo) in termini tipici, ossia slegati dai concreti e particolari contenuti che le istanze particolari di tali atti possono avere nel concreto. Per importare il lessico della teoria degli atti linguistici (*speech acts theory*) di John L. Austin, in tali casi, l'atto giuridico è identificato in ragione della sua specifica *forza illocutiva*, ossia della sua funzione comunicativa tipica.

Gli atti dell'*autorizzazione*, della *dispensa*, della *delega*, della *vendita*, del *comando*, ecc., sono tipi di atti mediante i quali avviene un'*interazione* (umana) giuridicamente rilevante, sia che si tratti di un'*interazione* tra una determinata autorità (costituita dal diritto positivo e dal suo sistema delle fonti) nei confronti di coloro che a essa sono sottoposti, sia che si tratti di una *interazione* tra soggetti "alla pari". Il senso specifico di tali atti (in qualche modo) *trascende* (o meglio forse, *non si esaurisce* ne, non è interamente determinato da) la disciplina del sistema delle fonti. Certamente, il fatto che un'*autorizzazione* sia veicolata mediante atti posti in essere da soggetti/autorità che hanno diversa collocazione nel sistema delle fonti (si pensi, ad esempio, a un'*autorizzazione* rilasciata con decreto ministeriale, o dal proprietario di un fondo) non è irrilevante ai fini della

disciplina dei presupposti e degli effetti del corrispondente atto di autorizzazione; ma il senso specifico, la funzione illocutiva, di un'autorizzazione prescinde dalla disciplina delle fonti del diritto.

In altre parole, la *prima* delle due prospettive, evidenziata dal (primo) uso di 'atto giuridico', considera gli atti dal punto di vista del sistema delle fonti di un certo ordinamento positivo: essa si interessa dei diversi livelli di competenza di produzione normativa, dei gradi (e delle autorità) in cui si struttura l'ordinamento e della connessa "forza" (ossia del rilievo) che, in tale contesto, determinati tipi di atti hanno (propongo di parlare, al riguardo, di *prospettiva esogena* sull'atto).

Invece, la *seconda* delle due prospettive, evidenziata dal (secondo) uso di 'atto giuridico', considera gli atti dal punto di vista dei loro *contenuti tipici* che trascendono il sistema delle fonti, ma che si radicano nella specifica *forza illocutiva* di un certo atto, quindi nella loro funzione tipica e negli effetti tipicamente connessi con tale funzione: è l'insieme di tali elementi che fa sì, ad esempio, che una dispensa – indipendentemente da quale sia l'autorità che la adotti – sia una dispensa e non una sanzione, né una vendita né non una donazione (propongo di parlare, al riguardo, di *prospettiva endogena* sull'atto).

1.2. Rapporti tra le due prospettive di analisi

1.2.1. La terminologia 'endogena'/'esogena' non deve ingannare: essa non corrisponde alla prospettiva *eîdos/nomos*. La prospettiva endogena *non* indaga (almeno non necessariamente) l'*eîdos* di un atto giuridico, avulso dall'ordinamento positivo in cui esso si colloca: la prospettiva endogena individua un approccio di analisi che "vede" in prima battuta i singoli atti (costitutivi) *tipizzati* dal diritto positivo (dai suoi organi della produzione o dell'applicazione) in base alle loro particolari funzioni

illocutorie (indipendenti, quindi, dagli elementi caratterizzanti l'autorità competente ad adottarli, individuata dal sistema delle fonti).

La prospettiva endogena è quindi, al pari di quella esogena, una prospettiva che muove dal *nomos* (dalle norme di un certo diritto positivo): essa si concentra sul contenuto (tipico) di un atto, sulla funzione tipica e sui tipici effetti che sono definiti dalle norme dell'ordinamento positivo che vertono sull'atto. La prospettiva esogena, invece, considera gli atti giuridici muovendo dal sistema delle fonti di del medesimo ordinamento.

Inoltre, le due prospettive di analisi non sono alternative tra loro, ma si completano e, anzi, normalmente, sono compresenti nei lavori di *dogmatica giuridica*, anche se a volte può essere dato maggior peso all'una o all'altra. E tale compresenza risponde a un'esigenza – fisiologica – propria di ogni trattazione dogmatica che ha normalmente a oggetto settori (sezioni, “branche”, materie) del diritto positivo i quali settori, da un lato, interessano uno o più livelli dello *Stufenbau*, e, dall'altro lato, contemplano una serie di interazioni giuridicamente rilevanti che avvengono mediante specifici atti con peculiari contenuti e funzioni.

Così, ad esempio, la dogmatica civilistica assume prevalentemente una prospettiva di analisi endogena sui diversi tipi di atti in cui si manifesta e si articola la c.d. autonomia negoziale (anche se nessuna trattazione dogmatica oblitera mai la prospettiva, esogena, sulle modalità con cui incidono, sull'autonomia negoziale, le fonti legislative e sublegislative¹²). Per la dogmatica pubblicistica, invece, specialmente nell'ambito del diritto costituzionale, centrale è la prospettiva esogena sugli atti normativi, anche se non manca mai, soprattutto nei manuali di diritto amministrativo,

¹² Ciò avviene, nel caso del diritto dei contratti, soprattutto oggi in cui si assiste, in importanti settori (mercati finanziari, energia, trasporti, telecomunicazioni) a una compressione dell'autonomia negoziale a opera del legislatore e, ancor più, delle c.d. autorità amministrative indipendenti: cfr. a mero titolo di esempio G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006 e C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Giappichelli, Torino, 2018.

un'analisi che propone (secondo una prospettiva endogena) una tassonomia di atti formulata in ragione della loro funzione tipica (autorizzazione, concessione, comando, dispensa, sanzione, ecc.¹³).

1.2.2. In sede di *filosofia dell'atto giuridico*, mi pare che i due angoli prospettici siano compresenti, ad esempio, nella tassonomia degli atti giuridici formulata da Emilio Betti, il quale propone di desumere alcune classificazioni «dalla struttura sociale e giuridica del contegno, o dall'aspetto funzionale del potere che in esso si esplica»¹⁴. Ora a me pare che: (i) la tassonomia elaborata da Betti secondo «l'aspetto funzionale del potere» che si esplica nell'atto giuridico, si basi, precipuamente, sugli elementi caratterizzanti (non tanto la funzione dell'atto, ma) il tipo di *potere* che è esercitato dall'*autorità* competente a adottare l'atto: l'atto è considerato quindi da una *prospettiva esogena*; (ii) la tassonomia elaborata a partire dalla «struttura sociale e giuridica del contegno», invece, faccia riferimento al *sensu* specifico che un certo «contegno» ha nell'ambiente sociale, e che differenzia quell'atto da altri atti aventi *sensu* diverso: l'atto è considerato quindi in una *prospettiva endogena*.

Infatti, l'assunzione di una *prospettiva esogena* – *sub* (i) – consente a Betti di distinguere gli atti a seconda che «dettino regola a interessi rilevanti per il diritto, disponendo della rispettiva tutela giuridica, ovvero provvedano al loro soddisfacimento, attuando la tutela di cui già godono»¹⁵: nel primo caso si tratta di quello che Betti chiama atti *precettivi* (in quanto pongono un dover essere), e che egli distingue in atti normativi o in atti di autonomia «secondo che la regola sia dettata da un'autorità superiore o dagli stessi interessati»; nel secondo caso si tratta invece di atti meramente *satisfattivi*, ossia degli atti infimi posti alla base dello *Stufenbau* kelseniano (sia che si tratti di atti consensuali e dovuti, sia che si tratti di atti forzati).

¹³ Cfr. a mero titolo di esempio P. VIRGA, *Diritto amministrativo. II. Atti e ricorsi*, Giuffrè, Milano, 2001, 15-20.

¹⁴ Cfr. E. BETTI, *Atti giuridici*, in *Nov. Dig. It. I*, Utet, Torino, 1958, 1504-1507.

¹⁵ E. BETTI, *Atti giuridici*, cit., 1507.

Come si nota, gli atti sono qui considerati in base alla loro collocazione nel sistema delle fonti.

Invece, è l'assunzione di una *prospettiva endogena – sub (ii) –* che consente a Betti di distinguere «secondo l'evento in cui l'atto si esaurisce, in atti destinati a un evento psichico (interno) e atti diretti a un evento materiale (esterno)»: nel primo insieme rientrano le *dichiarazioni*, fenomeno «approfondito nell'analisi del linguaggio e nella teoria dell'interpretazione»; nel secondo insieme, invece, rientrano le *operazioni*, che «non fanno assegnamento sulla collaborazione psichica altrui, ma hanno rilevanza col solo produrre un mutamento del mondo esteriore, riconoscibile nell'ambiente sociale»¹⁶.

Tuttavia, in sede di filosofia dell'atto giuridico, la compresenza delle due prospettive di analisi, esogena ed endogena, non è comunque necessaria, e la scelta di privilegiarne una, rispetto all'altra, *non è*, a mio avviso, una scelta neutrale ai fini della costruzione della teoria. In particolare, a me pare che la prospettiva esogena può condurre a svilire e occultare le specificità dell'atto giuridico, attraendolo nell'ambito della teoria dell'ordinamento (*sub 2*); la prospettiva endogena, diversamente, dovrebbe restituire all'atto autonoma rilevanza concettuale (*sub 3*).

¹⁶ E. BETTI, *Atti giuridici*, cit., 1506. È appena il caso qui di rilevare l'oscurità di tale seconda categoria (delle *operazioni*), in cui Betti fa rientrare «le svariate fattispecie dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto» (*Ibidem*). Se così fosse, però, allora le operazioni sarebbero atti giuridici che si distinguono dalle dichiarazioni solo in ragione della *forma* con cui sono eseguiti: le dichiarazioni sarebbero atti eseguiti mediante l'enunciazione (scritta o orale) di *enunciati*; le operazioni sarebbero atti eseguiti mediante comportamenti significativi. In realtà, a me pare che tale distinzione riprenda, sintetizzandola, una distinzione elaborata nell'ambito della teoria generale del negozio giuridico (cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1994 (1955), 55, 127-130) un po' più sottile, su cui sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *Diritto muto?*, cit., 206-209.

2. Una teoria dell'atto dalla prospettiva esogena

2.1. Atto giuridico come componente dell'ordinamento

La prospettiva esogena, come visto, considerando l'atto giuridico dal punto di vista del sistema delle fonti, tende a inquadrare il relativo concetto (selezionando i fenomeni corrispondenti) nella prospettiva dell'*ordinamento giuridico*. L'atto è concepito, in altre parole, come un *componente* dell'ordinamento e rileva quale parte (ancorché decisiva e imprescindibile) del “meccanismo” di produzione normativa. Un tale approccio teorico conduce a considerare l'atto giuridico (e l'eventuale sua teoria) come un *momento tematico* della teoria dell'ordinamento: l'atto non ha (meglio, non è necessario che abbia) un rilievo autonomo; esso non rileva di per sé, ma in quanto aspetto particolare dell'ordinamento. Sul piano metateorico, pertanto, la stessa teoria dell'atto giuridico (laddove si senta ancora l'esigenza di costruirne una) diviene (al più) un momento, una parte, della teoria dell'ordinamento giuridico.

Questa prospettiva teorica mi pare sia ben esemplificata nella dottrina pura di Kelsen. Sebbene non manchino in Kelsen spunti interessanti, che considerano gli atti giuridici in una prospettiva endogena¹⁷, il punto di osservazione che egli privilegia sull'atto giuridico è certamente quello dell'ordinamento e della sua costruzione a gradi (*Stufenbau*) elaborata nella

¹⁷ Cfr. ad esempio H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966 (1960), 13-14, in cui, nel trattare il rapporto tra la norma posta dall'atto e l'atto di produzione normativa, chiarisce che tali atti «[s]ono intenzionalmente rivolti alle condotte altrui non solo quando, *secondo il loro senso*, essi *prescrivono* (ordinano) questo comportamento, ma anche quando lo permettono e, in particolare, lo autorizzano, cioè quando all'altro viene *attribuito* un certo potere, in particolare il potere di statuire norme egli stesso» (*corsivi miei*). L'intuizione che il passo suggerisce è quella di un'eterogeneità degli atti giuridici sotto il profilo illocutivo, che consente di distinguere, da un lato, gli atti *prescrittivi* (atti aventi *sensu* di produzione di un dovere o di un permesso) e, dall'altro lato, gli atti *ascrittivi* (di una posizione di potere) (cfr. *ivi*, 15).

celebre nomodinamica. In tale contesto, Kelsen concentra l'attenzione sui tipi di atti che configurano i principali gradi dell'ordinamento (la costituzione; le leggi e i regolamenti; l'atto giurisdizionale; il negozio giuridico; gli altri atti della pubblica amministrazione), tentando di cogliere i tratti salienti del meccanismo produttivo che connota ciascun tipo di tali atti. Rispetto a ciascuna di tali categorie di atti-fonte del diritto, Kelsen si pone, ad esempio, le seguenti domande: quali tipi di norme sono prodotte (generali e/o individuali¹⁸); come esse sono prodotte¹⁹; che relazione intercorre tra l'atto produttivo e le norme di rango superiore cui esso dà esecuzione²⁰, ecc..

In prospettiva non dissimile si colloca, più di recente, la teoria di Guastini dedicata espressamente ai fondamenti teorici delle fonti del diritto²¹. Anche Guastini, come Kelsen, riconosce il ruolo centrale per la produzione di diritto di quelli che egli chiama *atti normativi*, ossia atti costitutivi, atti di produzione normativa. Di tali atti egli ne rileva la natura linguistica: «Ora, se si conviene che le norme siano (un certo tipo di) enunciati del discorso prescrittivo, allora è ovvio che ogni comportamento intenzionalmente produttivo di diritto sia, in ultima istanza, un comportamento linguistico»²².

¹⁸ Cfr. ad esempio, *l'analisi* degli atti produttivi posti in essere dalla pubblica amministrazione svolta in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 293-295, oppure l'analisi sugli atti di giurisdizione, quali atti creatori di norme individuali o generali (cfr. ad esempio *ivi*, 267-273 e 281-287; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 136-138 e 148-149).

¹⁹ Cfr. sempre a mero titolo d'esempio H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 139-145, sulla produzione di norme mediante gli atti di autonomia privata.

²⁰ Cfr. a mero esempio H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 1966, 273-281, sul rapporto tra atti della giurisdizione e norme da applicare; oppure H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 126-133, sul rapporto tra gli atti legislativi (e amministrativi) e i vincoli posti dalla costituzione nella creazione di norme generali.

²¹ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit.

²² *Ivi*, 68.

Tuttavia, è interessante osservare come, subito dopo, Guastini denunci un'ambiguità dell'espressione 'atto normativo', nel senso che esso può essere impiegato per designare «un'azione: una gire produttivo di norme, quale ad esempio il legiferare», oppure per designare «il risultato o il prodotto dell'agire: non il legiferare, ma la legge stessa»²³. Tali due usi, però, secondo Guastini, rendono oscura – e poco utile per la sua teoria sulle fonti del diritto – la stessa espressione di 'atto normativo'. Ciò in quanto:

(i) nel primo senso rilevato ('atto' quale "agire produttivo"), essa sarebbe «fuorviante, giacché, normalmente, un'azione produttiva di norme non consiste, alla lettera, in un (singolo) atto linguistico, ma consta di una pluralità di atti distinti, in sequenza. Ad esempio: formulazione di un testo normativo, approvazione del testo in questione, formale emanazione o promulgazione del testo approvato. In questo senso, non di atti normativi si dovrebbe parlare, ma di *procedimenti* normativi»²⁴;

(ii) nel suo secondo uso ('atto' quale "risultato dell'agire"), invece, secondo Guastini, l'espressione 'atto normativo' sarebbe «ingannevole, giacché il prodotto di un atto normativo non è propriamente una norma o un insieme di norme (come l'aggettivo 'normativo' sembra suggerire), bensì un testo o un documento in lingua che *esprime* norme (per il tramite dell'interpretazione). In questo senso, non di atti normativi converrebbe parlare, ma piuttosto di *documenti* normativi»²⁵.

2.2. Atto giuridico, documento, procedimento

Le considerazioni di Guastini da ultimo riportate mi paiono interessanti per la teoria e la metateoria dell'atto giuridico.

²³ *Ivi*, 68-69.

²⁴ *Ivi*, 69.

²⁵ *Ibidem*.

Sul piano metateorico, esse (di)mostrano come una prospettiva esogena sull'atto, se seguita con rigore come fa Guastini, conduce a ridimensionare la rilevanza e l'autonomia del concetto stesso di atto giuridico: l'atto è sì un ingranaggio importante del meccanismo produttivo dello *Stufebnau*, ma la sua rilevanza teorica può essere secondaria, addirittura fuorviante e/o ingannevole a fronte di altre categorie concettuali – quali quella di *procedimento* e/o di *documento* – che potrebbero porsi come *alternative* più proficue e feconde ai fini della comprensione dei fenomeni giuridici. Una prospettiva esogena sull'atto giuridico, insomma, apre un piano inclinato che rende forse inutile la stessa filosofia dell'atto giuridico.

Sul piano della teoria dell'atto giuridico, invece, l'interesse che mi suscitano le tesi di Guastini è connesso ai vizi che mi pare le inficino. Viziate, in particolare, sono a mio avviso le conclusioni che Guastini trae dal censimento dei due usi con cui l'espressione 'atto giuridico' ricorre. Si tratta, però, di errori filosoficamente provocanti, in quanto impongono di approfondire il concetto di atto giuridico (inteso come atto linguistico di produzione normativa) *in relazione* ai concetti di *documento* e di *procedimento*.

2.2.1. Innanzi tutto, mi pare sbagliato affermare che il risultato di un atto normativo (e più in generale di un atto giuridico) sia un *documento*: il risultato, il prodotto di un agire *linguistico* non può essere un documento, che è una *cosa*, una *res* (meglio un *artefatto*, un *opus*).

Evidentemente qui Guastini, quando parla di "risultato", di "prodotto" di un atto non fa riferimento a una realtà, extralinguistica, costituita da un atto di linguaggio (è noto che Guastini rigetta anche la teoria di Searle sui fatti istituzionali²⁶). Deve congetturarsi pertanto che Guastini faccia

²⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, 170. Su tale aspetto, non posso che condividere le considerazioni critiche svolte ad esempio da C. ROVERSI, *Six Heresies on Constitutive Rules*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 19-2/2019, 194-196.

riferimento a qualcos'altro, probabilmente al “risultato” ciò cui si riferisce la dogmatica italiana quando parla di *documentazione*, ossia al risultato della *attività di formazione di un documento*, mediante la quale attività è (può essere) anche eseguito un atto giuridico²⁷.

Rispetto all'attività della documentazione, effettivamente, il documento è un *risultato*, esso è il prodotto di un'attività: ma non però, si badi, di un'attività *linguistica* (cioè il risultato dell'atto normativo, come invece lascia intendere Guastini), bensì di un'attività *materiale* volta, appunto, a “confezionare” un documento mediante la cui formazione l'atto si *manifesta* ai suoi destinatari. In questi casi, insomma, il documento è (solo) la *forma* dell'atto normativo, l'aspetto fenomenico con cui l'atto (meglio, la concreta occorrenza di un certo tipo di atto) si presenta nella concreta realtà esterna²⁸.

Sul punto, quindi, le parole di Guastini, con le quali egli opera una sorta di “riduzione” dell'atto al documento, sono, forse, ancor più “ingannevoli” dell'espressione ‘atto normativo’. In altre parole, vero è che, nell'uso concreto che si fa del termine ‘atto’, spesso ci si riferisce a un documento, a un testo normativo (ad esempio, a un *testo* di legge, al *testo* di una sentenza, al *testo* di un contratto), tuttavia, ciò non legittima a trarre la conclusione dell'ingannevolezza dell'espressione ‘atto normativo’: si tratta, piuttosto, di un caso in cui è necessario operare quell'attività di pulizia concettuale propugnata dallo stesso Guastini (e in cui si colloca il presente lavoro²⁹).

²⁷ Cfr. ad esempio A. CANDIAN, *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. Dir. XIII*, Giuffrè, Milano, 1979, 579-596; S. PATTI, *Documento*, in *Dig. Civ. VII*, Utet, Torino, 1991, 1-13.

²⁸ E infatti la nozione (dogmatica) di *documentazione* è spesso utilizzata dai giuristi proprio al fine di tematizzare la differenza tra la dimensione della forma dell'atto e quella della prova: la prova è da riferire alla *res* documentale che risulta (che è il prodotto) dell'attività di documentazione; mentre la forma è da riferire all'attività stessa della documentazione.

²⁹ Cfr. R. GUASTINI, *Manifesto per una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1-1/2012, 51-66, in cui egli distingue due diversi modi di intendere (e praticare) la filosofia analitica del diritto: (i) come *metagiurisprudenza* e (ii) come *laboratorio*

In questo caso, però, la pulizia concettuale non può prescindere dall'approfondire il concetto di *documento*, cosa che Guastini non fa. Non è possibile (per evidenti ragioni di spazio) svolgere qui un tale approfondimento³⁰. Mi limito però a osservare almeno che, se il documento è (può essere) la *forma* con la quale un certo atto è eseguito (e si rende manifesto), allora quando si parla di un certo *testo* di legge (o di una sentenza, o di un provvedimento amministrativo), in realtà, *non* è vero che non si fa riferimento all'*atto* della legge; ci si riferisce, più semplicemente, a un *atto* che è stato però *eseguito documentalmente*, un atto iscritto, rappresentato in un documento. Ma se così è, allora non mi pare vi sia nulla di ingannevole nell'espressione 'atto normativo': e quindi nessuna riduzione concettuale tra atto e documento mi pare (teoreticamente) consentita.

2.2.2. Neppure mi pare corretta, anche se filosoficamente ancor più provocante, la tesi di Guastini per cui l'espressione 'atto normativo' sarebbe fuorviante in quanto l'esecuzione di tali atti avviene mediante l'esperimento di un *procedimento*.

Vero è che, in ordinamenti positivi con un certo grado di complessità (come il nostro), i tipi di atti che identificano i differenti livelli dello *Stufenbau* sono il risultato di una sequenza ordinata e coordinata di

concettuale, ossia come elaborazione di concetti per tematizzare e comprendere meglio i fenomeni giuridici considerati.

³⁰ Sul documento, la letteratura dogmatica è, almeno in Italia, sterminata. Sotto il profilo filosofico, invece, esso è divenuto oggetto di indagine solo in tempi relativamente recenti, soprattutto in seguito alle indagini compiute, in sede di ontologia sociale, da Barry Smith (cfr. ad esempio B. SMITH, *How to Do Things with Documents*, in *Rivista di estetica*, 50/2012, 179-198; *Document Acts*, in A. KONZELMANN-ZIV, H.B. SCHMID (eds.), *Institutions, Emotions and Group Agents*, Springer, Dordrecht, 2014, 19-31) e da Maurizio Ferraris (ad esempio M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma, 2009). Nell'ambito della filosofia del diritto, in Italia, la riflessione sul documento (quale categoria generale del diritto) è stata avviata da Andrea Rossetti (cfr. ad esempio A. ROSSETTI, *Ontologie del documento digitale*, in A. PINTORE e S. ZORZETTO (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Esi, Napoli, 2016): su tale scia, sia consentito rinviare anche a M.Q. SILVI, *Documenti e realtà giuridica*, cit.

precedenti atti, sono quindi l'atto finale di un *procedimento*. È anche vero, però, che, rispetto a ogni procedimento, l'atto costituisce l'unità "ontologica" di base: non v'è procedimento senza una pluralità di atti che lo compongono; il concetto di atto giuridico entra nel *definiens* del concetto di procedimento³¹. Inoltre, è anche vero, che ciascun atto può essere anche esaminato di per se stesso, senza fare quindi riferimento alla sua connessione sistematica con gli altri atti del procedimento: ad esempio, quando ci si interroga sulla "forza" che un certo atto ha nel sistema delle fonti, o sui suoi tratti contenutistici essenziali (in termini di limiti materiali cui è sottoposta la sua valida produzione), non ci si riferisce (necessariamente) al procedimento che conduce alla sua adozione (né a maggior ragione ci si riferisce al documento mediante il quale le sue occorrenze si presentano in concreto); ci si riferisce (ci si può riferire), semplicemente, a quel tipo di atto, *per se* considerato³².

Anche nella prospettiva del sistema delle fonti, quindi, in cui il concetto di procedimento può essere utile strumento di analisi, non v'è motivo per disfarsi del concetto di atto (o, peggio, di ridurre quest'ultimo al primo).

Tuttavia, l'osservazione di Guastini è filosoficamente provocante in quanto mostra bene il punto di osservazione sull'atto giuridico che caratterizza una prospettiva esogena: se scopo prioritario della ricerca è analizzare e comprendere come funziona il "meccanismo produttivo" del diritto positivo, allora, il concetto di procedimento riesce, meglio del concetto di atto, a dar conto di quell'aspetto specifico dei fenomeni osservati, aspetto che consiste, appunto, nella *connessione* che le norme

³¹ Cfr. ad esempio E. FAZZALARI, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.* XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 824: «Il procedimento si presenta, infine, come una serie di "atti", quali previsti e valutati da norme. [...]. Ovviamente, ciascuno degli atti *de quibus* è legato all'altro, in guisa di essere la conseguenza dell'atto che lo precede e il presupposto di quello che lo segue».

³² Ci si riferisce, quindi, al solo atto finale cui conduce la sequenza procedimentale, che è poi – come evidenzia ad esempio Fazzalari (*ivi*, 825) – il criterio con cui normalmente «viene individuato e, per così dire "nominato"» ogni procedimento.

sulla produzione instaurano tra una pluralità di atti che, nella loro complessiva dinamica sequenziale, conduce all'adozione dell'atto normativo (finale).

In altre parole, come correttamente evidenzia Guastini, nei vari livelli dello *Stufenbau* di un ordinamento positivo moderno, è difficile incontrare un atto normativo che si risolve in un solo atto linguistico (nella mera enunciazione di un enunciato da parte di un individuo dotato di autorità); si trovano sequenze di “*atti parziali*” (per dirla col lessico di Kelsen³³), posti in una connessione sistematica tra loro in quanto orientati all'adozione di un “*atto finale*”. Nella prospettiva del sistema delle fonti, quindi, l'interesse si concentra principalmente sull'*attività normativa nel suo complesso* in cui si concretizza ciascuno dei diversi livelli del medesimo sistema.

Un'importante conseguenza di tale approccio è che si restringe in tal modo anche l'ambito dei fenomeni rilevanti. A ben vedere, infatti, per la teoria dell'ordinamento giuridico, i singoli atti parziali, che entrano nella sequenza procedimentale orientata all'adozione dell'atto normativo finale, non hanno particolare interesse teorico: ad assumere rilievo è, al più, l'atto finale, se non piuttosto l'attività normativa nel suo complesso che si svolge in quel livello dello *Stufenbau*.

³³ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 201: «Quando una funzione è composta di più atti parziali – [il termine ‘funzione’ è qui evidentemente sinonimo di ‘attività’] – è necessario regolare il fondersi di questi atti nella loro risultante. Si parla, ad esempio di “processo” o di “procedimento” legislativo. [...] Una catena di atti giuridici porta dall'azione promossa dall'attore alla sentenza pronunciata dal primo tribunale, da questa alla sentenza della corte di ultima istanza, e da questa all'esecuzione della sanzione. Dal punto di vista della funzione giudiziaria, ciascuno di questi atti è soltanto un atto parziale incompleto».

3. Una teoria dell'atto dalla prospettiva endogena

3.1. Dalla teoria dell'ordinamento alla teoria dell'atto

L'esame svolto *sub 2* mostra come una prospettiva di analisi esogena sull'atto giuridico rischi di risultare parziale e limitata, rispetto all'esigenza di elaborare concetti che consentano di meglio tematizzare e comprendere il fenomeno degli atti giuridici, almeno degli atti di produzione normativa (atti costitutivi). Come visto, infatti, in una prospettiva esogena, l'atto è (solo) un *componente* dell'ordinamento giuridico, un ingranaggio del meccanismo produttivo di norme: esso ha una rilevanza non in sé, ma solo in quanto identifica, in modo sintetico, la (più complessa) attività normativa in cui si realizza ogni livello dello *Stufenbau*.

In tale prospettiva si comprendono e si giustificano i dubbi di Guastini sulla fecondità della stessa categoria di atto giuridico, che forse potrebbe essere più proficuamente sostituita quella di *procedimento*. Ma si comprende anche che la prospettiva esogena sull'atto giuridico è altro non è che la prospettiva propria della *teoria dell'ordinamento giuridico*.

Per la teoria dell'ordinamento, infatti, l'atto finale (legge, sentenza, contratto, decreto, atto della pubblica amministrazione) finisce solo per individuare in modo sintetico una catena procedimentale (fatta da una pluralità di atti parziali connessi tra loro) in cui si concretizza l'*attività normativa* che si svolge su uno dei vari livelli dello *Stufenbau*³⁴.

Così, quando la teoria dell'ordinamento si interessa del "contenuto" (tipico) di un tale atto (legge, sentenza, contratto, ecc.), lo fa per indagare le

³⁴ Emblematicamente, in un passaggio della sua teoria dello Stato, Kelsen (*ibidem*) suggestivamente sottolinea come «[l]a grande relatività della distinzione fra atto parziale e totale [...] si palesa qui chiaramente. Qualunque atto di qualsiasi organo può venire considerato come meramente parziale, dacché è soltanto grazie alla sua connessione sistematica con altri atti che esso attribuisce a quella funzione che solo merita il nome di funzione totale, e cioè la funzione totale dello Stato come ordinamento giuridico».

specificità che connotano un certo tipo di *potere* che si attua mediante un certo tipo di *attività normativa* (potere/attività legislativa, potere/attività giudiziaria, potere/attività negoziale, potere/attività amministrativa...). La prospettiva esogena *non* ha interesse (almeno non tanto³⁵), invece, per il contenuto *illocutivo* del singolo atto parziale o finale, per il fatto di essere, un tale singolo atto, ad esempio, un atto avente *sensu* di istanza, o di autorizzazione, o di giudizio, o di comando, o di rinuncia, ecc.

Pertanto, se si vuole indagare gli atti giuridici (costitutivi), considerando *anche* il loro contenuto illocutivo, allora può essere utile mutare l'angolo di osservazione sui fenomeni considerati, abbandonando la prospettiva esogena e assumendo quella che ho chiamato endogena.

La prospettiva endogena, infatti, mette in primo piano l'atto e lascia il sistema delle fonti (e più in generale l'ordinamento giuridico) sullo sfondo. Le relazioni che intercorrono tra atto e ordinamento (meglio, tra l'atto e le regole che l'ordinamento pone e che vertono sull'atto) sono ovviamente fondamentali, ma diventano *uno* dei problemi che la teoria dell'atto giuridico deve affrontare.

La prospettiva endogena si concentra sulle specifiche "modalità di funzionamento" del singolo atto giuridico, non dell'ordinamento: essa considera, insomma, l'atto giuridico di per sé, come *strumento d'azione*, o meglio di interazione, produttiva (estintiva, modificativa) di quei fatti istituzionali (giuridici) quali pretese, obblighi, responsabilità, diritti (soggettivi), qualifiche normative, ecc.

Come già detto, i fenomeni considerati da ambedue le prospettive (esogena ed endogena) sono sempre i medesimi: si tratta di atti costitutivi, ossia comportamenti linguistici intenzionalmente produttivi di fatti

³⁵ Un'interessante eccezione mi pare sia rappresentata dall'atto dell'abrogazione, cui ad esempio lo stesso Guastini (cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 296-325) dedica ampio spazio (parlando di "teoria dell'abrogazione"). Ma ciò in quanto l'abrogazione è un atto che ha una sua autonoma rilevanza per la teoria dell'ordinamento giuridico, in particolare rispetto alla sua dimensione diacronica (cfr. anche A.G. CONTE, *Minima deontica*, cit.).

istituzionali. Muta però l'angolo di osservazione, che non è più quello (esogeno) dell'ordinamento positivo e del suo sistema delle fonti di produzione, ma è quello (endogeno) della specifica interazione che l'atto costitutivo consente di realizzare all'interno dell'ordinamento positivo.

Credo così si comprenda meglio l'utilità del concetto di *ilocuzione* (e di forza illocutiva) cui ho fatto ricorso per chiarire lo specifico punto di osservazione della prospettiva endogena: essa si concentra sulle *funzioni comunicative tipiche* dei singoli (tipi di) atti giuridici costruiti all'interno di un ordinamento. Non interessa, dunque, l'atto come componente del meccanismo produttivo di norme dell'ordinamento, ma interessa l'atto come autonomo meccanismo di interazione giuridicamente rilevante all'interno dell'ordinamento³⁶.

3.2. *Struttura e funzione dell'atto giuridico*

L'assunzione di un tale angolo visuale ha, a mio avviso, alcune importanti ricadute in termini di percorsi di ricerca che essa dischiude.

³⁶ Non è un caso molte delle ricerche sugli atti giuridici, che possono collocarsi in tale seconda prospettiva teorica, risentono dell'influenza della teoria degli atti linguistici (*speech acts theory*): a mero titolo di esempio, oltre ai lavori già citati alla nota 7, cfr. H.L.A. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in *Proceedings of Aristotelian Society*, 49/1949-1950, 171-194; K. OLIVECRONA, *Legal Language and Reality*, in R.A. NEWMANN (ed.), *Essay in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, New York, 1962, 151-191; G. KALINOWSKI, *Les performatives en droit*, in G. DI BERNARDO (ed.), *Normative Structure of Social World*, Rodopi, Amsterdam, 1988, 205-221; P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Giuffrè, Milano, 1997; S. CASTIGNONE, *Atti giuridici performativi*, in G. LORINI (a cura di), *Atto giuridico*, Adriatica, Bari, 2002, 1-28; A. ROSSETTI e E. COLZANI, *Norme costitutive e atti normativi*, in Id (a cura di), *Mente, azione, normatività*, Ledizioni, Milano, 2014, 49-68; T. GAZZOLO, *La grammatica della promessa in Nietzsche. Atti performativi e soggettività*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 44/2014, 31-54.

Una prima ricaduta consiste nel fatto che, poiché la prospettiva endogena si focalizza sul *sensu illocutivo* specifico dell'atto, essa consente di approfondire non solo la dimensione *strutturale* dell'atto (la dimensione delle relazioni tra atto e regole dell'ordinamento), ma anche quella *funzionale*, ossia la dimensione degli scopi tipici in ragione dei quali le strutture dei vari tipi di atti giuridici sono predisposte dall'ordinamento positivo³⁷.

L'indagine sulle modalità di funzionamento dei singoli tipi di atti giuridici, infatti, certamente si può indirizzare sulle norme del diritto positivo che vertono, *almeno*: (i) sulle modalità di esecuzione dell'atto (nonché sulla sua esecuzione "difettosa"); (ii) sugli effetti che l'atto produce nell'ordinamento e per la tutela dei quali l'ordinamento predispone appositi istituti e rimedi (implicanti anche, in ultima analisi, l'uso organizzato della forza). Ma, come ha messo bene in evidenza ad esempio Antonio Incampo (1997a; 2014, 95-121), per la comprensione del *sensu* di un (tipo) di atto, l'esame della sua *struttura* non è, da sola, sufficiente; è necessario fare riferimento anche alla sua *funzione*, al suo scopo tipico: è la funzione, infatti, che mostra e consente di capire il concreto operare nel mondo dell'atto, della sua struttura³⁸.

³⁷ Ad esempio, Searle (cfr. J.R. SEARLE, *Per una tassonomia degli atti illocutori*, in M. SBISÀ (a cura di), *Gli atti linguistici*, Feltrinelli, Milano, 1987 (1975), 168-198) parla di scopi illocutori (*illocutory purposes*) per indicare, appunto, le funzioni comunicative tipiche degli atti linguistici, sulla base delle quali egli elabora la sua nota tassonomia. Nell'ambito della filosofia e della teoria del diritto, almeno in Italia, Antonio Incampo è lo studioso che ha maggiormente dedicato le sue ricerche alla funzione di entità giuridiche (e del diritto in generale): cfr. A. INCAMPO, *Pragmatica materiale a priori*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 74/1997, 605-634; *Atto e funzione*, Adriatica, Bari, 1997; *Validità funzionale di norme*, Cacucci, Bari 2001; *Fusioni giuridiche fondamentali*, in L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, 126-163; *Metafisica del processo*, Cacucci, Bari, 2012; *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2014.

³⁸ Riprendo, con qualche variante e adattamento, quanto scritto a proposito delle norme giuridiche da A. INCAMPO, *Validità funzionale di norme*, cit., 8: «La funzione sta sempre a

In secondo luogo, assumere una prospettiva di analisi endogena consente anche di concepire l'atto giuridico come una *forma tipica d'azione*, che l'ordinamento positivo predispone al fine di realizzare uno o più interessi ritenuti preferibili a discapito di altri. In particolare, le diverse strutture degli atti giuridici costruite dall'ordinamento positivo possono essere viste come *strumenti*, artefatti, "utensili", con cui (*soltanto*) è possibile realizzare un'interazione rilevante per il medesimo ordinamento (ciò indipendentemente dal fatto che tale interazione coinvolga solo soggetti "privati", o anche "soggetti pubblici", o autorità dello *Stufenbau*, o uomini della comunità in cui il diritto si innesta, o persone fittizie come istituzioni, organi, società, ecc.). Inoltre, è solo ricorrendo a tali forme tipiche che possono dispiegarsi, all'interno del medesimo diritto positivo, gli specifici effetti (costitutivi) dell'atto per la cui tutela (*soltanto*) l'ordinamento appronta appositi rimedi implicanti l'uso della forza.

Ma come avviene una tale costruzione degli strumenti d'azione che possono rilevare in un ordinamento positivo? Non mi interessa qui rispondere alla domanda; mi preme però mostrare che la dimensione funzionale cui sopra ho fatto cenno consente di prendere in considerazione anche gli *interessi* e gli *scopi* che vivono nel contesto sociale (extra-giuridico) in cui il diritto positivo si innesta.

In altre parole, la prospettiva endogena consente (forse richiede) di dare conto anche dei rapporti che possono instaurarsi tra la struttura giuridica dei singoli tipi di atti e le dinamiche degli interessi che, seppure si radichino e si collochino nel piano (*logicamente* precedente) della concreta comunità umana cui l'ordinamento positivo si riferisce, in qualche modo premono e condizionano la morfologia degli istituti di quell'ordinamento, tra cui anche le strutture dei singoli tipi di atti giuridici³⁹.

indicare il senso di apertura delle norme al mondo; essa è, in altre parole, l'operare delle norme nel mondo».

³⁹ Come ha osservato ad esempio L. BAGOLINI, *Assiologia e scienza del diritto*, in *Symposium sobre derecho natural y axiologia*, Centro de Estudios Filosófico-Unam,

A mero titolo di esempio, si considerino le norme che, nel nostro ordinamento, definiscono la struttura normativa della rinuncia all'eredità (artt. 519-257 c.c.). Esse rispondono a finalità diverse, volte a contemperare una pluralità di interessi che, principalmente (e intuitivamente), emergono in connessione a ciò a cui si rinuncia, ossia all'eredità: si tratta, almeno, (i) degli interessi dei creditori del chiamato all'eredità, cui risponde ad esempio la forma solenne (richiesta *ex art.* 519) o la facoltà di impugnazione (*ex art.* 525); (ii) degli interessi dei potenziali soggetti che verrebbero ad arricchirsi per effetto della rinuncia (cfr. artt. 522-523); (iii) e degli interessi dello stesso chiamato all'eredità a operare una scelta consapevole (art. 519). Tali interessi, e la loro dinamica conflittuale, non emergono solo in sede di *costruzione* della dell'istituto, ma anche (ancor più) in sede di *applicazione* (e di interpretazione) delle norme che lo definiscono, in cui viene in gioco l'*evoluzione* di tale dinamica conflittuale, assumendo il ruolo (in accordo con Alf Ross) di uno dei *fattori pragmatici* che condizioneranno le scelte del giudice nella soluzione del caso concreto⁴⁰.

Mexico, 1963, 30 (sebbene da prospettiva metodologia parzialmente diversa) «[n]el significato di un concetto giuridico sono infatti implicate [...] le finalità di chi lo usa e di chi lo propone. Ma queste finalità pratiche non sono per l'appunto concepibili come puri fini assolutamente particolari e arbitrari proprio in quanto sono collegate al contesto culturale di fini, di interessi e di valori al quale appartengono e dal quale, per così dire, emergono».

⁴⁰ Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965 (1956), 137-148. In particolare, secondo Ross (*ivi*, 137), i fattori pragmatici dell'interpretazione «consistono in considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del risultato [di una norma o di un istituto], giudicato [tale risultato] in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte». Si tratta, in altre parole, di fattori che, a vario titolo condizionano in modo necessario le modalità con cui il diritto è *usato* dagli uomini che vi fanno ricorso: «Il diritto – commenta ad esempio Ross (*ivi*, 87) – è legato al linguaggio come mezzo per comunicare significati, e il significato che è connesso alle parole del diritto è condizionato per mille vie da taciti presupposto sotto forme di credenze e di pregiudizi, di aspirazioni, modelli di comportamento e valutazioni, esistenti nella tradizione culturale che è comune al legislatore e al giudice» (sul punto, sia consentito rinviare anche a Silvi 2018b e a Silvi 2020, 213-214). Cfr. anche Bagolini 1963, 30 il quale (sebbene da prospettiva metodologia

Non è mio interesse, qui, costruire una teoria dell'atto giuridico improntata a una prospettiva endogena: mi interessa solo evidenziare, a livello metateorico, gli aspetti che caratterizzano una tale prospettiva di analisi e le possibilità di ricerca che essa dischiude.

Si tratta, e spero di averlo dimostrato, di aspetti e possibilità che rendono preferibile assume, nell'indagine dei fenomeni che sono gli atti giuridici, la prospettiva di analisi endogena, invece di quella esogena; ciò, ovviamente, qualora vi sia interesse a coltivare una filosofia dell'atto giuridico.

parzialmente diversa) osserva che «[n]el significato di un concetto giuridico sono infatti implicate [...] le finalità di chi lo usa e di chi lo propone. Ma queste finalità pratiche non sono per l'appunto concepibili come puri fini assolutamente particolari e arbitrari proprio in quanto sono collegate al contesto culturale di fini, di interessi e di valori al quale appartengono e dal quale, per così dire, emergono».



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MUSTAFA YASAN

The Administration of Justice in Turkey: The Role of the Lawyers

ABSTRACT – In this article, at first, I will make general explanations about the administration of the Turkish Judicial system and the relevant subjects. Secondly, I want to point out the role of the lawyers among these subjects in this system.

KEYWORDS – Turkish Judicial system, Faculty of law, Lawyers, Legal Professions.

**The Administration of Justice in Turkey:
The Role of the Lawyers****

CONTENTS: *1. Introduction - 2. A Brief Information About the History of the Turkish Law System - 3. The Principles of the Turkish Judicial System - 4. The Administration of Judges and Prosecutors in Turkish Law - 5. The Role of the Lawyers (Advocates, Attorneys) in Turkish Law - 5.1. Requirements for Being Lawyer (Advocate, Attorney) - 5.2. The Professional Organisation of the Lawyers - 5.3. The Relationship Between Lawyers and Other Legal Professions - 5.4. Statistics Related to the Legal Professionals - 6. Conclusion.*

1. Introduction

After the establishment of the Turkish Republic in 1923, the Turkish legal system underwent a very important transformation thanks to secularism. In addition to this step, Turkey has faced other major law codification efforts to make its system compatible with the European Union, thanks to the agenda of EU membership which has been expected for more than 50 years. As of today, there are four different types of proceedings in Turkey. These are constitutional judiciary, administrative judiciary, judicial judiciary and dispute judiciary. Judges and prosecutors in these judicial systems have different duties and powers. On the other hand, they are in the same organization in administrative terms. This leads to drawbacks in terms of the independence of the judiciary. Lawyers have an indispensable position within the Turkish judicial system. Significant changes have been planned with the Judicial Reform Strategy Document, which was accepted as a road map by the political will regarding the entry into the profession of

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

** The article was peer-reviewed.

law, which was regulated by a special code (Advocacy Act). In this article, at first, I will make general explanations about the administration of the Turkish Judicial system and the relevant subjects. Secondly, I want to point out the role of the lawyers among these subjects in this system.

2. A Brief Information About the History of the Turkish Law System

Modernization movements which can be mentioned as westernization in Turkish Law started in the first half of the 19th century. Kanunnamei Ticaret (Code of Commerce) of 1850 was the first commercial code and consisted of the exact translation of the French Code de Commerce of 1807. Besides, Mecelle came into force in 1877 as the first Civil Code.¹ Mecelle, prepared by the commission headed by the Minister of Justice of the period, Ahmet Cevdet Pasha, was an original code unlike the other important codifications and is still considered as a remarkable workshop for law historians even today.² In 1876, Kanuni Esasi was adopted as the first constitution in terms of contemporary requirements³. However, in Turkey, the real meaning of the codification efforts of the reforms for modernisation was carried out after the Republic of Turkey was founded in 1923. During this period, the legal system was secularized, the continental European legal system was adopted in both private and public law disciplines and codification movements were inspired by contemporary European laws. For example, the Civil Code (1926), the Code of Obligations (1926) and the Commercial Code (1926) were inspired by Swiss law, the Criminal Code

¹ Mecelle was prepared by a commission headed by Ahmet Cevdet Pasha, a lawyer and historian during the Ottoman Empire.

² O. ÖZTÜRK, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İstanbul, 2019, 21.

³ Kanuni Esasi was a result of the constitutional efforts that started in 1807 by Senedi İttifak. Thanks to Kanuni Esasi, the governance of the Empire was transformed into constitutional monarchy from autocracy.

(1926) was inspired by Italian criminal law, the Code of Administrative Judiciary (1982) was inspired by French law and the Code of Civil Procedure (1927) was inspired by German law. For all these reformations, the first minister of justice Mahmut Esat Bozkurt's contribution and leadership should be underlined.⁴

Various amendments have been made to these legislations over time. However, the most significant and effective step of these amendments and renewal efforts took place in Turkey just after Turkey had gained the European Union candidate country status in 1999. Turkey got the European Union candidate country status in the Helsinki Summit in 1999. This Summit was a very important turning point in EU and Turkey relations which started in 1959. By this summit, Turkey undertook to harmonize its legal system with the European Union legislation. The first concrete result of this was the abolition of death penalty, which had not been implemented since 1984, by a constitutional amendment in 1999.⁵ In order to harmonize with the European Union legislation, the political authorities preferred to amend the legal system in full instead of making changes in the legislation. For this reason, renovation efforts were carried out in the basic and major codes in addition to the specific ones. The New Turkish Civil Code⁶ (No. 4721) entered in to force in 2002, the New Turkish Penal Code⁷ (No. 5237) in 2005, the New Civil Procedure Code⁸ (No. 6100) in 2011, the New Turkish Code of Obligations⁹ (No. 6098) and the new Turkish Code of Commerce¹⁰ (No. 6102) in 2012. To put it briefly, after graduating from Ankara University Faculty of Law in 1996, I had to re-learn and study all the basic

⁴ E. BOZKURT, *Bozkurt Lotus Davası*, Ankara, 2012.

⁵ For more detailed information, M. A. ÖZER, *Avrupa Birliğine Tam Üyeliğin Eşinde Türkiye*, in *The Journal of Management and Economics*, 16, 1/2009, 89–105.

⁶ Official Gazette Date: 08.12.2001, No: 24607.

⁷ Official Gazette Date: 12.10.2004, No: 25611.

⁸ Official Gazette Date: 04.02.2011, No: 27836.

⁹ Official Gazette Date: 04.02.2011, No: 27836.

¹⁰ Official Gazette Date: 14.02.2011, No: 27846.

codes that I had already learned during my studentship years. Some of the codification efforts in these basic codes were successful as the means of reformation. Unfortunately, in some, stability has not been achieved. As an example, after the Turkish Penal Code was enacted in 2004, it had to be amended again fully although it had come in to force in 2005. Another example of the failure is the Turkish Code of Commerce (TCC). TCC emerged as a worse codification effort. As a matter of fact, after the publication of the TCC in the Official Gazette in 2011, it had been amended two times even before it entered into force in 2012 and nearly one hundred articles were amended. After its entry into force, the TCC has been subject to amendments sixteen times within seven years. As a commercial lawyer, I must admit that this situation is an absolute failure and disappointment for the codification of TCC.¹¹

3. The Principles of the Turkish Judicial System

There are 4 judicial sections in the Turkish judicial system. These are the Constitutional Judiciary, Judicial Judiciary, Administrative Judiciary and Conflicts Judiciary.¹² The Constitutional Court is the authorized judiciary organ in the Constitutional Judiciary. It is located in the capital city of Turkey, Ankara. The Court consists of a 15-member judicial committee. Twelve of these members are appointed by the President. Three of them are elected by the Turkish Grand National Assembly. This structure of the court results in serious question marks related to the independence and reliability of the constitutional judiciary. The reason for these question marks is that the constitutional court members are elected by the president, who is the head of the executive body. In addition to that, the risk is that the

¹¹ M. BAHTIYAR, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2019, 10; M. YASAN, *Ticaret Hukuku I*, Sakarya, 2020, 11.

¹² H. KALABALIK, *Temel Hukuk Bilgisi*, Ankara, 2019, 451.

priority of qualification can be ignored in case the presidency uses its authority for the election.

The Constitutional Court has the duty to supervise the constitutionality of codes, decrees and statutes. In addition to this traditional fundamental task, the Constitutional Court also functions as a high council for judging a number of specific officials on specific crimes. The closure of political parties and the financial control of political parties are among the other duties of the Constitutional Court. Another task of the Constitutional Court is to examine individual applications based on alleged violations of the right to a fair trial.

Judicial judiciary consists of a three-stage structure. The first instance courts are divided into two groups: civil and criminal courts. The courts of appeal are the second instance judicial judiciary body. The Supreme Court (Yargıtay) which is in the capital city serves as the appellate court. There is a similar structure in administrative jurisdiction. The first instance administrative courts are general administrative courts and tax courts. The courts of appeal of the administrative courts are the second instance judiciary organ of administrative judiciary. The high court (Danıştay) in administrative jurisdiction is the Council of State in Ankara. This Council functions as both jurisdiction and consultancy. The dispute judiciary consists of the Dispute Court. The Dispute Court resolves the disputes between authorities and judgments of the courts of different jurisdictions within the judicial organization.¹³

4. The Administration of Judges and Prosecutors in Turkish Law

In Turkey, judges and prosecutors have separated powers but on the other hand, the judicature and the prosecutor are situated in the same

¹³ *Ibidem*, 465.

organization in the administrative sense. The entrance exam to the profession is titled as judgeship and prosecution exam. Internship, which is required to be completed after passing the exam, is called judgeship and prosecution internship. Judges and prosecutors can get informed that they will serve as judges or prosecutors only after the internship is completed. This administrative structure is strongly criticized by the professional and academic platforms.¹⁴ According to these critics, it is inconvenient for judges and prosecutors to be in the same administrative organization in terms of judicial independence and impartiality of the judges. But unfortunately, there has not been any attempt in changing it yet. Even the judicial reform strategy document which has been accepted as a road map by the Government does not contain any improvements in this issue. Another point which is much criticised is the structure of the professional organization of judges and prosecutors. The professional organization to which judges and prosecutors are affiliated is the Council of Judges and Prosecutors. The chairman of the board is the Minister of Justice. As a representative of the political power, the minister's having such a significant role is also criticized by the academic environments. Candidates accepted to the professions of judges and prosecutors are determined by the Board of Judges and Prosecutors. The presence of the Minister of Justice as chairman in this board and the appointment of the members of the board by the President, who is the head of the executive, can also be considered as a violation of the principle of separation of powers that became valid in the Constitution.¹⁵ This distorted structure of the professional organisation causes an unignorable handicap for Turkey's path to the European Union membership.

¹⁴ For a detailed study, K. T. ÇALIŞIR, *Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı*, Ankara, 2016.

¹⁵ Y. OĞURLU, B. GÜRPINAR, *Introduction to Turkish Law*, İstanbul, 2010, 68.

5. *The Role of the Lawyers (Advocates, Attorneys) in Turkish Law*

In the Turkish legal system, the provisions related to lawyers are contained in both the Civil Procedure Code (No. 6100) and Code of Criminal Procedure¹⁶ (No. 5271). In addition to these, there is a special code which is specific to the lawyers in Turkish law. Lawyers' Code¹⁷ (Legal Practitioners' Act) came into force in 1969, numbered as 1136. Lawyers have been recognized as one of the indispensable elements of the proceedings in Turkish law. In criminal proceedings, defence with support of lawyers has been accepted as a necessity in cases related to certain crimes. Again, during the criminal investigation and prosecution phase, it is regulated as a legal obligation to take the statements of the suspects with the representation of a lawyer. However, in judicial proceedings, there is no obligation to be represented by a lawyer.

5.1. *Requirements for Being Lawyer (Advocate, Attorney)*

In Turkish Law, the primary and first legal requirement of the law profession (advocacy) is to be graduated from a faculty of law. As of October 2019, Turkey has seventy-nine faculties of law. Thirty-seven of these faculties are in public universities and forty-two of them are in private universities.¹⁸ This number is really high, especially compared to countries which follow traditional and institutionalised law education such as Germany, France and Italy.¹⁹ In fact, the quality of education did not follow a parallel course with the increase in the number of faculties. Considering

¹⁶ Official Gazette Date: 17.12.2004, No: 25673.

¹⁷ Official Gazette Date: 07.04.1969, No: 13168.

¹⁸ <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/baglantilar/diger-hukuk-fakulteleri-1665s.html>

¹⁹ R. KARASU, *Türkiye ve Almanya'da Hukuk Eğitimi Diplomaların Denkliği*, in *Gazi University Journal of Law Faculty*, 20, 1/2016, 3–26.

the total number of law faculties was just six when I started at Ankara University Faculty of Law as a student in 1992, the recent number of law faculties is conspicuous, which is criticized by all sectors of law professions.²⁰ Unfortunately, the current situation leads to a decrease in the quality of education in law faculties for the populist approaches. Political will has considered the law faculties as an election investment card, so many law faculties have been established in a short time. Turkish Higher Education Council (YOK) has not reacted to this attitude. Instead, YOK has ignored academic and scientific priorities. Adequate academics in terms of both quality and quantity could not be employed in the newly established law faculties.²¹ The increase in the number of law faculties in private universities has led academics to leave public universities because of the financial expectations. The number of professors is insufficient and because of this, in law faculties of some public universities the courses have to be conducted by research assistants. Unfortunately, this deficiency is such that it cannot be eliminated in a short time. On the other hand, the most important problem of law faculties in private universities is low standards in terms of scoring in student selection. Lack of library services and not being tied to the European Union accreditation system yet are other reasons for the handicaps in terms of the quality of education in law faculties in particular in public universities.

After graduating from the faculty of law, a one-year internship must be completed in order to practice law as a lawyer. The first six months of this 1-year internship are trained in the courts and prosecutor offices and the second six months in a law office under the supervision of a 10-year experienced lawyer. Upon completion of the internship, a lawyer license is

²⁰ K. GÖZLER, *Akademik Değersizleşmesi Üzerine*, <http://www.anayasa.gen.tr/degersizlesme.htm>, 02.04.2020.

²¹ K. GÖZLER, *Hukukçu Olmayan Hukuk Dekanları, Türkiye’de Bazı Hukuk Fakültelerine Hukukçu Olmayan Dekan Atanması Hakkında Eleştiriler*, <http://www.anayasa.gen.tr/dekanlar.htm>, 04.04.2020.

obtained and the title of a lawyer is acquired. In contrary to the British system, there is no rating or classification method of solicitor and barrister among lawyers. In other words, a person who gains the title of lawyer (attorney, advocate) can work with the attorney robe at the Supreme Court even the following day of being licenced. Unfortunately, at present, there is no requirement for a bar or advocacy exam to start or complete the internship. On the other hand, at the end of the internship bar are allowed to organise an oral exam which is considered only as a procedural step. In the 2000s, the advocacy (attorneyship) exam was enacted but the provision was annulled by the Constitutional Court. This has been criticized for many years. Thereupon, an exam condition was elaborated in order to start a legal internship in the Judicial Reform Strategy Program.²² As of 31 October 2019, the Entrance to Legal Profession Exam entered into force as a condition of qualification exam in order to start the internship of the lawyer profession. Unfortunately, this test requirement has been accepted for graduates of the law faculties starting from 2020. In other words, the qualification exam will be applied for the graduates after five years as the first time, of course, unless another populist approach is followed and the exam condition is repealed by that date.

5.2. The Professional Organisation of the Lawyers

The professional organisation structure of the lawyers has two levels. On top, the Union of Turkey Bar Associations exists.²³ The Union has a legal personality and it is legally accepted as a public institution. The Union of Turkey Bar Associations is a supreme body. As a matter of fact, Bar Associations have been established in each provincial centre and Bar Associations are also professional organizations having a legal personality

²² http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/pdf/YRS_TR.pdf

²³ <https://www.barobirlik.org.tr/en>

as public institutions. Lawyers are required to be registered in bar associations. Otherwise, they cannot exercise the rights and powers conferred by the title of lawyer. The lawyers of the state institutions which have the status of civil servants are the exception to this rule. Although these lawyers have all the rights and powers of the lawyer title, they do not have to register to the Bar Associations.

5.3. The Relationship Between Lawyers and Other Legal Professions

Lawyers can also act as mediators in civil law disputes. Mediation can be performed after the pre-training and examination requirements are met, provided that you are a lawyer (graduate of a law faculty) with five years of professional experience. Lawyers can work as conciliators for criminal law disputes too. The requirements are similar, such as getting a pre-training course and succeeding in the central exam. However, unlike mediators, conciliators do not need to be lawyers. Graduates of a faculty other than law faculty may be conciliators, too, as long as they provide that they meet the extra requirement as succeeding in certain law courses during their bachelor studies. Lawyers may get licenced as notary, too. But for practising as a notary, lawyers should give up their law practising as a profession. In other words, advocacy and notary are not professions that can be carried out simultaneously. Attorneys can also take the Judges and Prosecutors' exams provided that they have five years of professional experience. The lawyers who meet this experience requirement can start the internship after succeeding central and oral examinations. Another profession related to advocacy is an academic position. In Turkey, the academicians who have associate professorship and full professorship title in law faculties can act as professional lawyers, too. In other words, advocacy (attorneyship) and

academic professions can be performed simultaneously by academicians who have at least associate professorship titles in law faculties.

5.4. Statistics Related to the Legal Professionals

Currently in Turkey, as of October 2019, the number of active lawyers is 116,779.²⁴ 65,423 of the lawyers are male and 51,356 are female. There are 14,131 judges and 6,588 prosecutors. Approximately 65% of judges and prosecutors are male and 35% are female.²⁵ The number of notaries is around 1,900.²⁶ However, the number of students in law faculties is over 90,000. This situation causes the graduates of law faculties to turn to occupations other than lawyers, judges, prosecutors and academicians.²⁷ As a matter of fact, with the Judicial Reform Strategy Program, it is aimed to employ a certain proportion of law school graduates as chiefs in the Police Organization.²⁸

6. Conclusion

In comparison to the previous decades, the professional situation of lawyers raises many question marks in the mind. Especially for the new graduates, these question marks are deeper and stronger in economic aspects. Decreasing the number of law faculties, closure or restriction of the

²⁴ <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/avukat-sayilari-31122018-80448>

²⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a062014e-6b7b-4ff7-bc47-4ba6a4478b6b.pdf>

²⁶ <https://www.sabah.com.tr/gundem/2018/05/25/binlerce-kisi-bunu-bekliyordu-noter-olabilmek-icin>

²⁷ U. AKTAR, *Türkiye’de Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleği*, <http://blog.milliyet.com.tr/turkiye-de-hukuk-egitimi-ve-avukatlik-meslegi/Blog/?BlogNo=594613>, 19.09.2018.

²⁸ http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/pdf/YRS_TR.pdf

n. 1/2020

law faculties in private universities or decreasing the capacity of newcomer students in law faculties may be considered as suggestions. On the other hand, advocacy could be organized as a profession which can be performed only by professional and instructional law firms too. But in my opinion, all these solutions would have just temporary effects. For a permanent and long-term resolution, the political power and the governmental administrative body of law professions must give up acting under the effect of populist approaches as first. Secondly, the problems related to law professions must be evaluated by scientific priorities. Finally, it is certain that universal law principles such as the rule of law, the hierarchy of norms, the independency of law, the presumption of innocence and the separation of powers must be provided in the highest level.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ANNAMARIA ABBRUZZESE

La rinuncia alla proprietà immobiliare: tra funzione sociale e meritevolezza degli interessi. Spunti per una riflessione comparata

ABSTRACT – Property, a real right for excellence, has undergone several conceptual transformations over time: from being decomposed, absolute and individualistic, it has taken on a solidarity and social connotation with the advent of the Constitution and its formal reference to the 'social function', thus introducing limits to the right of property, through the failure to assign certain faculties, or by imposing the obligation to exercise them as an evaluation conducted in the light of the principles and founding values of the legal system. In relation to the aforementioned limitations, also the renunciation of the right of ownership must take into account the obligations that weigh on the owner, the relational dynamics that characterize the property, as well as the merit of the related dismissal negotiation activity: a “controlled renunciation”, therefore, similarly to the German legal system where the waiver is subject to a “judgment of convenience”, which takes into due consideration the founding principles of the legal system, the interest of the community, the social function, as well as the absence of negative externalities towards third parties, functional to overcome legal concepts and categories in the light of the concrete interests involved.

KEYWORDS – property right - renunciation - controlled renunciation - social function - Constitution - comparative law

**La rinuncia alla proprietà immobiliare: tra funzione sociale e
meritevolezza degli interessi. Spunti per una riflessione
comparata****

SOMMARIO: 1. *Premesse introduttive e piano dell'indagine* – 2. *Dalla proprietà assoluta alla proprietà conformata* – 3. *La rinuncia alla proprietà: tra funzione sociale e potere di disposizione* – 4. *Rinuncia alla proprietà e meritevolezza degli interessi: verso una rinuncia 'controllata'* – 5. *La rinuncia alla proprietà nell'esperienza tedesca* – 6. *Conclusioni di sintesi.*

1. Premesse introduttive e piano dell'indagine

La proprietà, diritto reale per eccellenza, più di ogni altro storicamente relativo¹, è un istituto cardine del diritto civile, capace di influenzare l'organizzazione politica, economica e sociale di uno Stato²; essa rappresenta la misura di ogni rapporto, di ogni diritto (in particolare di libertà) e di ogni comportamento, il calcolo per modellare la stessa nozione generale del diritto soggettivo, adatta a organizzare e a comprendere la

* Professore a contratto in Diritto privato comparato e assegnista di ricerca, Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Si tratta di una categoria giuridica che è immersa nel divenire dell'evoluzione, incessante e costante, tra continuo e discontinuo, dell'ordinamento giuridico: cfr. S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in Id., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 79 ss.

² Cfr. F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, in www.dirittifondamentali.it, 3.

complessità dei rapporti privatistici³.

Nel corso del tempo la proprietà ha subito diverse trasformazioni concettuali: scomposta (durante l'età medievale), assoluta e individualista (nell'età moderna), ha assunto, più recentemente, un connotato solidaristico e sociale con l'avvento della Costituzione ed il suo riferimento formale alla 'funzione sociale', mercé la quale si sono introdotti limiti al diritto di proprietà. Per la verità si è proceduto con una vera conformazione dall'interno del suo esercizio, mediante la mancata attribuzione di determinate facoltà⁴ ovvero imponendo l'obbligo di esercitarle⁵ alla stregua di un apprezzamento condotto alla luce dei principi e dei valori fondanti del sistema ordinamentale⁶, determinando così una irreparabile e definitiva frattura con il concetto di proprietà liberale nata dalla Rivoluzione francese.

In ragione delle limitazioni impresse dalla 'funzionalizzazione sociale' della proprietà, occorre verificare se tra i poteri riconosciuti in capo al proprietario (i quali hanno subito un'altrettanta limitazione), possa rientrarvi anche la 'rinunzia' a detto diritto dominicale, o se al contrario, esso si ponga in contrasto con i valori costituzionali e i principi generali.

Con il presente contributo, si intende dunque affrontare la

³ Cfr. U. MATTEI, (voce) *La proprietà* in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, 456.

⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, ora in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e beni comuni*, Giuffrè, Milano, 1981, 239; ID., *Il sistema costituzionale della proprietà*, in ID., *Il terribile diritto*, cit., 420; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, cit., 896; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1971, 69 ss.

⁵ Incidendo in tal modo sull'asserita piena libertà di azione che tradizionalmente si accorda al proprietario.

⁶ Cfr. R. FRANCO, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 12.

questione relativa alla legittimità della rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare; a tal fine, dopo una breve disamina del concetto di proprietà dal *Code civil* all'avvento della Costituzione, verrà esaminata la 'funzione sociale' introdotta dalla Costituzione repubblicana che ha dato luogo alla proprietà conformata, unitamente ai limiti che essa ha imposto al diritto soggettivo onde verificare se (l'eventuale) 'rinunzia' a suddetta categoria ordinante risulti compatibile (o meno) con il nostro sistema giuridico, tenuto conto degli obblighi che gravano sul proprietario, della dinamica relazionale che caratterizza la proprietà e soprattutto della meritevolezza della relativa attività negoziale dismissiva⁷.

Il tutto sarà sviluppato secondo una prospettiva comparatistica, beneficiando in particolare, di alcuni elementi di valutazione sovvenienti dall'ordinamento tedesco, del quale ne verranno analizzati i caratteri salienti.

2. Dalla proprietà assoluta alla proprietà conformata

La Rivoluzione francese, come è noto, si è consumata - quasi integralmente - intorno alla questione fondiaria: l'obiettivo era liberare la proprietà dalla struttura feudale dell'*Ancien Régime*. Da quel momento in poi il concetto di proprietà è stato associato a quello di libertà e il binomio 'proprietà-libertà' è diventato un luogo comune⁸. Ciò non perché la proprietà fosse 'un derivato del diritto di libertà', quanto perché il suo contenuto era stato riformato attraverso le idee di libertà e di eguaglianza⁹.

⁷ Cfr. R. FRANCO, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 12 ss.

⁸ Cfr. U. MATTEI, (voce) *La proprietà* in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, cit., 453.

⁹ Cfr. U. MATTEI, *Senza proprietà non c'è libertà. Falso*, Roma-Bari, 2014, *passim*, ove a p. 78 si conclude che «solo l'essere, e non l'avere, può misurare la libertà». Sul punto si veda

È dunque con il *code civil*, che nasce il moderno concetto di proprietà individuale, pervenendo al suo definitivo perfezionamento in senso borghese con la pandettistica tedesca, trasfusa nella dottrina italiana ufficiale tra Ottocento e Novecento¹⁰. Un punto di arrivo, una grande e faticosa conquista tesa a superare definitivamente la proprietà scomposta medievale, identificata come il principale ostacolo per lo sviluppo economico e sociale¹¹.

Paradigmatico di tale impostazione è l'art. 544 del *code civil*

anche V. SCALISI, *Il nuovo volto della proprietà da "potere" a "titolo" di godimento*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2005, 489 ss.

¹⁰ Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, (già diretto da) A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni), (continuato da) P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1 ss. Al riguardo si veda anche F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, VII ed., Jovene, Napoli, 1917, 212, ove l'autore, nel collegare in una visione assai influenzata dalla pandettistica tedesca la libertà e la proprietà, afferma: «La proprietà adunque è l'assoggettamento della cosa alla signoria del volere per farla servire agli scopi umani, e costituisce l'esterna sfera, dentro la quale l'uomo, come libero volere, opera, e trova le condizioni materiali per la sua vita e pel suo fisico svolgimento. Senza di questo lo stesso svolgimento morale è impossibile. Se la libertà è ciò che dà all'uomo di carattere di persona, l'uomo, assoggettando le cose, connettendole con un vincolo fisico ed etico alla sua persona, impronta su di esse la propria personalità. Tutto ciò che si fonda sull'umana natura debba essere garantito, ed a *garantia* del mio o del tuo è il diritto di proprietà. L'incorporamento della cosa alla mia persona, per cui essa diventa mia, è l'effetto d'un atto del mio volere: la cosa mia è assoggettata completamente alla mia signoria. Questo è il logico e reale processo della proprietà».

¹¹ Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, in *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers dedicate alla memoria di Jean Bouchard, Roma 13-14 giugno 2014*, L. Vacca (a cura di), Napoli, Jovene, 2015, 37; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., 32; Sul codice civile francese si veda anche: A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

¹²: «*la propriété est le droit de jour et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*», che denota l'ispirazione pienamente individualistica¹³ dell'istituto che si imporrà nel mondo (sino all'arrivo della Costituzione), come un diritto assoluto¹⁴.

Anche in Italia il codice civile post-unitario, risentendo degli influssi derivanti dalla codificazione di matrice napoleonica, offriva una nozione di diritto dominicale spiccatamente liberale, privilegiando un'accezione del diritto di proprietà rivolta al soddisfacimento delle istanze provenienti dalla classe borghese, la quale rivendicava un diritto assoluto e quindi tendenzialmente privo di limiti.

Suddetta impostazione di concetto venne a modificarsi, decretando una frattura irreversibile con il *code civil*, con l'ingresso della Costituzione, la quale, attraverso il riferimento alla 'funzione sociale' della

¹² Paolo Grossi definisce detto articolo come il "maledetto", ritenendolo la fonte di un errore colossale, essendo stato interpretato in senso individualistico, isolandolo dal contesto in cui era nato e dalle norme che lo circondavano e lo limitavano: cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 2017. Si veda sul punto anche F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., 31-32; S. RODOTÀ, *Note intorno all'art. 544 del Code civil*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Giuffrè, Milano, 1969, ora in *Il terribile diritto*, cit., 75.

¹³ Come afferma Marcel Waline, autore del noto studio su *L'individualisme et le droit*: «*on ne concoit donc, à l'époque du Code, de propriété qu'individuelle...ce caractère individuel exclusif de la propriété prend tout sa valeur, tout son relief lorsqu'on l'oppose au régime antérieur de la propriété: au régime féodal d'abord, qui se caractérise par la multiplicité des tenures qui venaient compliquer dans chaque cas d'espèce la détermination des différentes personnes pouvant faire valoir des droits sur un même bien*»: cfr. M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1949, 334; P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., 37.

¹⁴ Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, 37; S. RODOTÀ, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, in ID., *Il terribile diritto*, cit., 61 ss.

proprietà¹⁵, ha introdotto limiti (negativi ed esterni) al predetto diritto¹⁶. D'ora in avanti non si parlerà più di un diritto privato assoluto e illimitato, bensì di un diritto dominicale che assolve ad un fine socialmente utile, teso a tutelare, nell'ambito di un'interpretazione sistematica, l'interesse generale e non solo la piena estrinsecazione dell'individuo che ne è titolare, nella cui formula il legislatore ha già stabilito i limiti e gli obblighi, di guisa che l'inadempimento di questi obblighi così come la violazione di questi limiti, non sono fattispecie estranee all'esistenza del diritto¹⁷.

In relazione a siffatte limitazioni, occorre precisare che, sebbene le astratte e rigide certezze della proprietà quale dominio quiritario¹⁸ privo di limiti, erano già state messe in discussione da qualche 'solitario innovatore'¹⁹ nel primo ventennio del secolo scorso, in realtà è solo

¹⁵ In tal modo si abbandona il concetto di godimento *pro sé*, in favore di un concetto di carattere sociale: così A. C. JEMOLO, *Intervento*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1954, 230; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 18.

¹⁶ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 17.

¹⁷ La funzione sociale è l'armonia che si compie "tra il concreto interesse privato costituente l'oggetto della protezione, e quindi il contenuto del diritto, e l'interesse pubblico che sta alla base della protezione stessa", che contribuisce ad individuare "l'interno limite naturale o razionale che definisce il diritto di proprietà": cfr. S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse private nel diritto di proprietà* (già in *Atti del primo Congresso nazionale di Diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935, ora) in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2008, 843 ss.; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 19.

¹⁸ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 18.

¹⁹ Così piace individuare Enrico Finzi a P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, nella *Introduzione* al volume che raccoglie gli scritti di E. FINZI, "L'officina delle cose", *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 2013, V ss.; E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, (già in *Arch. giur.*, 1923, ora) in ID., "L'officina delle cose", cit., 21.

con la costituzionalizzazione della funzione sociale che quest'ultima diviene un tratto specificativo e qualificativo della struttura del dritto di proprietà²⁰: d'ora in poi 'la funzione sociale', non sarà più un semplice limite o una generica formula di stile, ma un 'valore conformatore autonomamente operante' che penetra il *quid essentiae* del diritto di proprietà²¹, sì che essa si svolgerà indipendentemente dall'esistenza di limiti ed obblighi normativamente previsti e preesistenti, perché anche là dove mancasse il dato normativo, interverrà la funzione sociale, divenendo immediatamente operante e rendendo applicabili i principi ed i valori sui quali si fonda l'intero ordinamento giuridico che si concretano nella predicata formula²². Attraverso la Costituzione la funzione sociale diviene al contempo "fondamento giustificativo dell'attribuzione del diritto di proprietà" e "criterio determinativo del suo contenuto"²³ e potrà esprimersi, non solo attraverso la 'mancata attribuzione di determinate facoltà'²⁴, ma anche 'imponendo l'obbligo di esercitarle'²⁵, alla stregua di un apprezzamento condotto alla luce ed in armonia dei valori e principi fondanti l'ordinamento giuridico²⁶. In siffatta maniera l'autonomia del proprietario e dunque, la formale pienezza dei suoi poteri, verrà conformata, nel suo concreto

²⁰ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 21 ss.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*; E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., 23.

²³ Cfr. P. PERLINGIERI, «Funzione sociale» della proprietà e sua attualità, in Salvatore Pugliatti, nella collana "I maestri del diritto civile", (a cura di) S. CICCARELLO, A. GORASSINI, R. TOMMASINI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 195, in adesione a S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, cit., 233 ss.

²⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, cit., 239 ss.; ID., *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., 420; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 896; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., 69 ss.

²⁵ Incidendo in tal modo sull'asserita piena libertà di azione che si accorda tradizionalmente al proprietario.

²⁶ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 32 ss.

esercizio, “alla ragione per la quale il diritto di proprietà è stato garantito e riconosciuto”²⁷.

Il passaggio dalla proprietà individuale alla proprietà conformata è di fondamentale momento in quanto rileva un mutato approccio politico-culturale²⁸: d’ora in avanti la proprietà non sarà più considerata unitaria e incondizionata - alla stregua della precedente impostazione che la postulava come unitaria e indivisibile limitandosi a raccordare, in termini di titolarità, il soggetto all’oggetto del diritto - bensì sarà considerata un ‘centro di imputazione di interessi diversi’, ove si confrontano gli interessi privati e pubblici, gli interessi del titolare con quelli della collettività²⁹; con la conformazione la proprietà rompe definitivamente con il monismo per aprirsi alla pluralità dei modelli³⁰, non si parlerà più di ‘un’unica proprietà’, bensì ‘delle proprietà’, come anticipato premonitoriamente da Salvatore Pugliatti, secondo il quale «*la parola proprietà non ha (...) un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesa. In ogni caso, l’uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari (...), non*

²⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 895.

²⁸ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 22.

²⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., 420; V. SCALISI, *Il nuovo volto della proprietà da “potere” a “titolo” di godimento*, cit., 488 ss. Il reale valore innovativo della funzione sociale si concretizza nel «diverso atteggiarsi dell’interesse della collettività in ordine alla utilizzazione di ciascuna categoria di beni», anticipando così anche la nuova (attuale) frontiera (non soltanto) della civilistica, individuata nella tematica dei beni comuni che impone una feconda ri-concettualizzazione del diritto di proprietà e una convergenza conformatoria di interessi altri nella sua ridefinizione giuridico-assiologica, ove la funzione prevale sulla titolarità: cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Artt. 832-833, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1994, 88; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 22.

³⁰ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 20.

può ormai mantenere l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto»³¹.

3. La rinuncia alla proprietà: tra funzione sociale e potere di disposizione

Le sempre più onerose incombenze fiscali che gravano, soprattutto nell'attuale periodo storico, sui beni immobili, stanno inducendo sempre più spesso i proprietari a manifestare una volontà rinunziativa alla proprietà, specie se si tratta di immobili in disuso, decadenti o di vecchia costruzione che richiedono dispendiosi interventi per la loro sistemazione e/o messa in sicurezza³².

Dalla lettura di autorevoli trattati³³, nonché di scritti pubblicati anche su eminenti riviste scientifiche³⁴, sembrerebbe che la rinuncia alla proprietà immobiliare sia pienamente ammissibile³⁵, ciò sia in

³¹ Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, 309; F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, cit., 11 ss.

³² Al riguardo si veda quanto scritto dal Presidente di Confedilizia (2018-2020) G. SPAZIANI TESTA, *Immobili trasformati in perdita dal fisco*, dalle colonne de «Il Sole 24 Ore» del giorno 8 aprile 2018, 15.

³³ Cfr. F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione. 1. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Utet, Torino, 2012, 253 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, vol. 6, Giuffrè, Milano, 2017, 406 ss.

³⁴ Cfr. V. BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 187 ss.

³⁵ Anche la giurisprudenza si è espressa in senso favorevole. Sul punto si vedano Cass., 5 settembre 1998, n. 8815, in *Dir. giur. agr.*, 1999, 36 ss. e in *Vita not.*, 1998, 1628 ss.; Cass., 26 luglio 1983, n. 5133, in *Rep. Foro. It.*, 1983, *Divisione*, 34; Cass., 28 luglio 1975, n. 2924, in *Giust. civ.*, 1976, I, 442 ss.; e, sia pure indirettamente, Cass. 18 febbraio 2000 n. 1814; Cass., sez. Un., 13 novembre 2000 n. 1172; Trib. Palermo, 20 febbraio 2001, in *Gius*, 2002, 559. Di recente è intervenuto il Parere del Conservatore dell'Ufficio Provinciale di Reggio

ragione dell'ampia protezione che il diritto di proprietà concederebbe al suo titolare di dismettere dal proprio patrimonio una situazione giuridica soggettiva – salva l'espressa *normata* indisponibilità – sia per la presenza degli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5 c.c., che nel regolare forma e pubblicità della 'rinunzia', finiscono insieme all'art. 827 c.c., per postularne la piena ammissibilità³⁶.

Tuttavia, per come attentamente di recente rilevato³⁷, siffatto orientamento di pensiero unitamente alla comune convinzione che

Emilia Servizio di pubblicità immobiliare (dott. Giorgio Titta), in data 26 settembre 2018, nel quale – richiamandosi al Parere dell'Avvocatura dello Stato, del quale in seguito – si sottolinea che non rientrando «nei compiti del Conservatore rilevare l'esistenza di vizi negoziali, si ritiene che non sussista alcun motivo valido per rifiutare o per apporre una riserva alla trascrizione» di un atto portante una rinunzia abdicativa al diritto di proprietà (verso il quale non si manifestano dubbi né in termini di esistenza, né in termini di validità).

³⁶In relazione all'art. 827 si veda quanto scritto di recente da A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, 195: «l'acquisto automatico del bene da parte dello Stato attraverso il meccanismo dell'art. 827 c.c. trova la propria giustificazione proprio nell'esaurimento della funzione sociale (art. 42 Cost.), che inevitabilmente determina il venir meno della tutela giuridica e, di conseguenza, anche il diritto stesso di proprietà. Venir meno della funzione sociale che non può essere rimesso (ovvero fatto dipendere) alla mera volontà del soggetto privato, se non altro per la sua connaturata irrinunciabilità»; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 40 ss.

³⁷ Qui l'Autore rileva che «la convinzione che riconduce, in qualche modo, la rinunzia al potere dispositivo del titolare del diritto – sia pur avendo cura di precisare che si tratterebbe di un esercizio negativo di quel potere – si rivela imprecisa ed ellittica perché lascia intendere una predicazione (o, ancor più una ricomprensione) di quella da (in) questo, là dove la distinzione deve essere qui dogmaticamente, e rigorosamente, riaffermata»: cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 49 ss. Si veda altresì dello stesso autore ID., *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 595 ss., spec., 629 ss.; ID., *Il trasferimento della 'potenzialità edificatoria'. I diritti edificatori tra*

riconduce la “rinuncia al potere dispositivo del diritto dominicale” (precisando che si tratterebbe di un esercizio negativo del diritto), non tiene in debita considerazione quale sia l’oggetto dell’interesse di disporre’ e soprattutto quale bisogno soddisfi “il potere di disporre”³⁸, punti chiave per comprendere se l’atto abdicativo realizzi (o meno) interessi meritevoli di tutela, indispensabili per affermarne la sua eventuale (in)ammissibilità³⁹.

Ciò posto, prendendo le mosse da quanto sopra affermato, è stato ampiamente sottolineato che “la facoltà di rinunciare” al diritto di proprietà, non è certamente attribuita per realizzare interessi che invece vengono soddisfatti attraverso l’esercizio del potere dispositivo; da ciò ne consegue dunque che la “rinuncia” non sta *nel* diritto, ma *fuori* da esso⁴⁰; e se la rinuncia è un potere che non si raccorda e neppure si sovrappone agli interessi che sono a fondamento dell’*attribuzione* del diritto - mediante il cui esercizio quell’interesse riceve invece soddisfazione - allora vorrà dire che il *suo* esercizio non potrà funzionalmente imputarsi al potere dispositivo, che a quell’interesse si riconnette e nel cui relativo contenuto è ricompreso, subendo, inevitabilmente, un ridimensionamento di tutela⁴¹.

In altri termini, la rinuncia, tutelando un interesse (l’interesse a non essere più titolare del diritto) - che in realtà non è un interesse che

beni e situazioni giuridiche soggettive, in Liber amicorum *Biagio Grasso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 311 ss.

³⁸ Cfr. R. CICALA, *L’adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell’obbligazione nella teoria del negozio*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1968, 154. Sul potere di disposizione si veda S. PUGLIATTI, *L’atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 3 ss.; ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, *ivi*, 33 ss.

³⁹ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 50 ss.

⁴⁰ Cfr. R. CICALA, *L’adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell’obbligazione nella teoria del negozio*, cit., 154.

⁴¹ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 50.

rientra nel novero di quelli tutelati dal potere dispositivo, bensì un interesse ad essi *contrario* - non potrà ritenersi ricompresa nel potere di disposizione del diritto: «in tanto si rinuncia al diritto, in quanto non s'intende realizzare nessuno degli interessi che mediante l'esercizio positivo del diritto si possono realizzare»⁴²; pertanto, è di tutta evidenza, che l'affermazione secondo la quale anche la rinuncia rientrerebbe nell'esercizio (seppur negativo) del diritto, non sia accettabile, atteso che nessuno degli interessi che si soddisfano mediante l'esercizio del potere dispositivo riceverebbe soddisfazione con la rinuncia al diritto (che, anzi, ne *contraddice* l'investitura)⁴³.

Altro ruolo fondamentale, ai fini della sua eventuale (in)ammissibilità, è svolto dalla “funzione sociale”⁴⁴. Quest'ultima - quale *quid essentiae* conformatrice della proprietà immobiliare - potrà ritenere inammissibile l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare qualora lo stesso si risolvesse, esclusivamente o comunque in modo prevalente, nella volontà di sottrarsi a tutti i doveri, obblighi, oneri e spese, che normalmente la proprietà, quale situazione giuridica complessa, comporta per il suo titolare, ritenendo consentito solamente il *trasferimento* del medesimo diritto di proprietà⁴⁵. Suddetta inammissibilità, deriva dalla particolare connessione della “funzione sociale” con un “dovere” o un “limite esterno” al diritto soggettivo, posto dalle norme obiettive per ragioni di ordine superiore⁴⁶, idonei a richiamare quei limiti che il controllo di liceità impone di verificare

⁴² Cfr. R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., 155.

⁴³ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 51.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*. In questo senso si veda anche il Parere espresso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, in data 7 aprile 2008 n. 1317, ove si ribadisce che i beni immobili possono essere trasferiti soltanto *inter vivos* o *mortis causa*, rispetto ai quali è inammissibile una manifestazione negoziale di rinuncia unilaterale abdicativa.

⁴⁶ Cfr. A. BOZZI, (voce) *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, 1143.

ad ogni manifestazione di autonomia negoziale al fine di vagliarne la giuridicizzabilità e la relativa tutela⁴⁷; di talché, si potrà affermare che un «diritto sarà rinunziabile qualora dal sistema normativo ne risultasse l'indifferenza che esso permanga o meno nella sfera del titolare, al contrario, sarà irrinunziabile là dove la concreta realizzazione dell'interesse che ne sta alla base, in esito ad una ragionevole composizione dei diversi interessi che essa può coinvolgere⁴⁸ (non soltanto del soggetto titolare del diritto), ne richiederà invece la permanenza nella sfera del titolare»⁴⁹.

Da quanto sin qui argomentato è dunque possibile affermare che la legittimazione a rinunciare alla proprietà non può ritenersi ricompresa *sic et simpliciter* nel diritto dominicale, né tanto meno nella formula “esercizio negativo del diritto”⁵⁰, perché al fine di ritenere

⁴⁷ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 51 ss.

⁴⁸ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 52 ss. ove l'Autore evidenzia che: «l'oggetto della rinuncia è sempre un diritto, giammai una cosa, nella sua pregiuridica materialità, sì che la rinuncia provocherà sempre, ove legittimamente esercitabile, (essenzialmente) la *dismissio* (e solo *eventualmente* ed *indirettamente* anche *l'estinzione*) del *diritto* (o del rapporto giuridico), giammai potendosi svolgere, da un profilo eminentemente logico, nel suo profilo effettuale, sulla *cosa* prima dell'intermediazione ordinamentale che (in virtù dello scrutinio assiologico delle utilità) la *qualificherà* (eventualmente) come *bene*. Sul punto si veda: S. PUGLIATTI-A. FALZEA, *Fatti giuridici* (1945), con prefazione di N. Irti, Giuffrè, Milano, 1996, 40; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 1952, 245; Silv. ROMANO, (voce) *Derelictio*, in *Nuovissimo Digesto.*, V, Utet, Torino, 1960, 548; G. SICCHIERO, (voce) *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XVII, Utet, Torino, 1998, 658.

⁴⁹ Cfr. A. BOZZI, (voce) *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1142; P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1978, 9, nota 15.

⁵⁰ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 52 ss.; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., 155, il quale pure, con estrema attenzione, precisa, in nota 170, che la contraddittorietà evapora se la formula viene riferita «a diritti o poteri a struttura alternativa», ed ivi citazioni. Formula, di contro, accolta da quasi tutti gli

ammissibile o meno la “rinuncia ad un diritto” si renderà indispensabile una complessiva valutazione degli interessi coinvolti dall’atto di rinuncia (anche indirettamente), unitamente alla pervasiva essenza funzionale e sociale della proprietà immobiliare (in armonia e in accordo ai principi fondanti la cornice ordinamentale), sicché, in caso di conflitto, ben potrà comprimersi l’esercizio della libertà rinunziativa nella misura occorrente ad evitare pregiudizio ai diritti altrui⁵¹.

4. Rinuncia alla proprietà e meritevolezza degli interessi: verso una rinuncia “controllata”.

La ‘rinuncia’ alla proprietà, sebbene abdicativa del diritto, è pur sempre un negozio giuridico⁵² causale⁵³ e in quanto tale, sottoposto - come ogni attività negoziale - al controllo di liceità⁵⁴, che implica un giudizio

autori: per tutti cfr., F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, 927 ss.

⁵¹ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 53 ss.; E.M. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Giuffrè, Giuffrè, Milano, 1993, 56.

⁵² Cfr. L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Giuffrè, Milano, 2008, 49 ss.

⁵³ Cfr. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in ID., *Diritto civile*, cit., 93 ss.; D. BARBERO, *Negozi unilaterali e titoli di credito astratti sotto il profilo della «causa»*, in *Riv. banc.*, 1941, 305; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1940, 120; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Jovene, Napoli, 1968, 86.

⁵⁴ Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 172 ss., 249 ss., 345 ss., ove si legge: «I criteri dei quali l’ordinamento si avvale per la valutazione della meritevolezza dell’interesse sono quelli enunciati nell’art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Soltanto quando l’interesse perseguito con il contratto sia contrario a siffatti principi, l’interesse non è meritevole di tutela» (p. 406); ID., *Motivi, presupposizione e l’idea di meritevolezza*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, II, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2009; ID., *Il*

(in negativo⁵⁵) in ordine alla meritevolezza⁵⁶ degli interessi dell'attività giuridica che con esso si vuol porre in essere, per convenire piena giuridicità alla manifestazione dell'autonomia privata, la quale, in ogni caso, non potrà

negozio giuridico, Cedam, Padova, 2001, 178 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale* (1971), ora in ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 415 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza* (1979), ora in ID., *Saggi di diritto civile*, cit., 438 ss.; ID., *Ordine pubblico*, cit., 1040 ss.

⁵⁵ Con espresso riferimento all'ordine pubblico si veda G.B. FERRI, (voce) *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 1038 ss., spec., 1040 ss.

⁵⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 204 ss., spec., 211 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 610 ss., 319 ss.; A. FEDERICO, *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale S.I.S.D.I.C., Napoli, 2009, 369 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 796 ss.; una feconda prospettiva in una rinnovata visione del *diritto dei privati* in G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, 3^a ed, Giappichelli, Torino, 2015, 57 ss.; ID., *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*, spec., 175 ss.); C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *I contratti*, 2017, 625 ss.; di recente, torna sull'argomento, A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 253 ss., ove anche tutti i più opportuni e principali contributi sull'intricato tema. Sul punto si veda anche la sentenza resa dalla Corte di Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, con commento critico di A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1205 ss. (del pari, un cenno critico in U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *I contratti*, 2018, 5 ss., spec., 11) e Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, 2026 ss., con commento decisamente critico di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, le quali, pur escludendo l'astratta costante nullità della clausola in parola, sostengono che la nullità potrà essere dichiarata qualora, da un accertamento concreto dei diversi interessi in gioco, potrebbe maturare un giudizio di immeritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.; nonché A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, 445 ss.; ma in senso favorevole la documentata ed argomentata pagina di S. MONTICELLI, *Il giudizio di immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, 452 ss.

svolgersi in contrasto con i principi ed i valori fondanti l'ordinamento giuridico⁵⁷. Più precisamente, accertata l'inesistenza di un espresso divieto legislativo alla rinuncia della proprietà⁵⁸, occorrerà svolgere un controllo alla luce dei principi e valori fondanti l'ordinamento giuridico⁵⁹ ed in accordo con il principio della cosiddetta 'massima attuazione' della Costituzione⁶⁰.

Di tal ch , per come sopra anticipato, potr  escludersi valenza giuridica ad un'attivit  privata il cui *unico* scopo sia (in evidente contrasto con la riferita *funzione sociale*) la dismissione della situazione giuridica di propriet ⁶¹ al fine di sottrarsi agli obblighi e ai doveri che la titolarit  di una situazione complessa⁶², come quella in parola, imputa al soggetto, incidendo⁶³, sia pure indirettamente, sul patrimonio dello Stato (il quale

⁵⁷Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla propriet  (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 81 ss.

⁵⁸ *Ivi*, 82 ss.

⁵⁹Cfr. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 222 ss., spec., 229-230. Sottopone la rinuncia al controllo di meritevolezza, F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., 930; in senso contrario si veda invece E.M. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, cit., 55; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., 661.

⁶⁰Cfr. S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949/1950, 189-190; ID., *La propriet  e le propriet  (con riguardo particolare alla propriet  terriera)*, cit., 277-278. Sul punto si veda anche P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, ora in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 297 ss., spec., 302 ss.

⁶¹Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla propriet  (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 83.

⁶²Cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «propriet »*, cit., 70 ss.

⁶³ Cfr. R. MATERI-M. MOLINARI, *Atto di abbandono della propriet  tra volont  e interesse pubblico*, in *Notariato*, 2016, 566 ss.

non potrebbe sottrarsi all'automatico⁶⁴ acquisto *ex lege*) e, dunque, dell'intera collettività⁶⁵.

Una rinuncia 'controllata', dunque, per come autorevolmente argomentato⁶⁶; vale a dire una «rinuncia sottoposta ad un giudizio di meritevolezza degli interessi coinvolti, che tenga in debita e concreta considerazione gli obblighi che gravano sul proprietario, unitamente alla dinamica relazionale⁶⁷, non disgiunti da una valutazione ragionevole della situazione concreta⁶⁸, i quali mai potranno essere rinnegati dai privati se

⁶⁴ Automatismo che parrebbe revocato in dubbio dal disposto dell'art. 1, comma 260, della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (cd. Finanziaria 2007) che così recita: «Allo scopo di devolvere allo Stato i beni vacanti o derivanti da eredità giacenti, il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno ed il Ministro dell'economia e delle finanze, determina, con decreto da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge [nda: decreto che ad oggi non sembra ancora essere stato emanato], i criteri per l'acquisizione dei dati e delle informazioni rilevanti per individuare i beni giacenti o vacanti nel territorio dello Stato. Al possesso esercitato sugli immobili vacanti o derivanti da eredità giacenti si applica la disposizione dell'art. 1163 del codice civile sino a quando il terzo esercente attività corrispondente al diritto di proprietà o ad altro diritto reale non notifici all'Agenzia del demanio di essere in possesso del bene vacante o derivante da eredità giacenti. Nella comunicazione inoltrata all'Agenzia del demanio gli immobili sui quali è esercitato il possesso corrispondente al diritto di proprietà o ad altro diritto reale devono essere identificati descrivendone la consistenza mediante la indicazione dei dati catastali».

⁶⁵ Per un maggiore approfondimento in relazione alla differenza intercorrente tra abbandono e rinuncia si veda R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 95 ss. ove l'autore evidenzia che trattasi di due situazioni giuridiche differenti in quanto con la rinuncia si dismette il diritto mentre con l'abbandono si ci separa fattualmente dal possesso della cosa.

⁶⁶ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 90 ss.

⁶⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *La fallacia dei luoghi comuni*, in *Rass.dir.civ.*, 2018, 1492 ss. Significativo al riguardo è anche il Parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato in data 14 marzo 2018 prot. n. 137950.

⁶⁸ Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica-P. Zatti, Milano, II ed., 2017, 564 ss., il quale scrive: «se un proprietario di un

vorranno che l'assetto di interessi, che intendono regolare mediante l'atto di autonomia privata, sia valido giuridicamente, cioè trovi "protezione" e tutela da parte dell'ordinamento giuridico»⁶⁹; da ciò ne consegue inevitabilmente, che «la soluzione rinvenuta nel caso specifico, mai potrà darsi per definitivamente conseguita, bensì dovrà essere ragionevolmente e proporzionalmente acquisita di volta in volta⁷⁰, di tal che, se si conviene con chi premonitoriamente notava che "la tutela giuridica deve essere concessa non già a chi è investito del 'dominio', ma a chi essendone investito lo sfrutta in modo concorrente con l'interesse generale"⁷¹, si potrà affermare che una

edificio o di altra costruzione abbandona il possesso del suo bene ciò comporta che altri possano occuparlo ed anche usucapirlo, ma sino a quando tale vicenda non sia compiuta la responsabilità conseguente a fatti di rovina viene imputata a lui. Ciò corrisponde alla funzione generale del diritto di proprietà come modo per selezionare chi debba prendersi cura dei beni. Sarebbe incoerente con il sistema se il proprietario potesse lasciare che il suo edificio vada in rovina, ma liberarsi dalla responsabilità rinunciando al diritto poco prima che la rovina si compia» (v. 567), il quale estende il ragionamento anche alla c.d. (famigerata) occupazione appropriativa o usurpativa, che, in ogni caso, non configurerebbe una rinuncia alla proprietà (sebbene, se non ci s'inganna, l'affermazione pare ridimensionata a p. 868, salvo a non ritenerla strettamente limitata alla vicenda dell'abbandono del fondo servente).

In giurisprudenza, negano l'ammissibilità di una rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, Trib. Imperia, 23 agosto 2018, cit., argomentando in ragione del rilievo per cui un atto di rinuncia alla proprietà immobiliare non è «né tipizzato, né nominato nel nostro ordinamento, ponendosi in insanabile contrasto con i principi che lo fondano», con ampi richiami alla pronuncia di cui immediatamente in seguito; T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018, cit., T.A.R. Puglia, sede di Bari, 17 settembre 2008, n. 2131, cit.; T.A.R. Puglia, sede di Bari, 17 settembre 2009, n. 2081, in *www.giustiziaamministrativa.it*; Trib. Genova, 23 marzo 1991, in *Not.*, 1997, 97.

⁶⁹ Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 1042.

⁷⁰ Cfr. C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017, 88 ss. il quale ritiene che l'atto unilaterale di rinuncia alla proprietà immobiliare sia sempre, automaticamente e indefettibilmente diretto a conseguire un interesse meritevole di tutela e di protezione ordinamentale.

⁷¹ Cfr. E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., 25; A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 194.

rinnovata e promozionale concezione *relazionale* e *funzionale* della proprietà non potrebbe non considerare anche gli interessi dei soggetti coinvolti nella vicenda effettuale generata dalla rinuncia alla proprietà, superando così definitivamente quella prospettiva che invece riservava protezione giuridica esclusivamente al soggetto privato»⁷².

Ebbene dunque, nel provare a tirare le fila di quanto sin qui argomentato, occorrerà eseguire una attenta e accurata indagine circa le ragioni che sono state poste, anche implicitamente, a fondamento dell'atto negoziale dismissivo, per così negare meritevolezza⁷³ a tutte quelle vicende il cui unico scopo sia quello di sottrarsi, surrettiziamente (e talvolta anche

⁷² Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 91 ss.

⁷³ È noto che lo scrutinio di meritevolezza non può prescindere dalle convergenti valutazioni delle esigenze e interessi del caso concreto alla stregua dei parametri assiologici della ragionevolezza, proporzionalità, solidarietà e funzione sociale della proprietà e, in generale, dei valori fondanti l'ordinamento di riferimento; se ciò è vero – come è vero – allora non potrebbe prescindere anche da una più complessa ed ampia prospettiva che si proponesse di verificare, in concreto, quali, tra gli evocati obblighi, siano effettivamente riconducibili alla persona del proprietario e quali, di contro, riferibili ad una più accorta, puntuale e rigorosa pianificazione territoriale dello Stato, per così evitare di far gravare sul primo anche inefficienze e mancanze imputabili esclusivamente (o principalmente) all'Autorità pubblica. In merito si veda A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 200, per il quale «le conseguenze che l'abbandono dei beni immobili può avere sul territorio – si pensi all'impatto che potrebbe aversi sotto il profilo del degrado paesaggistico e del decoro urbano – non possono non essere tenute in considerazione, ai fini del riconoscimento della legittimità di tali atti, da valutare, pertanto, attraverso il filtro dell'insieme dei principi sanciti dalla Carta costituzionale. La distruzione del territorio, o comunque il suo degrado, potrà essere impedito, non soltanto attraverso l'adozione di norme penali, ma anche e soprattutto, facendo valere l'inesistenza di diritti di proprietà ovvero di facoltà a questi legate (spesso giustificate soltanto da istanze vagamente libertarie), che perseguono una funzione "antisociale", ovvero ancora facendo rilevare la nullità assoluta di contratti o comunque atti con causa illecita, in quanto aventi un contenuto appunto antisociale».

esplicitamente⁷⁴) agli obblighi che la legge pone a carico del proprietario, come quelli di custodia⁷⁵, di manutenzione (per impedire la rovina, il danneggiamento dell'edificio), di provvedere ai possibili rischi di dissesto idrogeologico, nonché quelli inerenti ai costi di abbattimento/demolizione di un fabbricato vetusto e pericoloso per la collettività, quelli relativi ai costi di bonifica di un terreno, quelli dell'imposizione fiscale (diretta ed indiretta), *etc...*, oppure, al contrario, accordare ammissibilità all'atto rinunziativo, qualora quest'ultimo mancasse, in concreto, di quell'intento elusivo ed egoistico che caratterizza le ipotesi sopra esaminate, come accade, per esempio, nel caso di un terreno semplicemente non produttivo, e quindi inidoneo a produrre conseguenze negative nella sfera giuridica di terzi⁷⁶.

5. *La rinuncia alla proprietà nell'esperienza tedesca*

Ad una prima e superficiale disamina delle norme che compongono l'ordinamento tedesco, sembrerebbe che la rinuncia alla

⁷⁴Cfr. R. MATERI-M. MOLINARI, *Atto di abbandono della proprietà tra volontà e interesse pubblico*, cit., 568, i quali riferiscono di clausole contenenti dichiarazioni del proprietario «di non voler più oltre sopportare le tasse e le imposte gravanti sugli immobili e le relative spese di manutenzione» ovvero di altre clausole, verificate personalmente, nelle quali si afferma che «non essendo in condizione di far fronte alle ingenti spese per la manutenzione dell'immobile, il proprietario intende rinunciare al diritto di proprietà su di esso».

⁷⁵ T.A.R. Puglia, sede di Bari, 17 settembre 2008 n. 2131, sentenza che «ove si desse ingresso a tale istituto si dovrebbe ammettere che chiunque possa, con semplice dichiarazione unilaterale, esplicita o implicita, spogliarsi della proprietà di un bene immobile *scomodo*, a tutto discapito della collettività, che in tal modo si vedrebbe sottrarre un soggetto responsabile per gli eventuali danni cagionati dal bene deteriorato ed incustodito».

⁷⁶Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 93. Al riguardo si veda altresì il Parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato in data 14 marzo 2018, cit.

proprietà immobiliare sia pienamente ammissibile; infatti dalla lettura del § 928 BGB emerge che il proprietario può dichiarare al registro fondiario (che provvede alla sua registrazione) la rinuncia della proprietà di un appezzamento di terreno⁷⁷, che potrà essere acquistato dall'autorità fiscale del Paese (ossia dallo Stato) mediante l'iscrizione nel registro fondiario come proprietario⁷⁸.

L'ammissibilità della "rinuncia" è confermata anche dalla Carta costituzionale tedesca⁷⁹, la quale prevede espressamente non solo il diritto di disporre ma anche il diritto a rinunciare alla proprietà⁸⁰, precisando che quest'ultima in particolare, dovrà essere manifestata con una dichiarazione negoziale da rendersi per iscritto al catasto e poi pubblicizzata (costitutivamente) nei libri fondiari⁸¹, evidenziando che solo a seguito del perfezionarsi della fattispecie acquisitiva a formazione progressiva, si verificheranno gli effetti dell'acquisto del diritto di proprietà, con efficacia *ex nunc*⁸².

⁷⁷ Diversa è invece la questione della rinuncia alla comproprietà in merito alla quale la Corte federale tedesca ne ha sostenuto l'inammissibilità (decisione 10 maggio 2007 n. V ZB 6/07). Sul punto si veda R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 71 ss.

⁷⁸ Cfr. R. ROY, *Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken gemäß § 928 BGB*, 2016, 115 ss.

⁷⁹ Articolo § 14, comma 2.

⁸⁰ *Ivi*, 41 ss. ove a p. 70 si legge: «es entspringt sowohl der negativen als auch der positiven eigentumsfreiheit».

⁸¹ Sul punto è necessario precisare che la semplice presentazione del deposito della richiesta presso gli uffici catastali (§ 29 GBO) ha solo valore procedimentale e non sostanziale sull'efficacia dismissiva della rinuncia.

⁸² Cfr. Gutachten des Deutschen Notarinstituts, n. 135979, del 18 maggio 2016, in www.dnoti.de/gutachten/pdf/9d226f92-b8e8-41eb-816b-883405c5efd7/135979-fax.pdf; R. Roy, *Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken gemäß § 928 BGB*, cit., p. 66 ss., 145 ss. il quale sottolinea il 'doppio fatto' integrativo della manifestazione di volontà della rinuncia, prevedendo espressamente sia quella unilaterale (e propriamente detta rinuncia),

Quanto sin qui detto, necessita, tuttavia, di qualche precisazione. La proprietà immobiliare, a seguito della rinuncia, non risulterà “automaticamente” acquisita dallo Stato⁸³, quest’ultimo infatti, ha sì un diritto ad appropriarsi del bene immobile oggetto di rinuncia, ma non ne diviene immediatamente il proprietario, ben potendosi riservare di valutarne la convenienza, divenendone il proprietario solo all’esito di una positiva valutazione e in ogni caso, solo dopo aver provveduto all’iscrizione formale nei registri fondiari⁸⁴.

In pratica, a seguito della manifestazione rinunziativa si verificherà, per come acutamente osservato⁸⁵, una sorta di “quiescenza”, che servirà allo Stato per valutare la convenienza di detta acquisizione e durante questa fase la proprietà risulterà semplicemente “abbandonata”. Qualora lo Stato, al termine delle sue valutazioni, non dovesse accettare detta proprietà, non solo il bene diverrà *res nullius*, con possibilità da parte di terzi ad occuparlo ai fini dell’usucapione (con una manifestazione di volontà da iscriversi presso l’ufficio fondiario), ma neppure l’originario proprietario verrà liberato dai suoi obblighi (non solo fiscali), i quali continueranno a

sia quella bilaterale. Si tratta di una manifestazione di volontà di natura negoziale, recettizia (72 ss.), che deve essere nettamente distinta dal mancato esercizio del diritto (69 ss.) e che potrà essere revocata fino a quando non si sarà perfezionata la fattispecie a formazione progressiva (91 ss.).

⁸³ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 68 ove l’Autore evidenzia che a differenza di quanto comunemente si argomenta nel nostro ordinamento ex art. 827 c.c., l’Autorità fiscale tedesca ha solamente un diritto ad acquistare il bene immobile, ma non ne diviene automaticamente il proprietario. Sul punto si veda R. ROY, *Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken gemäß § 928 BGB*, 2016, 142.

⁸⁴Cfr. R. ROY, *Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken gemäß § 928 BGB*, cit., 112 ss.

⁸⁵ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 73 ss.

gravare su di lui⁸⁶. In siffatta maniera lo Stato eviterà che le conseguenze dannose dell'attività dismissiva del privato, possano riversarsi sullo Stato e di riflesso sui cittadini⁸⁷.

Non solo; la libertà di rinunciare, in virtù del richiamo ai §§ 134⁸⁸ e 138 BGB⁸⁹ in coordinato con il § 14 comma 2 della legge fondamentale⁹⁰, per come si è attentamente rilevato, potrà subire ulteriori

⁸⁶ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 74.

⁸⁷ Cfr. M. CIRULLIES, *Altlastenverantwortlichkeit trotz Aufgabe des Eigentums?*, in www.haufe.de/recht/deutsches, 1, il quale sottolinea che «Reichweite der Verantwortung? Doch die Haftung bleibt: Nach der bodenschutzrechtlichen Regelung wird der Alteigentümer als Zustandsstörer festgehalten, ohne dass es auf die Frage der Sittenwidrigkeit der Eigentumsaufgabe noch ankäme. Es reicht die objektive Dereliktion, egal aus welchem Grund. Die Rechtsprechung hat die Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 BBodSchG nicht ernsthaft in Zweifel gezogen. Es geht allenfalls um die Frage nach der Reichweite der Verantwortlichkeit, die im Rahmen der Verh.ltnism..igkeitsprüfung anzustellen ist»; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Beendigung polizeirechtlicher Zustandverantwortlichkeit durch Dereliktion?*, *Beendigung polizeirechtlicher Zustandverantwortlichkeit durch Dereliktion?*, in *Achterberg/Scupin, Recht und Staat im sozialen Wandel, FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, 1983, 828 ss.; in senso contrario R. ROY, *Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken gemäß § 928 BGB*, cit., 75 ss.

⁸⁸ Il cui dispositivo è: «Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt» che corrisponde al nostro art. 1418, comma 1, c.c.: cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 69, nota 116.

⁸⁹ Il cui dispositivo è: «Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig» che corrisponde sostanzialmente al nostro art. 1343, comma 1: cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 69, nota 117.

⁹⁰ Il quale recita: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen» (La proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività): cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione*

limitazioni qualora detto esercizio contrasti con i principi generali dell'ordinamento giuridico e con gli obblighi (non solo fiscali) posti a carico del proprietario⁹¹, esattamente come sopra argomentato in relazione all'ordinamento giuridico italiano, ove la volontà rinunziativa è sottoposta al controllo di liceità e meritevolezza teso a verificare che detta rinuncia non sia *sic et simpliciter* finalizzata ad eludere oneri ed obblighi che gravano sul proprietario⁹².

A conclusione delle suesposte argomentazioni può certamente affermarsi, che sebbene nel sistema giuridico tedesco la rinuncia alla proprietà immobiliare risulti esplicitamente ammessa - essendo normativamente prevista - in realtà detta rinuncia abdicativa non ne determina in maniera diretta la proprietà del bene in capo allo Stato⁹³, il quale diviene il proprietario solo al termine di una valutazione positiva e in

giuridica, cit., 69, nota 118.

⁹¹ Cfr. R. ROY, *Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken gemäß § 928 BGB*, cit., 75 ed ivi nota 290. Per un esempio concreto si veda BayObLG, decisione del 12 aprile 1983 (2 Z 23/83), BayObLGZ 1983, 85 ss., ove una comunità bavarese voleva dichiarare la rinuncia alla proprietà. La Corte Regionale Superiore Bavarese giunse alla conclusione corretta che in questa rinuncia era presente una violazione dell'Art. 75 (3) GO, così che la rinuncia ai sensi del § 134 del BGB era nulla. Un caso di elusione potrebbe essere quello in cui il proprietario volesse evitare, con la rinuncia alla proprietà, tasse, dazi, responsabilità, etc.

⁹² Cfr. E. SCHMIDT-JORTZIG, *Beendigung polizeirechtlicher Zustandverantwortlichkeit durch Dereliktion?*, cit., 819 ss., secondo il quale nell'ambito del diritto civile, afferma la vigenza della efficacia indiretta nei confronti di terzi (mittelbare Drittwirkung) delle clausole generali e dei principi costituzionali, e rileva che, per la rinuncia alla proprietà, si contrappongono posizioni di natura privatistica a posizioni pubblicistiche, condividendo l'orientamento che - in virtù dell'art. 14, cpv. 2, GG (Carta costituzionale tedesca) - ritiene di vietare al proprietario, nella specificità del caso concreto, di rinunciare (alla proprietà), limitandone conseguentemente le facoltà, a difesa degli interessi della collettività e di interessi pubblici ritenuti prevalenti in esito ad un'accorta operazione di bilanciamento.

⁹³ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 70.

ogni caso a conclusione della fattispecie acquisitiva (a formazione progressiva), che termina con l'iscrizione formale nel registro fondiario⁹⁴.

A ben vedere dunque, anche nell'ordinamento tedesco si potrebbe parlare di una "rinunzia controllata", la quale benché espressamente ammessa, è comunque sottoposta ad un "giudizio di convenienza" che tenga in debita considerazione i principi fondanti l'ordinamento giuridico, l'interesse della collettività, la funzione sociale, nonché l'assenza di esternalità negative verso terzi, funzionali a superare concetti e categorie giuridiche alla luce degli interessi concreti coinvolti.

6. Conclusioni di sintesi

A conclusione dell'*excursus* sopra esaminato, è dunque possibile affermare che la 'rinunzia alla proprietà' non rientra *sic et simpliciter* nella più ampia disponibilità del diritto dominicale, atteso che la sua manifestazione di volontà dovrà essere, al pari di ogni altra manifestazione dell'autonomia *dei* privati⁹⁵, oggetto di un'attenta valutazione alla stregua dei principi e valori dell'ordinamento giuridico, che ne accerti in concreto la meritevolezza degli interessi⁹⁶.

Se alla funzione sociale, quale principio normativo generale, vuole attribuirsi una concreta efficacia⁹⁷ - così da tradurla da formula

⁹⁴ Cfr. R. FRANCO, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 71.

⁹⁵ Cfr. N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, ora anche in *Jus civile*, 2018, 3, 376 ss.

⁹⁶ Cfr. R. FRANCO, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 124.

⁹⁷ Cfr. G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale» dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 673 ss., ora in *Id.*, *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, 307 ss.; più specifiche le notazioni

proclamatoria a parametro costante dell'effettività dell'incidenza conformativa (dell'autonomia privata in generale e più specificamente) delle prerogative proprietarie⁹⁸ - si dovrà allora anche accettare che saranno i valori costituzionali a determinare «la misura, il contenuto e il significato della proprietà privata»⁹⁹. Da ciò ne consegue, che gli interessi del proprietario dovranno lasciare il campo - in una prospettiva funzionale - ad un più ragionevole ed equilibrato componimento dei diversi interessi (pubblici o privati) coinvolti¹⁰⁰, i quali, convergendo sul medesimo bene, potrebbero subire effetti giuridici dall'atto di rinuncia¹⁰¹. Sì che, ai fini della sua ammissibilità, anche la 'rinuncia' alla proprietà immobiliare dovrà essere sottoposta ad un ponderato giudizio che abbia in adeguata ed equilibrata valutazione tutti gli interessi (pubblici e privati, *altri* rispetto a quello del proprietario) che potrebbero essere incisi dalla relativa manifestazione di volontà, secondo una complessiva, ragionevole ed equilibrata composizione, alla luce dei valori costituzionali e dei principi generali¹⁰².

La nozione del diritto di proprietà «non può essere edificata soltanto sulla base dell'interesse privato», perché se è vero che il diritto privato si concreta nella protezione di un interesse soggettivo, è pur vero che la protezione è essa stessa di pubblico interesse¹⁰³. Non esiste infatti diritto che

vigore di V. SCALISI, *Il nuovo volto della proprietà da "potere" a "titolo" di godimento*, cit., 482 ss.

⁹⁸ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 124.

⁹⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Proprietà (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991, 5

¹⁰⁰ Cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., 105 ss.

¹⁰¹ Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 124 ss.

¹⁰² Cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., 124 ss., 125 ss.

¹⁰³ *Ibidem*

possa concentrarsi unicamente nell'interesse privato, in quanto il diritto obbedisce fundamentalmente a finalità di pubblico interesse e in quanto tale, va tutelato tenendo in adeguata considerazione non solo i principi fondanti l'ordinamento giuridico, ma anche l'interesse della collettività, la funzione sociale della proprietà e l'assenza di esternalità negative verso terzi, funzionali a superare concetti e categorie giuridiche alla luce degli interessi concreti¹⁰⁴.

Una “rinunzia controllata”, dunque, al pari dell'ordinamento tedesco ove lo Stato si riserva di valutarne la convenienza alla stregua di un giudizio che tenga in debita considerazione non solo la meritevolezza dei principi ordinamentali ma anche gli interessi concretamente coinvolti.

A conclusione di quanto sin qui argomentato è dunque lecito affermare che se la proprietà, in tanto è riconosciuta in quanto il suo esercizio sia conforme e funzionale alle esigenze di solidarietà sociale previste dalla Carta costituzionale (art. 42, comma 2, cost.)¹⁰⁵, allora anche la rinunzia dovrà essere valutato alla stregua dei medesimi principi e conformarsi alle medesime esigenze.

¹⁰⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, cit., 845 ss.

¹⁰⁵ Cfr. B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, 137; *contra* B. GRASSO, (voce) *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1980, 61 ss.; ID., *Prescrizione e decadenza (dir. civ.)*, in *Treccani.it*, 10 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ANGELA MARIA GIORGIANA GALATO

Il diritto di critica all’operato della magistratura: tra «maggiore rigore» interpretativo e giusta opera di bilanciamento

ABSTRACT – The work analyzes the complex balance between the right of criticism, an expression of the broader freedom of manifestation of thought, and the protection of the honor and reputation of the person criticized, with particular reference to the negative judgments addressed to the magistrates. The criticism against the judiciary also opens up to the problem of protecting institutions from offenses that may adversely affect the positive sentiment that the community has towards them. For this reason, it has often been considered that when the conduct of a magistrate is the subject of a critical judgment, the interpreter must evaluate the behaviors through a more rigorous interpretation. In this latter regard, the aim of this paper is to identify the content of the "greater rigor" which the interpreter must comply with during the work of assessing the limits to the right of criticism (truth, continence and public interest in the knowledge of the news) when a person exercising the judicial function is criticized.

KEYWORDS – right of criticism, honor, reputation, negative judgments, judicial function

ANGELA MARIA GIORGIANA GALATO*

Il diritto di critica all'operato della magistratura: tra «maggiore rigore» interpretativo e giusta opera di bilanciamento**

SOMMARIO: 1. Libertà di espressione e giudizio di bilanciamento. - 2. Diritto di cronaca e diritto di critica diverse funzioni e limiti: continenza, interesse alla conoscenza della notizia e verità dei fatti. - 3. Diritto di critica e potere giudiziario. Una recente sentenza della Corte di legittimità sul tema. - 4. Il «maggior rigore» interpretativo nella critica giudiziaria. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Libertà di espressione e giudizio di bilanciamento.

Ogni Stato democratico riconosce e garantisce a tutti gli individui diritti e libertà fondamentali. La pietra angolare delle moderne democrazie è insita nella libertà di manifestazione del pensiero, che nel nostro ordinamento è formalizzata dalla Carta Costituzionale all'art. 21, il quale al primo comma recita «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»; essa è pure affermata a livello sovranazionale dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Corte Costituzionale non ha perso occasione per ribadire il forte legame esistente tra la libertà di manifestazione del pensiero e il sistema

* Dottoranda di ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo, Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima

politico democratico¹, privilegiando una lettura della libertà in parola che la elegge a fondamento dello stato democratico e non sua conseguenza².

¹ La Corte Costituzionale ha spesso puntualizzato che la libertà in questione rappresenta il fondamento del regime democratico, cardine dell'ordinamento generale. Senza pretese di esaustività si ricordano le pronunce n. 9 del 1965 ove la Corte ha sostenuto che la libertà di manifestazione del pensiero è tra quelle che meglio caratterizzano il regime vigente di Stato ed è condizione dello sviluppo della vita del Paese "in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale"; n. 84 del 1969 ove la Corte si riferì alla libertà di manifestazione del pensiero riconoscendole la valenza di cardine della vita democratica e sua pietra angolare.

² Sul punto v. G. NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, convegni e seminari, maggio 2015, www.cortecostituzionale.it, il quale evidenzia che da questo tipo di lettura individualistica la Corte si è allontanata in alcune pronunce, specie in materia di libertà di espressione del pensiero utilizzata per fini informativi, effettuandone, viceversa, una lettura funzionalista. v. pure M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, Padova, 1988, 4 ss., il quale descrive la concezione individualista come la più apprezzata dagli studiosi, i quali hanno rilevato che la libertà in parola è garantita al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato; ciò trarrebbe conferma dal contenuto personalistico della Costituzione e dalla dichiarata inviolabilità dei diritti fondamentali. L'uomo, attraverso l'esternazione del pensiero, si afferma in quanto individuo nei confronti dell'organizzazione statale e della collettività nella sua dimensione di valore assoluto, che rimarrebbe mortificata nel caso in cui fosse adottata una concezione funzionale della libertà di manifestazione del pensiero. Tuttavia, l'a. precisa che parrebbe più opportuno doversi convenire con quella parte della dottrina che ha optato per una via mediana. Pur non abbandonando, infatti, la concezione individualistica è stata ravvisata della libertà di espressione una dimensione anche funzionale. Accanto al profilo individualistico, il quale riflette il diritto inviolabile del soggetto alla realizzazione della sua personalità, se ne colloca uno sociale, inteso come garanzia di partecipazione che comporta un arricchimento alla comunità, la quale in tal modo accresce il patrimonio collettivo del sapere, consentendo ad ogni uomo di formarsi una motivata opinione della realtà in cui opera e di determinarsi di conseguenza nelle proprie scelte. Per una esaustiva ed efficace disamina delle due concezioni v. P. BARILE, "Libertà di manifestazione del pensiero", in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 428 ss. secondo cui la concezione funzionale può dirsi corretta solo a patto che l'aggettivo "funzionale" sia inteso in termini metodologici che, prescindendo da ogni preclusione di contenuto, ritengono la diffusione di ogni ideologia momento irrinunciabile del metodo democratico.

La libertà di manifestazione del pensiero deve essere declinata, nel suo nucleo soggettivo e individuale, come libertà negativa³, intollerante a qualsiasi intromissione da parte dei pubblici poteri e degli altri individui. Unico limite esplicito previsto dalla stessa disposizione costituzionale è il buon costume inteso come quel complesso di regole che la pubblica opinione considera valide, in un determinato momento storico, e protese a tutelare la collettività dalle offese alla pubblica decenza, alla morale sessuale e al comune senso del pudore⁴.

Da ciò deriva la natura «privilegiata» della libertà di pensiero che, quale che ne sia il contenuto, riveste carattere essenziale per la definizione e l'attuazione della forma democratica di governo. Secondo G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: L'era della post – verità*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, 14 ss., in assenza di una effettiva libertà di manifestazione del pensiero non potrebbe fondarsi ed esistere la moderna democrazia, poiché è il pieno riconoscimento di essa che condiziona l'effettività di gran parte delle libertà associative e individuali che caratterizzano il sistema democratico. L'a. ritiene superata la netta distinzione tra le due concezioni avvertendo che individualismo e funzionalismo possono convivere all'interno dell'ordinamento grazie ad un equilibrato bilanciamento tra valori.

Si occupa della doppia dimensione della libertà di espressione, privilegiando un confronto tra la visione offerta dagli ordinamenti nazionali e quella offerta dalla giurisprudenza della Corte EDU, M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carta europea dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014, 42 ss., secondo cui nella giurisprudenza della Corte di Stasburgo, seppure il problema rimane irrisolto, sembra essere preferita la visione funzionale della libertà in parola.

³ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 428, la declinazione in senso negativo della libertà di pensiero garantisce essa contro ogni intervento dei pubblici poteri o dei privati tendente ad impedire o limitare il diritto di comunicare con i propri simili, discutere con loro sostenendo ognuno le proprie idee in uno «spontaneo e fecondo contraddittorio, fra diverse opinioni civili».

⁴ La nozione di buon costume accolta dalla dall'opinione dominante è quella di matrice penalistica, per P. BARILE, *libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 459 essendo il limite del buon costume apposto ad una libertà costituzionale non può che essere oggetto di una interpretazione restrittiva. V. anche G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: L'era della post – verità*, cit., 58 ss. il quale espone ambo le tesi evidenziando che una estensione ampia

L'ampiezza espressiva dell'art. 21 e l'assenza di previsioni esplicite dirette a delimitarne l'esercizio, ha fatto ricadere interamente sugli interpreti il compito di determinare, attraverso una lettura unitaria e sistematica delle norme costituzionali, l'estensione di questa libertà e la sua compatibilità con le altre posizioni alle quali l'ordinamento pone tutela⁵. E difatti, seppure eletta a diritto fondamentale dell'individuo, condizione dello stato di diritto, essa non può divenire l'espedito per calpestare e nuocere altri beni e valori aventi rilevanza costituzionale⁶. L'invocata libertà non può, cioè, di per sé stessa legittimare la lesione degli altri beni costituzionalmente protetti, sicché si è resa necessaria, per il tramite di un corposo lavoro di interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, la costruzione di un raffinato sistema di limiti volto a guidare di volta in volta l'interprete nell'opera di bilanciamento tra detta libertà e la tutela degli altri beni o interessi aventi rango costituzionale entrati con essa in conflitto e potenzialmente esposti ad una lesione.

A tale proposito è costante la riflessione giuridica indirizzata all'individuazione del punto di equilibrio tra esercizio del diritto di

della nozione di buon costume rischierebbe di svuotare di significato la stessa libertà di espressione in quanto consentirebbe di inibire ogni manifestazione anticonformista o contraria alle concezioni etiche della maggioranza. In ogni caso l'a. ritiene che la restrizione della nozione di buon costume comunque non semplifica l'opera interpretativa poiché non vengono eliminate l'indeterminatezza e l'elasticità che le sono proprie.

⁵ G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, cit., 55

⁶ P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, 164, in riferimento ai limiti alla libertà di opinione precisa che può parlarsi di essi solo se si parte dal presupposto che la Costituzione non ammette una illimitata libertà di manifestazione del pensiero poiché essa contrasterebbe con l'esigenza di apprestare tutela ad altri beni aventi rilievo costituzionale.

manifestare liberamente il proprio pensiero⁷ e tutela dell'onore⁸, della reputazione e dell'immagine di terzi coinvolti nelle dichiarazioni esternate.

Il lavoro degli interpreti, in assenza di esaustive indicazioni positivizzate, ha condotto all'individuazione di tre criteri su cui fondare l'opera di bilanciamento: verità, interesse pubblico e continenza⁹. Così sono

⁷ Sull'esimente dell'esercizio di un diritto in riferimento al reato di diffamazione v. F. VERDE, *La diffamazione a mezzo stampa e l'esimente dell'esercizio del diritto*, Cacucci Editore, Bari, 2009, *passim*; Tratta ampiamente il tema generale della scriminante dell'esercizio del diritto e in particolare i limiti posti alla libertà di esprimere il proprio pensiero P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Giuffrè, Milano, 2009, 67 ss; *ivi*, sul diritto di critica, 93; Seguendo un metodo casistico, si occupano del problema in riferimento alle nuove forme di comunicazione della società moderna, M. BIANCA, A. M. GAMBINO e R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social network*, Giuffrè, Milano, 2016, *passim*; Per uno studio della libertà di espressione, con particolare riferimento alla libertà di stampa, nel diritto internazionale ed europeo, v. M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Cacucci Editore, Bari, 2012, *passim*; *ivi*, in riferimento ai limiti alla libertà di stampa nei casi di critiche avverso esponenti della magistratura, 122 ss.

⁸ In proposito, v. U. FERRANTE, *Attività giudiziaria e diritto di critica*, in *Giur. Merito*, Giuffrè, Milano, 1986, 336, secondo cui il problema del contrasto tra la libertà di esprimere il proprio pensiero e diritto di ogni uomo al proprio onore (art. 2 Cost.) sta proprio nel fatto che spesso non può esercitarsi la prima senza ledere il secondo. Infatti, se nell'esercizio della libertà di espressione (ed in particolare del diritto di critica) non fosse assolutamente possibile sacrificare il diritto all'onore, la medesima libertà rimarrebbe irrimediabilmente compromessa o svuotata. Di talché il problema si innesta sulle modalità di esercizio della stessa. Ne consegue che, con riferimento al diritto di critica, i limiti consentono di individuare il confine oltre il quale «il sacrificio del diritto di ogni uomo al proprio onore non è più giustificato dalla necessità di esercitare quello di critica».

⁹ L'inaugurazione dei criteri orientanti la materia è avvenuta con riferimento al diritto di cronaca giornalista e viene spesso fatta coincidere con la nota sentenza della Suprema Corte n. 5259 del 18 ottobre 1984, visionabile in *Foro.it*, 1984, I, vol. II, 2711, con nota di R. PAROLESI, conosciuta anche come il "Decalogo del Giornalista". Essa infatti ha, per la prima volta, fissato le regole cui avrebbero dovuto attenersi gli interpreti nell'opera di bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri beni di rango costituzionale, in particolare l'onore.

stati stabiliti confini e direttive oltre i quali il contegno mantenuto, seppure astrattamente rientrando nell'esercizio della libertà di espressione, smette di ricevere protezione cedendo in favore di altro bene lesa che invoca tutela.

Seppure ormai granitica l'individuazione dei tre parametri, la malleabilità di questi e dello stesso concetto di onore¹⁰ e l'esigenza di adeguare l'interpretazione al mutato linguaggio sociale fa sì che la partita tra protezione della sfera personale dell'offeso e tutela dell'esercizio della libertà espressiva non sia mai definitivamente chiusa. Sicché, appare sempre interessante e mai sopito il dibattito giuridico orientato alla valutazione della flessibilità dei limiti individuati per effettuare l'opera di ponderazione, specie con riferimento al c.d. diritto di critica, cioè quell'esercizio della libertà di espressione volto alla formulazione di un giudizio negativo nei confronti di idee o comportamenti altrui.

L'esigenza di mantenere sempre alta l'attenzione sull'argomento è insita anche nella contemporanea propensione all'uso di terminologie tutt'altro che raffinate. Nella società moderna, infatti, si assiste sempre più spesso ad una sorta di declino della sobrietà: l'opinione di dissenso è sempre meno veicolata da toni pacati ed eleganti. Si è sovvertito il rapporto regola – eccezione di talché l'uso di termini sferzanti e gravi per proporre ad un

A commento della pronuncia si vedano anche, tra gli altri, G. ALPA, *Il diritto di cronaca – illecito civile*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, 215; sulla stessa rivista V. ROPPO, *La Corte di Cassazione e il decalogo del giornalista*, 1985, I, 218; S. FOIS, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost.*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1985, 152; M. DOGLIOTTI, *La Cassazione e i giornalisti: cronaca, critica e diritti della persona*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 356.

¹⁰ Pacifico in dottrina e giurisprudenza è il riconoscimento del rango costituzionale del diritto all'onore, tuttavia, non allo stesso modo certo è il referente normativo da cui trarlo: a titolo meramente esemplificativo, V. ZENO – ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, 60 ss., ritiene che è preferibile fondare l'emersione di esso sull'art. 2 Cost.; viceversa, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, sostiene che il referente debba essere individuato nell'art. 3 Cost.; per P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 470 ss, esso è individuabile nel raccordo tra gli artt. 2 e 3 Cost.

pubblico - più o meno vasto - il proprio disaccordo avverso idee o comportamenti altrui è divenuta la regola.

Gli interpreti si sono “adeguati” ai nuovi modi e mezzi comunicativi imprimendo, con il passare del tempo, ai limiti già conosciuti confini ogni volta più ampi, al fine di consentire la massima realizzazione della libertà espressiva.

2. Diritto di cronaca e diritto di critica a confronto: continenza, interesse alla conoscenza della notizia e verità dei fatti.

Il diritto di critica oltre a rappresentare una delle molteplici espressioni della libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta e garantita dall'art. 21 della carta costituzionale, è garanzia di civiltà e progresso sociale. Esso rappresenta la più autentica manifestazione della libertà di espressione delle idee in quanto si realizza in una elaborazione originale di queste ed è costituito da un giudizio di valore, entrambi aspetti indispensabili per il fruttuoso traffico del pensiero tra gli uomini¹¹. La finalità della critica è l'istaurazione di un dibattito nel quale il soggetto coinvolto nell'opinione di discredito è posto in condizioni di rispondere altrettanto duramente alle affermazioni a lui riferite. Lo scopo delle esternazioni critiche è quello di manifestare ad un gruppo sociale di riferimento, che ha interesse a quel tipo di conoscenza, un dissenso ragionato avverso comportamenti e idee altrui, suscettibili di verifica e approfondimento¹².

¹¹ Cfr. M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, cit., 181

¹² In proposito è interessante l'opinione di S. PERON, *Sul diritto di critica all'operato della magistratura*, in *Resp. Civ. e prev.*, 3/2013, 1023, secondo cui la critica assolve allo scopo di garantire una molteplicità di punti di vista intorno al medesimo fatto, così da «illuminarlo» e comprenderlo meglio.

Il diritto di critica soggiace agli stessi confini cui sottostà il diritto di cronaca ma, tali criteri scontano una diversa applicazione a seconda del diritto in concreto esercitato¹³.

Per la cronaca, infatti, i limiti sono molto più stringenti che per la critica e ciò in virtù della diversa funzione che le esternazioni afferenti all'una o all'altra categoria hanno¹⁴. La cronaca ha il compito di far conoscere ai destinatari fatti storici semplici, non filtrati da interpretazione alcuna, sicché il limite della verità è serrato¹⁵. La critica ha la funzione di stimolare un dibattito; è l'esternazione che ha ad oggetto una percezione soggettiva¹⁶ di un dato evento per cui il requisito della verità è necessariamente influenzato dal filtro personale con il quale il fatto è stato

¹³ In giurisprudenza *ex multis* Cass. civ., 11 gennaio 2005, n. 379, in *Foro it.*, 2005, vol. I, parte II, 2402 con nota di M. CHIAROLLA.

¹⁴ A tal proposito v. M. POLVANI, *op. ult. cit.*, 177, secondo cui critica e cronaca pur essendo attività contigue nella realtà risultano essere intrinsecamente e funzionalmente diverse. Infatti, entrambe si riferiscono ad accadimenti di pubblico interesse ed ai soggetti in essi coinvolti, ma mentre la cronaca è esposizione dei fatti il cui scopo è informare il destinatario, per cui deve essere fondata sulla "più scrupolosa obiettività", la critica consiste in una attività "eminentemente valutativa" e si configura come una analisi di condotte e fenomeni "allo scopo di apprezzarne l'intimo significato e le conseguenze che siano a questi causalmente riconducibili".

¹⁵ Secondo M. CHIAROLLA, *Diffamazione a mezzo stampa, critica e diritti dell'intervistato*, nota alla sentenza 11 gennaio 2005, n. 379, in *Foro it.*, 2005, I, vol. II, 2402, anche la cronaca, in verità, è sempre influenzata dall'opinione di colui che narra. Per l'a la verità è un elemento funzionale da interpretare non staticamente ma tenendo conto delle varie dinamiche dell'informazione. Secondo C. RAPISARDA, *La diffamazione giornalistica tra principi consolidati ed esigenze di rimeditazione*, nota a sentenza Cass., sez. V., 26 ottobre 1983, in *Foro it.*, 1984, II, 386, non può negarsi che in ogni cronaca sussiste un grado di partecipazione personale dell'autore più o meno elevato, sicché l'obiettività assoluta dell'informazione resta un canone tendenziale.

¹⁶ Per P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., 68, l'opinione critica è espressione di una angolazione individuale che spesso è di «antitesi polemica».

avvertito. È un dissenso razionale e motivato¹⁷ rispetto ad idee o comportamenti altrui¹⁸.

Su queste premesse si fonda il diverso contenuto del requisito della verità. Per la cronaca la verità oggettiva è strettamente necessaria perché essa ha ad oggetto il racconto e la migrazione di conoscenza dal soggetto detentore a quello ricevente di fatti storici così come avvenuti¹⁹. La critica,

¹⁷ Sulla necessità che l'opinione critica sia accompagnata da una adeguata motivazione v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., 20 s., secondo cui è estraneo all'attività critica qualsiasi apprezzamento negativo immotivato o motivato solo da «animosità personale», basandosi quindi esclusivamente su di una avversione di carattere sentimentale e non su di una contrapposizione di idee.

¹⁸ Sul punto, M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, cit., 177 – 178, si suole distinguere la critica teoretica da quella fattuale, la prima ha come riferimento ideologie, opinioni politiche, etc., e si pone l'obiettivo di valutarne genericamente il loro valore o disvalore; la seconda, invece, ha come presupposto un accadimento, il quale è occasione per la formulazione ed esternazione di una valutazione o di una opinione. Della stessa opinione R. FOFFA, *Diffamazione a mezzo stampa: il punto sulla critica giudiziaria*, in *Danno e responsabilità*, 1/2009, 61 (testo e note). Secondo P. NUVOLONE, *il diritto penale della stampa*, cit., 164, il diritto penale considera soprattutto la manifestazione del pensiero esplicitasi nella categoria della «concretizzazione pratica» sia perché incidere sulle manifestazioni facenti capo alla «astrazione teoretica» inciderebbe più sensibilmente sull'estrinsecazione della libertà, sia perché effettivamente le forme della concretizzazione pratica sono le più pericolose. Per l'a. però non mancano eccezioni a questo principio. Per D. PULITANÒ, *Diritto penale: parte speciale volume I. Tutela penale della persona*, Torino, 2014, 363 in nota, la critica teoretica non è in grado di entrare in conflitto con l'onore individuale e conseguentemente il suo esercizio non dovrebbe incontrare limiti, o comunque non quelli elaborati per la critica fattuale.

¹⁹ Se non vi è corrispondenza tra i fatti narrati e quelli realmente accaduti non potrà dunque invocarsi la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca, perché esso non si esplica in una qualunque narrazione dei fatti ma in quella oggettiva e formalmente corretta di vicende realmente accadute e socialmente rilevanti, cfr. Cass. SS. UU., 26 marzo 1983, n. 4950, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 1985, 266, con nota di G. BONANNO. Si precisa, inoltre, che la giurisprudenza ha specificato che in tema di verità del fatto non può pretendersi la verità assoluta, ma quella ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o ritenuta tale per altre circostanze oggettive, v. Cass. civ., 6 aprile 2011, n. 7847. La scriminante putativa,

seppure sorretta da motivazioni logiche e razionali, ha a fondamento la percezione strettamente personale di un determinato fatto, è una attività speculativa che non può pretendersi asettica e fedele riproposizione degli accadimenti reali, ma consiste in una elaborazione che conduce ad un giudizio il quale non può essere rigorosamente obiettivo e imparziale²⁰. Al contrario, essa è, per sua stessa natura, parziale ed orientata ad evidenziare quegli aspetti, comportamenti o concezioni che si intendono stigmatizzare e censurare.

Essa, infatti, si concretizza in un giudizio personale rispetto ai fatti oggetto di disamina, di talché, ad essere vero deve essere solo il fatto presupposto o comunque oggetto della critica²¹. Il giudizio critico in sé, dunque, in quanto espressione di un pensiero necessariamente individuale, non può pretendersi veritiero. La veridicità è una qualificazione che può essere riferita solo al fatto fondamento del giudizio espresso. Diversamente

ovviamente, opera anche in favore dei cronisti, tuttavia è stata segnalata l'anomalia interpretativa ricorrente nella giurisprudenza dominante insita nel fatto che al giornalista è richiesto, per l'applicazione della esimente, che questi nel riportare una notizia rivelatasi falsa, avesse comunque assolto l'onore di selezionare le sue fonti con cautela e di verificare con scrupolosità la notizia stessa. Tale modo di operare condurrebbe ad una «surrettizia trasformazione» del reato di diffamazione da illecito punibile esclusivamente a titolo di dolo, a reato punibile anche a titolo di colpa. Ciò potrebbe accadere tutte le volte in cui il giornalista abbia tenuto una condotta diffamatoria a causa del colposo errore circa la verità della notizia, e cioè quando egli abbia confidato nella sussistenza dei presupposti del diritto di cronaca, in argomento v. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Aracne, Roma, 2013, 32 – 33.

²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. V., 4 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2003, II, 197.

²¹ Sulla necessaria verità del solo fatto posto a fondamento della elaborazione critica v. *ex multis* Cass. pen., sez. V., 18 giugno 2009, n. 43403, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, a mente della quale se la critica non rispettasse un nucleo di veridicità sarebbe pura congettura e occasione di dilleggio.



opinando, si rischierebbe di sindacare la legittimità stessa del contenuto del pensiero²².

Quanto appena detto si riflette sulla corretta ponderazione delle inesattezze (sui fatti) eventualmente veicolate attraverso la comunicazione dell'opinione critica. Esse, infatti, devono essere considerate alla luce dell'intero contesto in cui il pensiero negativo sulla vicenda oggetto di giudizio si sviluppa e si manifesta. Di talché, le inesattezze, a meno che non assumano un particolare valore informativo tale da snaturare macroscopicamente il nucleo essenziale del fatto, sono irrilevanti²³.

Per ciò che concerne l'interesse pubblico, si tratta dell'interesse della collettività (o dei destinatari di riferimento) ad essere informata circa quella opinione critica. Di guisa che, il giudizio di disapprovazione deve riguardare fatti e comportamenti che rivestono una certa importanza rispetto al contesto comunicativo cui si riferiscono, motivo per cui sono esclusi dal novero dei fatti potenzialmente criticabili quelli socialmente irrilevanti o strettamente personali.

²² In argomento v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., 80 ss., secondo cui, pretendere un fondamento di verità nella critica vorrebbe dire porre un limite inammissibile alla libertà di opinione. Rispetto al diritto di critica, si potrà porre un problema di verità (reale o putativa) solo se quanto espresso muove dall'attribuzione di un fatto determinato. Tale problema potrà essere riferibile esclusivamente all'allegazione del fatto, ad una informazione, ma non al giudizio o alla valutazione espressa tramite l'esercizio del diritto. La prova della verità avrà dunque per oggetto la verifica di un fatto, non la verifica di un giudizio; v. pure M. PELLISERO, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1229, il quale tratta della impossibilità di ricondurre il giudizio critico ad un canone di verità rigorosamente oggettivo.

²³ M. CHIAROLLA, *Diffamazione a mezzo stampa, critica e diritti dell'interessato*, cit., secondo cui il giudizio di «probabilità veridica» non detiene una posizione di primo ordine nella valutazione della legittimità della critica, tanto che le eventuali inesattezze oltre ad essere irrilevanti non precludono l'applicazione della esimente di cui all'art. 51 c.p., a meno che non assumano un particolare valore informativo. Sul punto v. pure Cass. 12 marzo 2004, in *Foro it.*, Rep.2004, voce *Ingiuria*, n. 35.

Il requisito certamente più delicato da un punto di vista di ricerca dell'equilibrio tra diritto di critica e tutela dell'onore è quello della continenza²⁴. Essa postula una forma espositiva corretta della critica rivolta, tale che la disapprovazione non tramodi nella gratuita e non giustificata aggressione personale dell'altrui soggetto. Richiede che il pensiero sia esposto attraverso l'uso di un linguaggio civile e misurato²⁵. Tuttavia, il limite in questione non può dirsi superato per il solo uso di termini aspri e

24 Particolarmente delicata è la valutazione della continenza quando la narrazione storica e semplice dei fatti è accompagnata da opinioni e giudizi dell'autore narrante. In questi casi, infatti, l'esternazione risulta essere al contempo esercizio del diritto di cronaca e di critica, motivo per cui è richiesto all'interprete un maggiore sforzo valutativo volto all'individuazione del giusto bilanciamento tra i contrapposti interessi, in particolare dovrà essere valutata la pertinenza dell'esternazione critica rispetto alla esistenza dell'interesse dell'opinione pubblica a conoscere non solo il fatto in sé come storicamente avvenuto ma anche la valutazione soggettiva fatta dal narratore. In proposito v. Cass. Civ., 24 maggio 2002, n. 7628, *Foro it.*, 2002, I, 2322, con nota di L. LA BATTAGLIA, secondo cui quando la narrazione di determinati fatti rappresenta nel contempo esercizio del diritto di cronaca e di quello di critica, perché la divulgazione è accompagnata da opinioni dell'autore, la valutazione della continenza non può essere condotta sulla base dei criteri essenzialmente formali ma deve «lasciare spazio alla interpretazione soggettiva dei fatti esposti». V. anche Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 841, la quale riprendendo l'orientamento appena riportato lo ritiene necessario in modo che la critica non possa ritenersi sempre vietata quando sia idonea ad offendere la reputazione individuale. È, infatti, decisivo un bilanciamento tra «l'interesse individuale alla reputazione con quello alla libera manifestazione del pensiero». Il punto di equilibrio potrà essere ravvisato nella pertinenza della critica all'interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza non del fatto oggetto di critica ma di quelle specifiche interpretazioni che ne viene data. Sul tema, sinteticamente, v. anche S. PERON, *Tutela della reputazione tra diritto di cronaca e di critica - T. Palermo 4198/2016*, in www.personaedanno.it.

25 G. ANZANI, *Diritto di cronaca e diritto di critica su vicende giudiziarie e reputazione del magistrato inquirente*, in *Corr. Giur.*, 8-9/2012, 1098, ove l'a. precisa che la forma espositiva «civile» è soddisfatta onde le affermazioni siano esposte con serenità e chiarezza, «senza preconcetti intenti denigratori, ambigue allusioni e subdoli artifici retorici, nonché senza debordare in un lessico volgare e deliberatamente offensivo, considerato che finanche la più riprovevole delle persone gode di un minimo di dignità.»

sgradevoli, purché i toni forti siano rivolti non al singolo in quanto persona ma al suo operato, alle sue idee o ai suoi comportamenti. La critica, infatti, non può trascendere in mero attacco personale connesso alla sfera dell'onore e della reputazione dell'attaccato, essa non può mai divenire l'espedito atto a ledere la sfera privata dell'offeso.

Si rende necessario, quindi, esaminare le accezioni offensive, alla luce dell'intero contesto in cui i termini vengono utilizzati²⁶. Frasi brusche e indisponenti dirette contro uno specifico soggetto, non suscettibili di verifica e prive di adeguate argomentazioni, non possono essere considerate espressione del diritto di critica perché avrebbero come unico scopo quello di screditare la persona contro cui sono dirette²⁷. Il riconoscimento del diritto di critica tollera, quindi, anche giudizi duri sull'operato del destinatario delle espressioni, purché gli stessi colpiscano quest'ultimo con riguardo a modalità di condotta manifestate nelle circostanze a cui la critica si riferisce; viceversa non consente che, prendendo spunto da dette circostanze, si trascenda in attacchi diretti a

²⁶ Il riferimento all'intero contesto entro il quale l'espressione critica viene esternata è di fondamentale importanza. Infatti, a colorare il contorno entro il quale l'espressione si manifesta all'esterno entrano in gioco le qualità soggettive delle parti, le posizioni di equilibrio o dislivello in cui criticante e criticato si trovano, i modi con i quali la critica viene resa nota, ecc.

²⁷ In proposito v. Cass. pen., 04 marzo 2009, n. 31096, consultabile in *www.pluriscadam.utetgiuridica.it*, la quale espressasi in riferimento a degli epiteti utilizzati durante un dibattito politico ha ritenuto non scriminata dal diritto di critica politica la condotta dell'imputato che durante una seduta del consiglio comunale si era rivolto ad un altro membro dicendogli «ti stai comportando da cretino». L'espressione è stata ritenuta eccedente il limite della continenza perché non era in grado di stimolare alcun dibattito. Essa infatti non rappresentava un dissenso motivato esternato in termini misurati e necessari, bensì un attacco personale lesivo della dignità morale ed intellettuale della persona, che, anche nel vivace contesto della discussione politica, rimane penalmente rilevante.

colpire, su di un piano individuale la sfera morale del soggetto criticato, le sue qualità o modi di essere e si finisca per prescindere dalla vicenda concreta, assumendo, l'opinione esposta, le connotazioni di una valutazione di discredito in termini generali della persona criticata.

3. Diritto di critica e potere giudiziario. Una recente sentenza della Corte di legittimità sul tema.

La critica giudiziaria rappresenta uno dei terreni ove la valutazione della liceità o illiceità della condotta diffamatoria si connota di particolari arduità.

Il solo esercizio di una funzione pubblica espone, di per sé, colui che la esercita al giudizio di un ampio numero di persone, le quali sono ammesse alla formulazione di valutazioni - positive o negative - circa i comportamenti che di quella funzione sono espressione e che rappresentano le modalità di gestione del potere.

Rispetto al settore giudiziario ed in particolare ai giudizi negativi avverso il lavoro dei magistrati, siano essi inquirenti o giudicanti, la questione si connota di ulteriori peculiarità in virtù della delicatezza dalla quale la funzione giudiziaria è connotata. Quest'ultima è, con forte probabilità, quella i cui risvolti – favorevoli o sfavorevoli – sono di più immediata percezione dei singoli, in quanto è deputata all'apprezzamento e alla sanzione delle condotte umane, di guisa che il potere giudiziario una volta esercitato si espone ad una sorta di doppia valutazione; esso per un verso incidendo direttamente sulla sfera personale del coinvolto, lo ammette alla elaborazione di un giudizio fondato su quanto vissuto, e per l'altro trova sfogo e quindi si apre alla più generale opinione pubblica.

Se è vero che le esigenze di “controllo” del potere debbono essere ampiamente assicurate anche per mezzo delle considerazioni svolte dai singoli, d'altro canto non può sottacersi l'esigenza di tutela delle istituzioni

statali da attacchi che possano incidere negativamente sulla loro autorevolezza e credibilità. Perciò, da un lato è necessario proteggere la magistratura da offese che possano far vacillare il sentimento positivo che la collettività ha nei confronti dell'istituzione giudiziaria, intesa non come complesso di persone alle quali è affidato il compito di esercitarne la funzione, ma come ordine virtuoso proteso a dirimere i conflitti tra i consociati e garantire la pace sociale applicando e attuando valori e regole che compongono un ordinamento; dall'altro è forte la necessità di assicurare ai consociati margini molto ampi di stigmatizzazione dei comportamenti di coloro cui è affidato il compito di amministrare la giustizia, poiché solo così è possibile garantire il controllo dei cittadini sulle scelte e sulle azioni delle autorità.

Le due esigenze descritte inevitabilmente si scontrano quando ad essere esercitato è il diritto di critica, tanto che i contributi della giurisprudenza in materia sono corposi e continui, e mostrano il tentativo di delineare sempre più specificamente le guide attraverso le quali condurre l'opera di bilanciamento.

Una recente e lunga vicenda giudiziaria che ha visto coinvolti da un lato il soggetto passivo di una indagine penale e dall'altro un magistrato in forza all'ufficio di Procura, *dominus* di quella indagine cui il primo era (per certi versi) protagonista, ha condotto alla individuazione di alcuni spunti riflessivi sui quali vale la pena soffermarsi.

La pronuncia si inserisce in un panorama giurisprudenziale che, in assenza di precisi e delimitati limiti positivizzati all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero in forma di critica, si impegna a calmierare, di volta in volta, i confini entro i quali l'esercizio di tale diritto può essere considerato legittimo, ed ancora più in particolare si intercala in quel solco di indagine dedicato specificamente alla critica giudiziaria, ovvero a quei giudizi rivolti avverso i provvedimenti e/o le condotte professionali tenute dai magistrati, approfondendo il complesso rapporto che intercorre tra

esercizio del pubblico potere e apprezzamento che di esso possono farne i consociati.

Al fine di apprezzare alcuni aspetti del provvedimento sarà utile ripercorrere sinteticamente l'itinerario fattuale della vicenda.

Dopo diversi anni dalla chiusura con archiviazione di una vasta indagine penale, colui che era stato interessato dalla stessa, durante una intervista ad un quotidiano locale si lasciò andare a commenti inclementi nei confronti del Procuratore della Repubblica che era stato a capo delle attività procedimentali all'uopo esperite. In particolare egli aveva accusato il Procuratore di aver «perseguitato gente perbene spendendo i soldi della giustizia» e di essere «entrato senza permesso nelle loro case». Inoltre, aveva sostenuto che a causa della sottrazione delle risorse impiegate per la gestione della macroindagine si era verificata la prescrizione di circa 2300 procedimenti a carico di «sicuri malavitosi»²⁸. L'occasione propizia per l'ex indagato di sfogare il proprio malumore avverso gli atti che aveva subito, era stata incentivata, per vero, dallo stesso Procuratore che qualche mese prima dell'intervista aveva egli stesso riaperto il dibattito sull'indagine da lui condotta rivendicandone la bontà²⁹.

²⁸ Cass. pen., sez. I, n. 8801, 13 novembre 2018.

²⁹ La precisazione è d'obbligo posto che la giurisprudenza ha ritenuto, in riferimento al requisito della utilità sociale, che esso non sussisterebbe allorquando la notizia lesiva della reputazione del soggetto passivo venga pubblicata (o ripubblicata) a distanza di tempo, a meno che eventi sopravvenuti non rendano nuovamente attuali i fatti, facendone riemergere l'interesse alla divulgazione. V. in materia di cronaca giornalistica Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834. In riferimento al caso esaminando la lontananza temporale tra l'accadimento dei fatti oggetto di giudizio e quanto proferito dall'imputato avrebbe potuto far vacillare il requisito dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, anche se questa aveva ad oggetto la contestazione dell'esercizio di un potere statale. Tuttavia, bene ha fatto il collegio ad individuare nelle precedenti dichiarazioni della persona offesa la rinnovata attenzione intorno alla vicenda, potendo così ritenere sussistente il criterio dell'interesse pubblico.

Tuttavia, il Magistrato, ritenuto leso il proprio onore e prestigio professionale, aveva dato avvio al procedimento a carico del presunto diffamatore, per farlo riconoscere colpevole del reato di cui all'art. 595 c.p. aggravato dall'uso del mezzo della stampa. Costituitosi parte civile nel processo richiedeva, altresì, il risarcimento del danno.

Il primo grado di giudizio si risolveva con una pronuncia di responsabilità che veniva confermata in grado di appello. La Corte di legittimità adita dall'imputato, non condividendo l'iter argomentativo seguito dal collegio di secondo grado, annullava la sentenza impugnata e rinviava alla corte territoriale per nuove valutazioni di merito³⁰. In particolare, sollecitava i giudici del collegio ad esaminare la vicenda sia prendendo in considerazione l'intero contesto in cui essa si era sviluppata sia raffrontandola più compiutamente con i riferimenti confezionati dalla giurisprudenza, in relazione al legittimo esercizio del diritto di critica. Il nuovo collegio chiamato a pronunciarsi ribaltava le conclusioni cui si era giunti in precedenza mandando assolto l'imputato con la formula "perché il fatto non costituisce reato". Infatti, la condotta veniva ritenuta scriminata *ex art. 51 c.p.* perché pienamente rientrante nell'alveo del legittimo esercizio del diritto di critica. A tal fine l'organo decidente adduceva che seppure le frasi proferite fossero state offensive e lesive della dignità del magistrato,

³⁰ Trattasi della sentenza n. 37226 del 11 luglio 2017, in *www.personaedanno.it*. Già essa meriterebbe approfondimento posto che nell'individuazione dei criteri applicativi per il corretto bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero attraverso l'esercizio del diritto di critica e la tutela dell'onore e della reputazione del soggetto criticato, pone l'accento su alcuni aspetti che caratterizzano il giudizio critico che i consociati possono esperire nei confronti dei poteri statali. In particolare, un passaggio degno di nota evidenzia come nell'operato del giudice chiamato a vagliare il corretto esercizio del diritto in questione, non debba essere messa in discussione l'asprezza del contenuto dei giudizi espressi, ma debba essere valutato se essi si siano o meno tradotti in un attacco alla persona piuttosto che al suo operato. La valutazione dovrà, a proposito, essere rigida escludendo che possa effettuarsi alcun automatismo tra asprezza del contenuto e lesione dell'onore e/o del prestigio professionale.

esse non sarebbero state comunque suscettibili di sanzione poiché non sfociate in una condotta antigiuridica. L'unitaria lettura dei dati processuali, infatti, aveva diretto la Corte di Appello a ritenere la condotta dell'imputato contenuta nei limiti di veridicità, continenza e interesse pubblico. Veniva così affermata la prevalenza della libertà di espressione rispetto alla tutela dell'onore e della reputazione professionale del Procuratore.

La vicenda non giungeva però a conclusione. La parte civile costituita, infatti, ritenuta non corretta la statuizione cui la corte territoriale era pervenuta in sede rescindente, decideva di proporre un nuovo ricorso per Cassazione, lamentando, ai fini che qui interessano, il superamento dei limiti cui il diritto di critica è sottoposto.

La Corte di legittimità con una pronuncia che, come anticipato, merita attenzione ha disposto il rigetto del ricorso per infondatezza ripercorrendo non solo l'iter fattuale che ha connotato la vicenda ma esplicitando con dovizia di particolari i motivi di diritto per i quali il contegno tenuto dall'imputato non potesse essere passibile di sanzione alcuna.

La sentenza in commento, nel richiamare in plurimi passaggi la granitica giurisprudenza in materia con riferimento ai limiti al diritto di critica, si sofferma su di ogni aspetto di essi raffrontandoli generalmente alla critica nei confronti degli esercenti il potere giudiziario e particolarmente alla vicenda posta al vaglio.

Con riferimento all'interesse pubblico alla conoscenza della notizia sottolinea che quando ad essere sottoposto a giudizio critico è l'esercizio di un potere statale, il suddetto requisito deve ritenersi sempre sussistente poiché la libera manifestazione del pensiero in riferimento a temi di interesse generale deve considerarsi «vero e proprio presupposto delle società democratiche, necessario alla possibilità di svolgimento del dibattito pubblico». Quando il potere oggetto dell'opinione del proponente è quello

giudiziario³¹, la critica diviene pure funzionale a garantire il controllo sul corretto operato della magistratura. Per questi motivi il diritto di critica giudiziaria ha una natura ampia considerato che, in democrazia, a maggiori poteri corrispondono maggiori responsabilità e perciò una più alta esposizione al giudizio dei consociati.

Sul requisito della veridicità del fatto ripercorre efficacemente l'iter giurisprudenziale approdato alla consolidata opinione secondo cui, quando ad essere esercitato è il diritto di critica, è sufficiente per dare positivo riscontro a tale elemento, che il propalato sia avviato in conseguenza di un fatto tangibilmente manifestatosi nella realtà. Addirittura la Corte è giunta a sostenere che, pur volendo estrapolare le frasi proferite dall'imputato dal naturale contesto in cui erano inserite, esse avrebbero comunque rispettato il requisito della veridicità in quanto lo zoccolo duro del fatto avrebbe in ogni caso trovato conferma in alcuni atti processuali (in specie la richiesta di archiviazione e il relativo decreto).

In riferimento al delicato profilo della continenza espressiva dopo aver ribadito che il diritto di critica regge anche l'utilizzo di espressioni poco gradevoli purché esse siano pertinenti al tema oggetto di discussione e proporzionate al fatto narrato e al concetto da esprimere, ha inteso, condivisibilmente, ritenere, anche sotto tale aspetto, il comportamento dell'imputato legittimo. Ed infatti, la valutazione globale del compendio istruttorio aveva fatto emergere che le frasi oggetto di doglianza non erano orientate ad aggredire la persona del Procuratore, ma erano servite a segnalare l'inutilità e l'infondatezza dell'indagine condotta. In sintesi,

³¹ Interessante in proposito Cass. pen., sez. V., 5 giugno 2007, n. 34432, in *www.pluriscedam.utetgiuridica.it*, secondo cui il diritto di critica avente ad oggetto i comportamenti dei magistrati e/o i loro provvedimenti deve essere assicurato nella forma il più possibile ampia anche perché la critica è l'unico reale ed efficace strumento di controllo democratico dell'esercizio dell'attività giudiziaria la quale viene esercitata "in nome del popolo italiano" da persone che, a garanzia della fondamentale libertà della decisione, godono di ampia autonomia e indipendenza.

l'obiettivo dell'imputato era dimostrare di essere stato vittima di un'indagine ingiusta e non sorretta da elementi sostanzialmente validi.

La decisione assunta dal supremo consesso appare condivisibile. Infatti, il collegio, nell'esame della vicenda fattuale, fa ottimo governo dei dettami elaborati in materia, ma nonostante ciò, sconta, come si vedrà nel prosieguo, una stonatura argomentativa che, se mal intesa, potrebbe consentire un'apertura verso una maggiore rigidità interpretativa allorquando ad essere oggetto di valutazione critica siano i comportamenti di coloro che esercitano una pubblica funzione, in particolare i magistrati³².

³² Sul punto si precisa che, nel 2009, con la sentenza n. 2066, la Corte di legittimità con una argomentazione, a dire il vero, estremamente succinta, aveva tentato di avallare l'improprietà dell'estensione dei criteri di operatività del diritto di critica individuati in materia sindacale e politica anche alla critica giudiziaria, in specie alla critica endoprocessuale. Preciso ed efficace in proposito il commento di G. INSOLERA, *Il diritto di critica giudiziaria e i suoi limiti*, in *Criminalia 2009*, Edizioni ETS, 2010, 364 ss. L'a. commenta aspramente il provvedimento citato, evidenziando come "l'operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi accomuna i vari settori trovando, ovviamente, diverso svolgimento in ragione della concretezza dei casi"; ed ancora, ritiene non condivisibile la prospettiva segnata dal supremo consesso circa l'applicazione diversificata dei criteri costruiti per la valutazione del legittimo esercizio del diritto di critica, in quanto ciò implicherebbe la costruzione di una "diversa consistenza dei diritti fondamentali della persona (reputazione, dignità, considerazione sociale)" a seconda che essa ricopra il ruolo di politico o di amministratore pubblico oppure di magistrato. Per l'a. una conclusione di tal tipo colliderebbe, irragionevolmente, con il principio di eguaglianza e pari dignità sociale. Allo stesso modo critico L. PISTORELLI, *Il diritto di critica giudiziaria ed i suoi limiti*, in *Criminalia 2009*, Edizioni ETS, 2010, 382, il quale non ritiene convincente l'utilizzo di un "doppio binario" per la valutazione dei limiti alla libertà di espressione. Specie perché i parametri di detta valutazione non trovano forti ancoraggi nel diritto positivo. Per l'a. «la metabolizzazione giurisprudenziale del progressivo imbarbarimento del linguaggio mediatico, anche con riferimento alla critica dei provvedimenti giudiziari, può essere più o meno condivisa, ma voler trasformare le aule di giustizia nell'ultimo "tempio" [...] della continenza espressiva è, prima ancora che operazione giuridicamente discutibile, pretesa non priva di ipocrisia.»

4. Il «maggior rigore» interpretativo nella critica giudiziaria.

In tema di critica giudiziaria³³ l'opera di bilanciamento diviene particolarmente delicata poiché per un verso è costante la necessità di lasciare i margini della libertà di espressione il più ampi possibile; e per altro verso tale necessità va contemperata sia alla particolare funzione pubblica esercitata dai magistrati³⁴, sia alla circostanza che questi ultimi, dovendo assolvere a particolari doveri di discrezione³⁵, non hanno piena possibilità di rispondere con veemenza agli attacchi subiti.

³³ Sul punto è interessante il contributo di V. ZENO – ZENCOVICH, *La reputazione del magistrato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, 138 ss., il quale muovendo l'indagine da una rapida ma attenta analisi della giurisprudenza, e dopo aver individuato alcuni punti fermi che debbono governare la materia, li applica agli esercenti il potere giudiziario, tentando così di delineare i corretti parametri attraverso i quali accertare la consistenza della reputazione del magistrato e l'entità delle lesioni cagionate ad essa.

³⁴ Sulla ormai consolidata liceità della critica avverso i comportamenti o provvedimenti dei magistrati e per una rapida analisi della questione con riferimento alla giurisprudenza nazionale ed europea, v. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato, saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 123 ss. Secondo l'a. la Corte EDU «fatica a limitarsi a valutare il rispetto della tutela dei magistrati come individui titolari dei diritti all'onore e alla reputazione».

³⁵ A titolo esemplificativo v. M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia -<media> nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2000, V, 219, il quale analizza la pronuncia della Corte EDU Buscemi c/ Italia, del 16 settembre 1999, consultabile in <http://www.echr.coe.int>, con la quale è stato censurato il comportamento di un Presidente del Tribunale per minorenni che aveva inviato una lettera ad un quotidiano al fine di replicare alle dichiarazioni del padre di una bambina che aveva attribuito all'amministrazione della giustizia, con toni bruschi, un atteggiamento violento e persecutorio. Al fine di ritenere il comportamento del Magistrato non improntato a ciò che impone la sua funzione, la Corte ha ricordato che la stessa discrezione che si impone alle autorità giudiziarie «quando sono chiamate a giudicare, al fine di garantire la loro immagine di giudici imparziali», deve condurre i medesimi a «non utilizzare la stampa, neppure per rispondere a provocazioni». Ad imporre un tale atteggiamento interviene «l'esigenza superiore della giustizia e la natura elevata della funzione giudiziaria».

Per questi motivi si è spesso ritenuto che, quando ad essere oggetto di critica sia il comportamento di un individuo appartenente alla magistratura, i confini della continenza si debbano restringere o comunque debbano essere valutati con maggior rigore³⁶. Tanto che allorché oggetto della discussione siano valori particolarmente importanti e delicati quali la professionalità e l'etica di un magistrato, la valutazione della continenza non debba andare oltre il limite della stretta necessità delle espressioni offensive.

La Corte EDU in uno dei più famosi arresti che hanno avuto ad oggetto la questione, ha sostenuto che in questi casi i limiti posti alla critica non rispondono alla sola esigenza di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, ed in particolare della sua dignità, ma concorrono al corretto funzionamento delle istituzioni. Queste ultime debbono essere tutelate da attacchi essenzialmente distruttivi, i quali – come già anticipato precedentemente - rischiano di minare la fiducia del pubblico nella giustizia, specie se si considera che i magistrati debbono ottemperare a quel dovere di discrezione che impedisce loro di autotutelarsi, replicando alle accuse subite.³⁷.

³⁶ Cfr. Cass. pen. 8 agosto 2006, in *Foro it.* II, 166, con nota di G. LEINERI, ove viene sostenuto, in parte motiva, che il limite della continenza deve essere necessariamente più rigoroso nel caso in cui debba essere esaminato non nella prospettiva di una disputa tra gruppi politici contrapposti ma abbia ad oggetto una polemica «unilateralmente promossa attraverso l'arbitrario inserimento di magistrati all'interno di un supposto schieramento politico antagonista»..

³⁷ Cfr. Corte EDU, *Kobenter e Standard c/ Austria*, 2.11.2006, consultabile su www.echr.coe.int. La medesima sentenza ha ribadito, in ogni caso, che l'art. 10 CEDU non protegge esclusivamente le idee o informazioni inoffensive o guardate con favore o indifferenza, ma soprattutto quelle che offendono, scioccano o disturbano. Sul punto M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia -<media> nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2000, V, 209, aveva già rivelato, nell'occuparsi del caso *Sunday Times*, che l'ampia protezione che l'art. 10 offre alla libertà di espressione era già stata esplicitata nella sentenza della Corte Europea 7 dicembre 1975, *Handyside c. Regno Unito*, consultabile in *Foro it.*, 1977, IV, 113, alla quale la sentenza *Sunday Time*, del 25 aprile 1979,

Sul punto la sentenza commentata nel paragrafo precedente muove un passaggio che esige qualche precisazione. La Corte timidamente, richiamando la giurisprudenza della Corte EDU appena citata, sembrerebbe predicare una diversa rigidità dei limiti rispetto alla valutazione delle espressioni critiche rivolte alla magistratura e più in generale agli esercenti una funzione pubblica. Essa sostiene che seppure i limiti della continenza, della verità e dell'interesse alla conoscenza della notizia debbono ritenersi operanti anche nel caso in cui il giudizio di apprezzamento negativo venga rivolto contro dei soggetti che svolgono una funzione pubblica, come lo sono i magistrati, essi subiscono una valutazione maggiormente rigorosa, ciò sul fondamento per il quale la maggiore rigidità è determinata dall'esigenza di tutela dell'apparato giudiziario da attacchi che, privi di fondamento, si risolverebbero in aggressioni al magistrato esclusivamente personali³⁸.

A parere di chi scrive, posto che il laconico passaggio non permette di indugiare troppo sul punto, l'opzione ermeneutica proposta può essere condivisa solo ove la Corte abbia voluto intendere che la funzione pubblica svolta dal Magistrato e il dovere di riservatezza su di lui gravante, siano importanti tasselli della vicenda fattuale da tenere in debita considerazione

consultabile in *Foro it.*, 1979, IV, 193, aveva voluto aggiungere che tali principi rivestono una speciale importanza per ciò che concerne la stampa ed i suoi rapporti con l'amministrazione della giustizia rifiutando che si possa operare a priori «una scelta tra due principi antinomici», e insistendo, viceversa, nell'effettuazione di un bilanciamento di interessi da realizzare di volta in volta.

³⁸ Si ritiene opportuno riportare testualmente il passo della sentenza in commento: «Siffatti limiti, peraltro, devono ritenersi operanti, seppur con maggiore rigore, anche nel caso in cui il giudizio di apprezzamento negativo venga rivolto nei confronti dei soggetti che svolgono una funzione pubblica, quali i magistrati, dal momento che, in tali situazioni, il diritto di critica deve confrontarsi con la circostanza che il dovere di riservatezza generalmente impedisce ai magistrati presi di mira di reagire agli attacchi loro rivolti [...] Pertanto il maggior rigore imposto nel caso in cui il diritto di critica venga esercitato nei confronti di un magistrato è giustificato dalla necessità di difendere l'apparato dell'amministrazione della giustizia da attacchi che, privi di fondamento, si risolverebbero esclusivamente in aggressioni *ad hominem*».

nell'opera di analisi e bilanciamento; viceversa, si dovrebbe rigettare l'ipotesi secondo cui le caratteristiche citate operino a priori sull'operazione valutativa restringendo i confini entro i quali il giurista deve vagliare la condotta tenuta³⁹. Ed infatti, appare più opportuno sostenere che tanto la professione svolta quanto la funzione pubblica esercitata siano elementi di valutazione che non agiscono sulla maggiore o minore elasticità dei limiti al diritto di critica, ma intervengono sulla puntuale e corretta contestualizzazione dell'accaduto. Sicché esso non risulta a priori guidato su binari ridotti rispetto a quelli comuni⁴⁰. In siffatte ipotesi, sarà sempre l'esatta e minuziosa contestualizzazione della vicenda a richiamare la necessità di un contegno più o meno rigoroso.

Detta precisazione potrebbe apparire *prima facie* sterile, tuttavia è proprio il caso esaminando a porre in luce la pericolosità di un approccio aprioristicamente restrittivo all'analisi della fattispecie concreta.

Se la Corte avesse effettivamente sposato questa linea di pensiero nel giudicare il caso esaminando probabilmente avrebbe dovuto concludere alla

³⁹ Seppure con riferimento alla critica giudiziaria endoprocessuale v. nota 32.

⁴⁰ Specie nella giurisprudenza di merito si assiste ancora a pronunce che pur non dichiarandolo espressamente, tentano di ricostruire la categoria dei magistrati come se essi fossero soggetti intoccabili. Ne è un esempio la sentenza 30 ottobre 2018, della Corte di appello di Salerno, la quale ha ritenuto responsabile e quindi condannato ad un maxi risarcimento (omnicomprensivo) di 50,000 € un dirigente amministrativo che aveva osato, in una nota interna agli uffici (e a diramazione limitata), censurare alcune modalità di condotta di un magistrato senza neppure farne il nome. Pur non potendo in questa sede entrare nel merito delle molteplici criticità del provvedimento, ciò che desta particolare malumore è che la valutazione della vicenda che ha condotto i giudici a ritenere la dignità e la professionalità del magistrato degni di prevalere rispetto alla libera esternazione nel pensiero, è un precipitato di asserzioni che non si preoccupa neppure di porre adeguatamente al vaglio dei limiti al diritto di critica le frasi vergate dal convenuto, ed anzi, addirittura le decontestualizza ritenendo di doverle valutare al di fuori del rapporto che intercorreva tra le parti, tra l'altro sbilanciandosi, in alcuni punti, in elogi al magistrato che, a parere di chi scrive, esorbitano dalle considerazioni che avrebbe dovuto operare il Collegio giudicante.

stessa maniera dei giudicanti dei primi due gradi di giudizio, i quali avevano ritenuto l'imputato colpevole poiché le espressioni usate avevano esorbitato, tra l'altro, il limite della continenza espressiva. Ed infatti, nessuno dubita circa l'asperità delle espressioni utilizzate dall'imputato per contestare le modalità di esercizio del pubblico potere, ma è chiaro che lo stesso abbia formato la sua condotta su di un compendio fattuale in cui lui era un protagonista. Il suo "grido" alla infondatezza dell'indagine svolta non era quello del *quivis de populo*, ma di un soggetto che aveva subito gli atti di quell'indagine e li aveva percepiti come ingiusti, specie alla luce dell'approdo cui il procedimento era giunto.

Il collegio rescindente, tra l'altro, riconobbe valore contestualizzante al fatto che il dibattito sul procedimento era stato avviato proprio dal Procuratore il quale ne rivendicava la fondatezza nonostante l'amaro epilogo cui era pervenuto.

L'applicazione della scriminante dell'esercizio del diritto si era fondata in special modo sulla valorizzazione di questi elementi a prescindere dal fatto che le frasi fossero state proferite contro un Procuratore della Repubblica. Tale elemento seppure sottoposto ad analisi non era stato decisivo per ritenere la condotta rimproverabile. Sembra potersi ritenere altrettanto chiaramente che le medesime frasi espresse da un soggetto completamente estraneo ai fatti, probabilmente non avrebbero retto al giudizio di bilanciamento specie avuto riguardo al requisito della continenza espressiva. Le diverse conclusioni illustrate (seppure la seconda solo in via ipotetica) sono possibili solo ove l'interprete abbia la possibilità di condurre la sua opera avviando l'indagine dal medesimo punto di partenza e canalizzando nei criteri offertigli tutti i tasselli che compongono e colorano il quadro fattuale. Viceversa se l'avvio del procedimento ermeneutico deve considerarsi influenzato a priori dalla funzione svolta dall'offeso allora, sempre probabilmente, le esternazioni, chicchessia le avesse proferite, avrebbero dovuto condurre ad un giudizio di condanna perché

ineludibilmente sproporzionate se raffrontate esclusivamente alla posizione lavorativa e alla funzione espletata dalla persona offesa.

Con ciò non vuole paventarsi il discostamento da quel filone giurisprudenziale che ritiene doversi proteggere la magistratura da attacchi infondati tra i quali, sovente, viene fatta rientrare la mera attribuzione di mala fede⁴¹ all'organo giudicante o inquirente, quanto piuttosto evidenziare come nell'attività valutativa tutte le caratteristiche del caso rivestono la medesima importanza senza alcuna prevalenza logica delle une sulle altre.

Invero, la gratuita attribuzione di mala fede all'organo inquirente o giudicante, e più in generale a chiunque abbia a che fare con la cosa pubblica, implica l'illiceità della condotta non perché vi è una diversa (e più rigorosa) valutazione dei criteri disciplinanti la materia, ma perché in assenza di validi substrati fattuali a cui ancorare l'opinione critica, essa non risponde al temperato presupposto della veridicità⁴². Venuto meno il quale

⁴¹ V. Cass., sez. V., 9 giugno 2004, n. 28661, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*, la quale ha stabilito che non costituisce legittimo esercizio del diritto di critica la gratuita attribuzione di mala fede al pubblico ministero, il cui risultato investigativo viene presentato come il frutto di complotti e strategie politiche, perché il tal caso non si esprime un motivato dissenso avverso gli atti compiuti, ma si afferma un fatto che necessita rigorosa prova. In proposito v. la nota alla sentenza di M. LOMBARDO, in *Giur. It.*, 2005, 1048 ss.

⁴² In proposito è interessante la pronuncia della Corte di Cassazione, 8 agosto 2006, consultabile in *Foro it.*, 2007, II, 166. Il caso verteva sulla valutazione della portata diffamatoria, in danno di alcuni magistrati in forza alla Procura di Palermo, di un articolo e una intervista pubblicati su una testata nazionale. In particolare il diffamatore ritenuto responsabile aveva accusato i magistrati di condurre indagini politiche «evocando l'intento di favorire una determinata forza politica a scapito di un'altra». La difesa dell'imputato aveva lamentato nei motivi di impugnazione la mancata concessione della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. potendo essere, a suo dire, la condotta scriminata dal legittimo esercizio del diritto di critica. La Corte, ritenendo convincente l'iter argomentativo seguito nei precedenti gradi di giudizio, ha ritenuto precisare che «una volta attestata la falsità delle circostanze esposte nell'articolo e nell'intervista oggetto di imputazione, e verificata la portata lesiva dell'onorabilità delle persone offese [...] v'è quanto basta per ritenere superata la soglia all'interno della quale vanno parametrati i confini entro i quali va riconosciuto il diritto, costituzionalmente presidiato, di manifestare

non può considerarsi scriminato il comportamento tenuto poiché esulante dal perimetro entro cui il diritto di critica può essere legittimamente esercitato.

5. Considerazioni conclusive

È utile osservare che qualsiasi critica diretta alla disapprovazione del comportamento di un soggetto è astrattamente idonea ad incidere anche negativamente sulla reputazione di questi, essendo potenzialmente lesiva della sua sfera individuale. Tuttavia, escludere la liceità della condotta ogni volta che onore e reputazione del destinatario ne risultino anche minimamente lesi vorrebbe dire negare lo stesso esercizio del diritto di critica, il che si tradurrebbe in una inopportuna e ingiustificabile compressione della libertà costituzionale tutelata e garantita dall'art. 21. Ragionare a contrario porterebbe, irrazionalmente, a sostenere che l'ordinamento tutela la libera manifestazione del pensiero solo e soltanto quando questa sia foriera di apprezzamenti, elogi e valutazioni positive dell'altrui operato.

liberamente e con ogni mezzo il proprio pensiero.», giungendo così a sostenere che «l'esercizio del diritto di critica, pur assumendo necessariamente connotazioni soggettive ed opinabili, specie quando lo stesso abbia ad oggetto l'esercizio di pubbliche funzioni, richiede [...] che, comunque, le critiche trovino riscontro in una corretta e veritiera riproduzione della realtà fattuale» non potendosi risolvere in una ricostruzione volontariamente distorta di quest'ultima preordinata unicamente ad «attirare l'attenzione negativa dei lettori sulla persona criticata». Ad una corretta analisi della vicenda allora parrebbe più opportuno ritenere che nel caso di specie non si siano ristretti aprioristicamente i limiti su cui fondare l'opera di bilanciamento, viceversa, l'analisi normale e sempre accurata di questi ha condotto a ritenere non sussistente uno dei requisiti per l'applicazione della scriminante dell'esercizio del diritto. In particolare la falsità della base fattuale su cui si era fondato il giudizio di disvalore aveva fatto escludere che potesse ritenersi soddisfatto il limite della verità della notizia.

Se ne deduce che il diritto di critica può essere esercitato anche attraverso l'utilizzo di espressioni molto dure e finanche lesive della reputazione altrui, purché esse siano strumentali alla manifestazione di un dissenso ragionato nei confronti del comportamento oggetto di giudizio e non si risolvano in una gratuita aggressione della sfera morale e, più in generale, personale dell'offeso.

Ciò vale anche per la critica avverso i comportamenti e/o i provvedimenti degli esercenti il potere giudiziario i quali certamente subiscono il rovescio della medaglia dell'essere detentori di un elevato grado di potere. Ed infatti, a maggiori poteri specularmente corrispondono maggiori responsabilità, che si traspongono, dal punto di vista dell'opinione pubblica, in una più intensa esposizione al giudicato dei consociati⁴³.

Pertanto, seppure è opportuna, ed anzi necessaria, la tutela degli apparati pubblici da espressioni accusatorie le quali, se infondate, avrebbero l'unico demerito di scalfirne la levatura e l'autorevolezza, tacciare indistintamente colui che palesa apprezzamenti inclementi contro l'esercizio del potere vorrebbe dire, in uno Stato democratico, negare la possibilità di confutare le modalità di gestione del potere stesso e ciò si tradurrebbe nella assurda proibizione di quel diritto, costituzionalmente garantito, che pone le sue salde radici nella libertà di pensiero.

In definitiva, e con precipuo riferimento al caso esaminato, seppure le esternazioni proferite si spiegano in valutazioni spietate e aspre, esse rappresentano il legittimo giudizio negativo che il soggetto passivo dell'indagine può esprimere nei confronti del potere giudiziario, purché il formulato giudizio di disvalore riguardi unicamente la conduzione di tale potere, senza trascendere in invettive contro la persona, in questo caso il magistrato, che ne ha guidato l'esercizio.

⁴³ Interessante il contributo di P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., 169, il quale, in riferimento al legittimo esercizio del diritto di critica, individua una «zona di illuminabilità» che è tanto più ampia quanto più in alto è collocata la persona.

È possibile mantenere fede all'ultimo assunto solo ove, al fine di condurre positivamente l'opera di bilanciamento, all'interprete siano lasciati, in ogni caso e a prescindere dai soggetti coinvolti, gli stessi margini di operatività; nel senso che i punti focali individuati quali limiti al diritto di critica (continenza espressiva, verità e interesse alla conoscenza della notizia) debbono rimanere non solo costanti ma pure della medesima ampiezza, cosicché starà all'operatore del diritto, a conclusione del procedimento ermeneutico, stabilire quale tra gli interessi in conflitto debba prevalere nel caso specifico. Il raffronto tra la condotta in concreto tenuta dal criticante e la massima estensione di essa ipotizzabile in astratto - la quale ultima segnerà il limite di liceità dell'agire del soggetto - sarà il risultato di una operazione che avrà ad oggetto tutte le singole partizioni della vicenda fattuale (compresa l'attività lavorativa svolta dai protagonisti), senza alcuna prevalenza logica delle une sulle altre; perciò l'avvio del percorso valutativo non sarà preventivamente modellato su schemi diversi, ma, a contrario, permanendo fissi i parametri di giudizio, le conclusioni alle quali perverrà l'interprete saranno il frutto dello scenario concretamente delineatosi.

Alla luce di questa ricostruzione, l'apertura effettuata dalla Corte rispetto ad una maggiore rigosità delle valutazioni ove il destinatario delle esternazioni critiche sia un magistrato, e più in generale un esercente la pubblica funzione, non appare convincente, ed anzi addirittura pericolosa. Infatti, per un verso la posizione professionale dell'offeso non può inopinatamente segnare una diversa ampiezza dei limiti alla libertà di critica e più in generale di espressione, e per altro verso paventare detta maggiore rigosità nei confronti di chiunque eserciti una pubblica funzione amplierebbe ingiustificatamente il novero dei soggetti che dovrebbero godere di una posizione "privilegiata" rispetto alle opinioni di disvalore formulate dai singoli avverso i loro comportamenti.

In estrema sintesi appare più ragionevole ritenere che professione svolta e funzione pubblica esercitata dall'offeso siano condizioni che non

alterano a priori i confini dei limiti al diritto di critica, ma, in quanto elementi di connotazione del caso concreto, lo arricchiscono e intervengono nella esatta contestualizzazione dell'accaduto.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ARIANNA MACERATINI

Lo spazio e il tempo del diritto.

Riflessioni sulla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann

ABSTRACT – The social system expresses, in Luhmann, a connection, endowed with meaning, of social actions, distinct from an environment of irrelevant communications: system and environment are mutually dependent and their boundary is structured as an instruction to be crossed by both sides. Communications escape any traditional temporal order: the time of systemic processes expresses the possibility of eliminating non-actualized selective opportunities, reaching irreversible situations, while maintaining these communicative possibilities as functionally equivalent alternatives, to be made explicit in decision-making through the particular function. The notion of systemic contingency leads to the identification of a communicative practice referred to the uncertainty of behavioral expectations and open to decision-making risk. The function of law consists, in fact, in the generalization and stabilization of behavioral expectations, verified a posteriori by the persistence of systemic differentiation. In this way, law exposes itself to social unknowns by contradicting its reason for existence as a differentiated system.

KEYWORDS – Social systems - space - time - contingency - legal system.

**Lo spazio e il tempo del diritto.
Riflessioni sulla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann****

SOMMARIO: 1. *Sistemi sociali e differenziazione funzionale* – 2. *Spazio* – 3. *Tempo* – 4. *Contingenza e rischio* – 5. *Sistema giuridico* – 6. *Conclusioni*.

1. Sistemi sociali e differenziazione funzionale

La Teoria Generale dei Sistemi di Luhmann è rivolta alla descrizione e all'analisi dei rapporti comunicativi tra i sistemi sociali e il loro ambiente, complesso e instabile, da controllare e ridurre¹. In essa, infatti, la società non è ancora intesa come sistema globale, comprendente diversi sottosistemi da integrare, ma è in relazione alla complessità del reale,

* Ricercatrice in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Macerata

** Contributo sottoposto a valutazione anonima

¹ Le fonti storiche e culturali più significative della Teoria Generale dei Sistemi di Luhmann si rinvencono nel legame e nel confronto con la sociologia nordamericana, in particolare con il funzionalismo post-parsonsiano, e con la Teoria Generale dei Sistemi, formulata da Ludwig von Bertalanffy sul finire degli anni Venti, che stabilisce nessi con la teoria dell'informazione, la cibernetica, la teoria delle decisioni e la teoria dei giochi. Al riguardo, scrive Luhmann: «La moderna teoria dei sistemi ha due predecessori: il concetto di organismo e il concetto di macchina», N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung, Bd. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1970, tr. it. *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, 42. I tradizionali concetti di macchina e di organismo sono, tuttavia, da riferire alla concezione ontologica del sistema, che vuole ogni ambito di senso costituito dall'unione delle parti di cui si compone, il cui esito rappresenta qualcosa di ulteriore dalla somma delle componenti.

attualizzandone alcune possibilità di selezione². In questo compito, la teoria luhmanniana non propone una soluzione univoca, ma una prospettiva critica e di comparazione con disparati approcci di studio e percorsi di ricerca: la stessa scienza sociologica è, infatti, concepita come sistema, in grado di trovare in sé i propri presupposti di riflessione.

Per sistema sociale si intende, in Luhmann, un nesso, dotato di senso, di azioni sociali che rinviano l'una all'altra in modo tale da poter essere distinte rispetto ad un ambiente costituito da comunicazioni non pertinenti³. Il sistema sociale, precisamente, esprime la differenza tra sé stesso, formato da comunicazioni funzionalmente orientate⁴, e l'ambiente privo di funzioni, complesso e contingente. Sistema e ambiente risultano, dunque, precisati dalla relazione tra un dentro e un fuori, ovvero, dalle comunicazioni dotate di una specifica funzione e da ogni altro tipo di comunicazione che non si identifichi con esse. Il sistema sociale viene, pertanto, delineato come *forma*, cioè come distinzione di due lati, simmetrici, fungibili e contingenti, offerti dallo stesso sistema (l'interno

² Nella concezione sociale di Luhmann, il mondo non è più inteso come «concatenazione di nessi necessari e oggettivi che trascendono le logiche dell'azione, per configurarsi come risultato di decisioni e di scelte, vale a dire: come una produzione artificiale contingente», *ivi*, 24.

³ Cfr. *ivi*, 131-132.

⁴ Sulla comunicazione, quale elemento ultimo dei sistemi sociali, unità elementare della costituzione autopoietica, cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1984, tr. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 1990. Il sistema sociale, attraverso la comunicazione, si costituisce come sistema di azione: la comunicazione indica, pertanto, l'unità elementare della costituzione autopoietica dei sistemi sociali, mentre l'azione va considerata come unità elementare di auto-osservazione e autodescrizione, cfr. *ivi*, 283 e 294. Sulla comunicazione come concetto cardine nella teoria di Luhmann, si veda R. STICHWEH, *Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of "Communication" as a Theoretical Option*, in *Acta Sociologica*, XLIII/2000, 5-13.

della forma) e dall'ambiente (l'esterno della forma)⁵. «Solo le *due* parti insieme costituiscono la distinzione, costituiscono la forma, costituiscono il concetto. L'ambiente è così per questa forma indispensabile e importante proprio come il sistema stesso»⁶. Tutto ciò che può essere descritto e osservato tramite tale distinzione appartiene al sistema, o meglio, alla forma sistema/ambiente che opera nella contingenza comunicativa⁷. Il sistema non rappresenta, in definitiva, un ordine di elementi, ma va riferito all'ambiente, dal quale il primo si differenzia traendone identità funzionale. «Il senso e la funzione della formazione di sistemi - e questa è l'innovazione più importante - non vengono più intesi solamente nell'ordine interno di parti in un'unità, ma nella formazione di un confine, cioè di una differenza di ordinamento fra sistema e ambiente che, all'interno del sistema, permette un agire caratterizzato da una complessità ridotta»⁸.

2. Spazio

Sistema e ambiente, pur nella reciproca differenziazione, non possono darsi l'uno senza l'altro⁹: in tal modo, il limite tra i due contesti

⁵ Cfr. N. LUHMANN, *The Concept of Society*, in *Thesis Eleven*, XXXI/1992, 69. Luhmann, nella delineazione del concetto di forma, riprende la definizione di G. Spencer Brown di meccanismo in grado di marcare una distinzione con l'indicare uno dei due valori in opposizione dei quali è composto il codice binario, cfr. N. LUHMANN, *Der Gleichheitssatz als Form und als Norm*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 3/1991, 435-445; tr. it., *Il principio di uguaglianza come norma e come forma*, Armando, Roma, 2017, 43.

⁶ N. LUHMANN, *The Concept of Society*, cit., 69.

⁷ Per una critica dell'osservazione sistemica in riferimento alla funzione giuridica, si veda L. AVITABILE, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁸ N. LUHMANN, *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971, tr. it. parziale *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978, 148.

⁹ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Angeli, Milano, 1992, 19.

separa i versanti della forma e, al contempo, segna la loro unità, osservata dai sistemi mediante specifiche operazioni. Per questa ragione, il confine tra i due ambiti non è fondato da alcuna delle parti, ma è strutturato come *istruzione ad attraversarlo*, da entrambi i lati¹⁰. Il concetto di forma indica, allora, la procedura della distinzione funzionale da essa stessa delimitata. D'altro canto, indicare un lato della forma equivale a definire, per relazione di differenza, l'altra parte, poiché nessun lato è completo senza il riferimento all'altro, proprio come avviene nei rapporti tra sistema e ambiente. È da notare che il rinvio tra gli elementi della forma non va inteso come conciliazione degli estremi, ma quale indispensabile presupposto per la distinguibilità della distinzione. «L'unità della forma non è il suo senso 'superiore', un senso spirituale. Essa è piuttosto il *terzo escluso* che non può essere osservato finché si osserva con l'ausilio della forma»¹¹, cosicché l'unità della forma è presupposta come differenza¹². La differenziazione comunicativa dall'ambiente è prerogativa irrinunciabile dei sistemi che da una differenza autopoieticamente sorgono e tramite successive differenziazioni operano, mantenendosi in vita. La forma e i confini del sistema sono determinati dalla funzione, custodita dal codice binario che relaziona i due valori in opposizione escludendo ogni significato terzo. Essendo orientato dal rapporto di identità per relazione¹³, il mantenimento autopoietico della funzione non solo è conciliabile, ma è sostenuto dalla struttura aperta dei processi comunicativi dai quali il sistema sociale attinge un'ampia gamma di alternative di riduzione del reale e di corrispondenti possibilità di adattamento sistemico. Una delle principali prestazioni sistemiche consiste, infatti, nel gestire la complessità ambientale senza

¹⁰ Cfr. N. LUHMANN, *The Concept of Society*, cit., 69.

¹¹ N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 18.

¹² Cfr. *ivi*, 19.

¹³ Sulla distinzione tra identità e differenza, in Luhmann, e sulla definizione dell'*identità* come *divenire*, cfr. S. D'ALESSANDRO, *L'identità della differenza. Ri-pensare la "Relazione" nei sistemi sociali*, Angeli, Milano, 2014.

sacrificarla completamente, descrivendo un dispositivo *flip-flop* di elaborazione binaria dell'esperienza¹⁴. Viene, così, tracciato il confine tra la complessità ambientale, ridotta e mantenuta come alternativa di selezione, e la complessità del reale da ridurre trasformando le incognite esterne in quesiti interni di razionalità procedurale che aumentano la complessità del sistema. Infatti, quanto più complesso è un sistema, tanto più complesso può essere il suo mondo, nel parallelo incremento delle complicazioni e delle riduzioni della complessità ambientale¹⁵. L'efficacia delle procedure di autoreferenziale differenziazione funzionale sarà verificata a posteriori dalla stessa capacità sistemica di assorbire la complessità del reale. Le operazioni che, riflessivamente, producono la chiusura del sistema sociale e ne determinano l'unità di funzione sono rappresentate, come si è detto, da comunicazioni autopoietiche. Il sistema si dice *autopoietico*¹⁶ ove sia in grado di individuare una specifica modalità procedurale, realizzata esclusivamente al suo interno. «Un sistema comunicativo è dunque un sistema completamente chiuso che genera le componenti di cui è costituito attraverso la comunicazione stessa. In questo senso un sistema comunicativo è un sistema autopoietico che produce e riproduce, attraverso il sistema, tutto ciò che funge da unità per il sistema. È evidente che tutto questo può accadere soltanto in un ambiente e in modo dipendente dalle

¹⁴ Cfr. G. POGGI, *Introduction*, in N. LUHMANN, *Trust and Power* (I ed. 1979), Chichester, New York, Bissane, Toronto 1979, X-XI.

¹⁵ Cfr. *ivi*, 149.

¹⁶ Sono autopoietici quei sistemi che «riproducono continuamente se stessi e che non solo scelgono da sé la propria organizzazione, quindi strutturano se stessi, ma costituiscono anche da sé come unità gli elementi, le unità ultime, gli atomi o individui a partire dai quali sono costituiti», N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6, Die Sociologie und der Mensch*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005; tr. it., *Che cos'è la comunicazione?*, Mimesis, Milano, 2018, 24. Il concetto di autopoiesi è stato introdotto da Humberto Maturana nel definire l'organizzazione degli organismi, cfr. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Angeli, Milano, 1996, 53.

limitazioni imposte dall'ambiente»¹⁷. I sistemi sociali si distinguono, altresì, per le operazioni ricorsive, che variano assecondando il processo comunicativo, e per la forma del codice binario contraddistinto da un valore positivo, indicante il raccordo delle operazioni, e da un valore negativo come espressione della complessità ambientale¹⁸. Funzione del codice è informare su ogni tipo di esperienza e di azione che entri a far parte della specifica funzione, fornendo elementi per successive comunicazioni. «Tali codici devono essere in grado di adempiere una funzione che vogliamo denotare come *generare informazione*»¹⁹. Le procedure sistemiche si svolgono, poi, nei movimenti di referenza – *autoreferenza* o chiusura operativa ed *eteroreferenza* o apertura informativa – che vedono i sistemi aprirsi all'ambiente e assumere informazioni, chiudersi in sé e ridurre complessità con l'assegnare materiali ai due versanti della codificazione, dischiudersi e immettere nell'ambiente decisioni di complessità semplificata. E' da rilevare come, in tali operazioni, la distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza sia praticata riflessivamente dalle procedure sistemiche²⁰. I rapporti tra sistema e ambiente vengono illustrati con il ricorso al concetto dell'*accoppiamento strutturale* in grado, secondo Luhmann, di rispondere efficacemente a come possa un sistema, operativamente chiuso, interagire con l'esterno, assumendo informazioni da elaborare attraverso il codice

¹⁷ Ivi, 24.

¹⁸ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 139. «Con la verità, l'amore, la proprietà, il potere, si può fare qualcosa. I corrispondenti valori negativi sono disponibili solo ai fini del controllo e producono il contesto mediante il quale la prassi del raccordo della parte positiva dei media può diventare selezione razionale», *ivi*, 140.

¹⁹ N. LUHMANN, *Liebe als Passion: Zur Codierung von Intimität*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1982; tr. it. *Amore come passione. La codificazione dell'intimità*, Laterza, Roma-Bari, 1985, 97.

²⁰ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 28.

binario²¹. «Gli accoppiamenti strutturali sono forme di simultanee (e perciò non causali) relazioni. Essi sono coordinazioni analogiche, non digitali»²². La nozione di accoppiamento strutturale presuppone che il sistema autopoietico operi in conformità alla propria struttura escludendo, cioè, che dati ambientali possano specificare quanto accade nel sistema²³: la complessità esterna è interpretata e ricostituita come complessità interna, assumendola come *irritazione*²⁴. Il verificarsi dell'accoppiamento strutturale non conduce, pertanto, alla fusione dei contesti considerati o al loro coordinamento operativo, bensì, ad una momentanea coincidenza²⁵. La capacità di collegamento degli eventi è, in ogni caso, determinata dal sistema come esito di selezioni interne che ripropongono la distinzione tra sistema e ambiente²⁶. «In questo senso, l'accoppiamento deve essere concepito come una differenza, come una forma con due lati: un lato interno che ammette l'irritazione e un lato esterno al quale il sistema rimane indifferente»²⁷. La stessa forma che costituisce la differenza tra sistema e

²¹ Sul concetto di accoppiamento strutturale, nella teoria dei sistemi sociali, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *Sociologia della modernità. Forme e conseguenze della complessità sociale*, ERREGI, Milano, 2012, 25-29.

²² N. LUHMANN, *Operational Clousure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Review*, XIII/1992, 1432.

²³ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 33.

²⁴ Cfr. *ibidem*.

²⁵ Cfr. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *op. cit.*, 32.

²⁶ Cfr. *ivi*, 33.

²⁷ N. LUHMANN, *Operational Clousure*, *cit.*, 1433. Secondo alcuni critici, sarebbe possibile distinguere la prima produzione luhmanniana, rappresentata dalla *Rechtssoziologie* del 1970 dalla più recente produzione, rappresentata dal lavoro *Soziale Systeme* del 1984 sulla base del maggior riguardo riservato in passato al momento di apertura del sistema all'ambiente e di una concezione strutturale prettamente difensiva e di filtro. Diversamente, la più recente riflessione luhmanniana si soffermerebbe sul concetto di autopoiesi, efficace nel descrivere la gestione sistemica degli autonomi processi di riproduzione, cfr. A. FEBBRAJO, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, *cit.*, 16-21. La

ambiente. La chiusura del sistema presuppone un ambiente rispetto al quale segnare contingenti confini, costituiti da comunicazioni autoreferenziali e privi di una struttura fisicamente descrivibile, visto che le comunicazioni, nella società complessa, possono rientrare in sistemi e sottosistemi diversi²⁸. Questione centrale diviene, allora, non tanto come un sistema possa mantenersi senza un ambiente, quanto individuare le operazioni che rendano il sistema capace di formare una rete di comunicazioni autoriproducentesi e affidata ad informazioni autogenerate, idonee a distinguere le esigenze interne dalle incognite ambientali²⁹. La razionalità procedurale del sistema sociale risiede, in ogni caso, nella contingente verifica dei meccanismi di riproduzione autopoietica, accertati e giustificati a posteriori dalla stessa sopravvivenza del sistema³⁰.

3. Tempo

La descrizione delle procedure della differenziazione funzionale ha un terreno di svolgimento nella considerazione della dimensione temporale dei processi sistemici e nella chiarificazione del concetto di contingenza. Al riguardo, le comunicazioni sistemiche sfuggono ad un ordine temporale con il quale individuare un prima e un poi, un passato e un futuro procedurale. «La contemporaneità è in effetti non ancora tempo vero e proprio, ma è la base per situare ciò che man mano è presente; ed è così la base per ogni osservazione del tempo che lavori con distinzioni quali prima di/dopo di o

nozione di autopoiesi, comunque, sembra superare la differenza tra sistemi chiusi e aperti, in quanto proprio la loro chiusura attualizzerebbe l'apertura all'ambiente, cfr. *ivi*, 24.

²⁸ Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa e dei sistemi: Niklas Luhmann*, Marzorati, Milano, 1991, 506.

²⁹ Cfr. N. LUHMANN, *Operational Closure*, cit., 1420.

³⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Beobachtungen der Moderne*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992, tr. it. *Osservazioni sul moderno*, Armando, Roma, 1995, 132. Per un approfondimento del concetto di contingenza e di doppia contingenza, cfr. *ivi*, 61 ss.

passato/futuro. E contemporaneità di ogni evento significa: impossibilità di controllare ogni evento»³¹. Le scansioni temporali possono farsi risalire alle distinzioni operate da un osservatore di secondo grado che osserva il sistema operare: le dimensioni spaziali e temporali dipendono, allora, da come si osserva la differenza tra le parti della distinzione mentre la scelta della prospettiva deriva dai criteri adottati dall'osservatore, vista la simmetria funzionale tra i lati della distinzione. In altri termini, spazio e tempo sono concepiti da Luhmann come *media* di osservazioni e distinzioni, costantemente esposti al rischio di passare inosservati³². Si ha dunque, nella teoria sistemica, il superamento della tradizionale misurazione del tempo come successione di passato, presente e futuro: quest'ultimo, infatti, introduce la novità di un'ulteriore differenza attraverso la quale il sistema può riconsiderare le proprie strutture, ovvero, ricostruire il proprio passato e proiettarsi in un futuro ancora da determinarsi assumendo decisioni³³. Il momento s'identifica, allora, con l'attualità dell'osservazione nella quale il presente rappresenta la *macchia cieca* dell'osservare, cioè, la simultaneità procedurale non osservabile ed esclusa dalla forma temporale che essa stessa concorre a delineare. «Il presente deve allora essere concepito come posizione dell'osservatore, che osserva il tempo con l'aiuto della distinzione tra passato e futuro e che proprio perciò deve trattare il proprio osservare come terzo escluso. Se si schematizza così il tempo, il presente stesso è l'insicurezza del tempo, la non osservabilità dell'osservare»³⁴. Viene espresso, in tal modo, il paradosso della dimensione temporale consistente nella duplicazione della forma del presente come distinzione di passato e futuro³⁵. Come si può notare, il presente evidenzia

³¹ Ivi, 132.

³² Cfr. *ibidem*.

³³ Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 141.

³⁴ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1991, tr. it. *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996, 53.

³⁵ Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 381.

l'assenza di un'autentica prospettiva temporale visto che tutto ciò che viene temporalizzato è già passato o futuro³⁶: la dissoluzione del paradosso consisterà, dunque, nel distinguere, ancora una volta, una forma a due versanti, ovvero, nel considerare i passati presenti, attualizzati come memorie, e i futuri presenti, come contingente progetto. La dimensione temporale dei processi sistemici esprime, in altri termini, la possibilità di eliminare le occasioni selettive non attualizzate, giungendo a situazioni irreversibili, mantenendo comunque tali possibilità comunicative come potenziali alternative funzionalmente equivalenti, da esplicitare tramite la peculiare ragione comunicativa. Dalla descrizione della forma temporale, si può, tuttavia, criticamente notare la paradossale irrilevanza del tempo nel processo di differenziazione sistemica, là dove il momento è versato alla contemporaneità procedurale, nella contingenza delle procedure di differenziazione. Il tempo della società complessa, descritta in Luhmann dai sistemi di funzione, s'identifica e si riassume nel presente delle procedure di differenziazione funzionale³⁷. «Il sistema ha la sua attualità solo nella sua operazione; che accade solo ciò che accade e che – nel sistema come nel suo ambiente, ciò che accade, accade simultaneamente»³⁸.

³⁶ Cfr. *ibidem*.

³⁷ «Mentre il Moderno, diciamo, classico collocava nel futuro la realizzazione delle sue aspettative e grazie al 'non ancora' del futuro poteva accantonare i problemi relativi all'autoosservazione e all'autodescrizione della società, un discorso sul Postmoderno è un discorso senza futuro», N. Luhmann, *Osservazioni sul moderno*, cit., 10. In quest'ottica si può comprendere il ruolo attribuito da Luhmann alla *storia* vista come patrimonio di semplificazioni del reale: la storia è intesa quale complessità ridotta con successo, cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 99. La storia, dunque, non obbliga in quanto tradizione vincolante, «l'accettazione della storia è perciò soggetta ormai alla riserva che sia possibile revocarla (...). Ogni tipo di progresso deve allora assumere la forma della sostituzione di equivalenti funzionali, dello scambio del patrimonio esistente con un altro migliore», *ivi*, p. 200.

³⁸ N. LUHMANN, *Das Rechts der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1993; tr. it., *Il diritto della società*, Giappichelli, Torino, 2012, 37.

4. Contingenza e rischio

Di primaria rilevanza appare il tema della *contingenza* dei meccanismi di differenziazione funzionale³⁹. La contingenza è definita da Luhmann come ciò che non è necessario, né impossibile: tale concetto viene dunque costruito mediante l'unità di due negazioni e indica che ciò che è attuale, quindi non impossibile, è possibile anche altrimenti, quindi non necessario. In altri termini, l'essere di un dato deriva da una selezione che determina il proprio non-essere come rinvio ad altre possibilità che restano sullo sfondo. La nozione di contingenza conduce, dunque, all'individuazione di una logica sistemica aperta al futuro⁴⁰, rivolta ad una prassi comunicativa che sospende la prognosi e il giudizio sugli esiti poiché esprime ed è riferita alla reciproca incertezza delle attese comportamentali. Tale situazione è definita come *doppia contingenza*, ad indicare la circostanza per la quale ogni selezione dipende sia da un Ego, sia da un Alter, intesi come sistemi costitutivi di senso⁴¹. La nozione della doppia contingenza non esprime, perciò, una mera duplicazione della contingenza semplice, ma descrive una

³⁹ Sull'incremento della contingenza nella società dei mass media, quale incertezza autoprodotta dall'informazione che comporta una diminuzione dei rischi e, contemporaneamente, un aumento della percezione degli stessi, cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 139 ss. «Creando *trasparenza* sul piano delle informazioni che sono alla portata di tutti, i mass media producono *intrasparenza* sul piano delle loro conseguenze. Il fatto che tutti sappiano le stesse cose non garantisce che tutti reagiranno allo stesso modo, al contrario: la contingenza aumenta proprio quando sul piano materiale la comunicazione è accessibile a chiunque nello stesso modo», *ibidem*.

⁴⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, cit., 79.

⁴¹ Per un approfondimento del concetto della doppia contingenza nella teoria dei sistemi sociali, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 17-23. Sull'argomento, cfr. anche N.H.M. ROOS, *From Legal Theory, From legal theory to social theory. An attempt to clarify the notion of "social system"*, in V. FERRARI, C. FARALLI (a cura di), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30-June 3, 1988)*, II, Giuffrè, Milano, 1991, 427 ss.

qualità della contingenza specificamente *sociale*, poiché la costituzione del mondo avviene mediante il *duplice* orizzonte delle prospettive di Ego e di Alter. Il concetto riflessivo delle *aspettative di aspettative* indica, allora, che la comunicazione non si realizza semplicemente in base all'aspettativa che ciascuno dei partecipanti ha delle selezioni dell'altro, ma necessita che ogni individuo possa aspettarsi ciò che l'altro si aspetta dal lui così da poter inserire nel proprio orientamento comunicativo l'orizzonte di possibilità dell'altro. La comunicazione e la stessa differenziazione autopoietica dei sistemi sociali si basano, dunque, sull'anticipazione delle altrui anticipazioni, cosicché, le strutture dei sistemi sociali sono costituite da aspettative riflessive che consentono la coordinazione comunicativa. Le aspettative riflessive incorrono, tuttavia, in frequenti delusioni, provocate dall'imprevedibilità selettiva: anche la delusione delle attese possiede, tuttavia, una funzione determinante, poiché permette di tradurre l'indeterminatezza ambientale in complessità sistemica. La *stabilità dinamica*⁴² del sistema è centrata, appunto, sulla duttilità dei percorsi comunicativi che conducono ad una contingente scelta tra attese funzionalmente equivalenti. Queste ultime consentono al sistema di mantenere formalmente invariate le proprie strutture consolidando l'identità di funzione in un ambiente complesso. «Proprio su questa elasticità si fonda la sua stabilità, la sua possibilità di trovare favorevoli condizioni d'esistenza»⁴³. Il mutamento e la stabilità s'incrementano reciprocamente⁴⁴: «I requisiti che garantiscono la stabilità delle strutture sociali non vengono più cercati sul piano dell'essere e dell'essenza, bensì sul piano del trattamento delle irritazioni, con l'esito che solo al sopraggiungere

⁴² Cfr. N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 144.

⁴³ N. LUHMANN, *Stato di diritto*, cit., 202.

⁴⁴ Febbrajo sottolinea come conservare una situazione all'interno del sistema, di fronte alla complessità ambientale, non equivalga ad arroccarsi su determinate posizioni, ma richieda un'elevata mobilità a livello di fini e strategie, cfr. A. FEBBRAJO, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, cit., 28.

di nuove perturbazioni la società può attivare le procedure che consentono di mantenere una relativa stabilità. La società si destabilizza in continuazione e trova proprio in questa autodestabilizzazione un modo stabile di procedere»⁴⁵. La stabilità, quindi, non è ancora da considerarsi come essenza del sistema, in quanto idonea ad escludere eventi imprevisti, ma è concepita come quesito da risolvere nel contingente orientamento ad alternative di selezione⁴⁶. La stabilità «non può più essere intesa come una sostanza invariabile, ma viene concepita come una relazione tra sistema e ambiente, come invariabilità relativa della struttura sistemica e dei confini del sistema di fronte ad un ambiente variabile»⁴⁷. Alla dinamica stabilizzazione della funzione risponde una gamma di comunicazioni fungibili, tali da condurre il sistema a reagire senza de-differenziarsi: sono esattamente i fattori instabili, devianti e conflittuali a garantire la precaria stabilità del sistema, aprendo orizzonti di possibilità tra cui selezionare, secondo lo schema complessità↔possibilità↔riduzione↔stabilità↔nuovi livelli di complessità. L'instabilità diviene, così, un'esigenza per il mantenimento della stabilità⁴⁸. Alle critiche di conservatorismo che, a questo punto, potrebbero essere rivolte ad una tale impostazione⁴⁹, Luhmann ha, in più luoghi, risposto come non sussista una predisposizione conservatrice nella sua teoria. «Il sistema non ha preferenza per il mantenimento di se stesso, semplicemente non c'è scelta (...). I sistemi autopoietici sono sistemi che organizzano una stabilità dinamica»⁵⁰. La

⁴⁵ N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 144.

⁴⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 43.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr. N. LUHMANN, *Ordine e conflitto: un confronto impossibile*, in *Il Centauro*, III/1983, n. 8, 5. «Il caso è condizione della necessità e la necessità è condizione del caso», ivi, 5-6.

⁴⁹ Febbrajo rileva, semmai, l'atteggiamento tecnicistico della teoria luhmanniana che considera il sistema come un luogo se non di totale sicurezza, almeno di sopportabile pericolosità, cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, 202 e 58-59.

⁵⁰ N. LUHMANN, *Operational Clousure*, cit., 1440-1441.

descrizione delle procedure sistemiche non conduce, dunque, ad una caratterizzazione positiva o negativa della società complessa: l'identità del sistema non è formulata come valore, né come principio normativo, «essa non permette di scegliere tra atteggiamenti progressisti e atteggiamenti conservatori»⁵¹. La teoria sistemica si rivolge ad una descrizione del reale e dei sistemi che lo compongono scevra, almeno nelle intenzioni di Luhmann, tanto da obiettivi di giustificazione dello *status quo*, quanto da intenti di modificazione dei meccanismi di differenziazione sociale.

La differenza sorge dalla semplificazione della complessità tramite decisioni, assumendo il *rischio* del decidere⁵² come vincolo temporale di articolazione dell'insicurezza⁵³, attraverso il quale chi decide si trova - paradossalmente a causa della decisione stessa - in condizione di *indecidibilità*⁵⁴. Va rilevato come, in tale procedimento di riduzioni e complicazioni, innescato dal rischio decisionale, non sia sufficiente scegliere un elemento ed escluderne un altro⁵⁵ : il decidere traccia, infatti, nel

⁵¹ N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op. cit.*, 399.

⁵² Il concetto di rischio, posto in relazione alla stipula di contratti assicurativi, viene tematizzato principalmente in N. LUHMANN, *Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, Armando, Roma, 2013.

⁵³ Sulla nascita e sull'evoluzione del concetto di rischio, si veda N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., 17 ss. Il rischio, nell'evoluzione della società funzionalmente differenziata, viene impiegato, in misura sempre maggiore, dalla seconda metà del XVII secolo, periodo a partire dal quale l'assicurazione verrebbe utilizzata non più esclusivamente nel contesto dei traffici mercantili, e precisamente nell'ambito del commercio marittimo, ma in settori sempre più estesi del tessuto sociale, fino ad assumere il carattere *universale* di ogni situazione che richieda una *decisione*, cfr. A. CEVOLINI, *Presentazione* all'opera di LUHMANN, *Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli*, cit., 21 ss. Sul rischio come indispensabile attributo della società funzionalmente differenziata, cfr. A. J. HATFIELD, K. W. HIPEL, *Risk and System Theory*, in *Risk Analysis*, XXII/2003, n. 6, 1043-1057. Sul nesso tra società del rischio e società dell'informazione, si veda N. ADDARIO, A. CEVOLINI, *op. cit.*, 132-143.

⁵⁴ Cfr. *ivi*, 123.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*.

presente delle operazioni sistemiche, una distinzione che consente di evidenziare possibilità che altrimenti non sarebbero emerse. «La distinzione *crea* il futuro e i rimandi presenti nell'orizzonte di senso del futuro, a loro volta, si riflettono sul presente attuale aprendo uno spazio decisionale sottoforma di alternative. Per questo occorre combinare fra loro due orizzonti temporali che mettono a disposizione due differenti spazi di possibilità combinatorie: passato e futuro»⁵⁶. Tale potenziale combinatorio indica la multidimensionalità dell'osservazione che presenta, al suo interno, una pluralità di prospettive attraverso le quali essa può venire, a sua volta, osservata⁵⁷. «La condizione che rende possibile (e indispensabile) questa osservazione multidimensionale è che il futuro come tale resta ignoto: nessuna decisione elimina mai in modo definitivo l'incertezza di fondo su cui si basa la possibilità di decidere, e questo lo si sa ancora prima di cominciare»⁵⁸. E' il concetto di rischio, polivalente e *multiordinale*, ad aprire alla molteplicità e alla policontestualità degli orizzonti di osservazione⁵⁹. «Le situazioni rischiose non lavorano, in definitiva, con mondi possibili, ma con il mondo della possibilità; non con oggetti contingenti, ma con la contingenza degli oggetti»⁶⁰.

5. Sistema giuridico

All'aumentare della complessità aumentano le contingenze⁶¹; il mantenimento della coesione e dell'ordine sociale richiede, tuttavia, di prevedere e attendere le aspettative riposte in determinate azioni, ovvero,

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Cfr. *ivi*, 125.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ Cfr. *ivi*, 126.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ Cfr. *ibidem.*

esso necessita di strutture di aspettative con le quali porsi dal punto di vista delle attese altrui⁶². «Nelle società maggiormente sviluppate il diritto ha la funzione di generalizzare le aspettative in modo tale che sull'agire contingente si possa decidere in modo vincolante. E' per il fatto, e solo per questo, che l'agire è contingente – cioè potrebbe svolgersi anche in modo diverso – che si può e si deve eventualmente decidere su di esso»⁶³. A ciò corrisponde la differenziazione del *sistema giuridico*⁶⁴ costituito da tutte le comunicazioni che si rivolgono al diritto⁶⁵. «Poiché i sistemi sociali in

⁶² Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa*, cit., 509.

⁶³ N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1981, tr. it. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1990, 319.

⁶⁴ Il processo di differenziazione del diritto da altri modelli normativi – morali, sociali, religiosi – si determina attraverso la positivizzazione del diritto, ossia, attraverso la stessa costituzione normativa. Sul nesso tra differenziazione funzionale della società, positivizzazione del diritto e diritti fondamentali, cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, tr. it., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, 269-279. In un sistema giuridico di diritto positivo, è la decisione ad operare come blocco dell'autoreferenzialità sistemica poiché interrompe il rimando ai decisori delle decisioni e nasconde «l'origine senza precedenti» del diritto positivo, sostituendo distinzioni con identità, cfr. *ibidem*. Sulla decisione nella società complessa, cfr. anche N. LUHMANN, *Unsere Zukunft hängt von Entscheidung ab*, intervista rilasciata a Rudolf Maresch a Bielefeld il 7 giugno 1993, tr. it. *Il nostro futuro dipende da decisioni*, in *Topologik*, 2010, 84-100. La positivizzazione del diritto conduce il sistema giuridico a rinunciare ad eventuali interferenze con i diversi contesti sociali tramite operazioni di specificazione e di decongestionamento funzionale, poiché la validità della norma discende da decisioni prese dallo stesso sistema che stabilisce, attraverso autonomi processi e in maniera vincolante, cosa possa dirsi diritto e cosa se ne discosti. «Il concetto di positività riceve un chiarimento dal concetto di decisione. Che il diritto positivo valga in quanto decisione», N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., 30.

⁶⁵ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 61. Secondo Ferrari, la concezione luhmanniana del sistema giuridico non darebbe sufficiente conto delle molteplici situazioni nelle quali l'elemento giuridico si combina con quello morale, religioso, sociale, sottovalutando le stesse potenzialità comunicative del diritto, cfr. V. FERRARI, *Sul futuro*

generale e, quindi, anche i sistemi comprensivi della società sono costituiti da comunicazioni (non, per esempio, da uomini), si deve partire dal presupposto che le formazioni di sistemi sono rese possibili da *restrizioni* (*constraints*) operate nei processi di comunicazione – così come sono le restrizioni nell’uso di suoni, ciò che rende possibili le libertà combinatorie nella formazione di teorie scientifiche. Il diritto stesso, come una forma di restrizione delle aspettative di comportamento, viene prodotto in ogni sistema della società, perché, diversamente, l’interazione sociale non è possibile»⁶⁶. La differenziazione funzionale del diritto corrisponde, quindi, ad un processo di autonomizzazione tematica che affida al sistema giuridico la distinzione tra conformità e deviazione dalla norma, rendendo tale valutazione indipendente da altri ambiti di riflessione e, pertanto, universalmente valida. «Tutto il diritto sta in una relazione fondamentale con il problema della contingenza dell’agire umano, vale a dire, con il fatto inconfutabile che gli uomini possono agire anche diversamente da come ci si aspetta»⁶⁷. La contingenza – qui accresciuta dalla circostanza che vede le selezioni individuali doppiamente incerte nell’esito, poiché le decisioni sono imprevedibili e lo sono anche le selezioni altrui - non viene negata, né eliminata, al contrario, essa è ridotta tramite il suo accrescimento che, a sua volta, conduce ad originali alternative di selezione⁶⁸. Alla stabilizzazione del comportamento e alla delineazione di un contingente ordine sociale risultano, allora, funzionali strutture di aspettative rivolte alla formazione di un consenso diffuso sulle attese comportamentali⁶⁹. «La sincronizzazione del comportamento è assicurata, si potrebbe anche dire, attraverso

della sociologia del diritto, in *Rivista di Filosofia del Diritto, Journal of Legal Philosophy*, II/2012, 271-72. Sui compiti di riduzione della complessità del reale, assegnati alla morale e all’etica, cfr. N. LUHMANN, *Paradigm Lost: Über die Ethische Reflexion der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1990; tr. it. *Il paradigma perduto*, Meltemi, Roma, 2005.

⁶⁶ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 64.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*.

⁶⁹ Cfr. G. MARRAMAO, *Teorici della società complessa*, cit., 509.

aspettative apprese. Queste aspettative devono includere non solo il comportamento, ma anche l'esperienza interna dell'altro, soprattutto l'aspettativa che egli stesso rivolge a colui che aspetta»⁷⁰. La funzione del diritto, dalla quale il sistema giuridico trae la propria differenziazione, consiste nella generalizzazione e nella stabilizzazione delle attese comportamentali. «Rispetto all'ordine complessivo assume senso mettere il singolo a confronto con alternative di comportamento aperte e strutturate, così da rendere relativamente irrilevante per la società nel suo complesso quale alternativa sia scelta»⁷¹. Per stabilire la natura di un'aspettativa, certamente, non ci si può basare sulla concezione di chi ne è titolare, pena la perdita dell'equilibrio sociale a causa della mancanza di criteri intersoggettivi universalmente validi, né si può lasciare che lo stabiliscano le norme, poiché la distinzione tra i due tipi di aspettative dovrebbe concorrere alla definizione delle stesse e non viceversa⁷². Ciò premesso, l'individuo formula strutture fornite di senso che compiono una prima selezione di ciò che può essere aspettato; di fronte ad un'eventuale delusione, si osservano, poi, due diversi atteggiamenti: adattarsi alla situazione inaspettata cambiando aspettativa o reagire e mantenere le attese. Tali comportamenti corrispondono, in Luhmann, a differenti aspettative: l'aspettativa cognitiva, disponibile ad apprendere e a modificarsi, e l'attesa normativa, resistente alla delusione⁷³. Le due tipologie di attese possono, inoltre, coesistere in un medesimo individuo e la loro esistenza dipende anche dal tempo necessario all'apprendimento. In ogni caso, le strutture di aspettative formatesi cognitivamente sembrano incerte ed esposte al rischio di essere disattese⁷⁴. Il diritto, che pure partecipa alla

⁷⁰ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 104.

⁷¹ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 140.

⁷² Cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*, cit., 78.

⁷³ Cfr. N.H.M. ROOS, *op. cit.*, 434.

⁷⁴ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 109.

formazione delle aspettative cognitive⁷⁵, garantisce la possibilità di stabilizzare le aspettative di comportamento in modo che queste resistano alla delusione e consente «investimenti» nell'aspettare⁷⁶. La norma costituisce «la forma di un'aspettativa di comportamento attraverso la quale si indica che l'aspettativa deve essere tenuta ferma anche in caso di delusione»⁷⁷. La funzione normativa scaturisce, dunque, da un'esigenza di sicurezza sistemica, dal fatto che ognuno deve essere certo delle proprie aspettative, anche nel caso di delusione, e deve potervi ricollegare le attese altrui⁷⁸. Le norme, infatti, sono aspettative di comportamento che vengono osservate come giuste anche in caso di delusione: anche la loro insoddisfazione è oggetto dell'aspettativa e ne sono previste specifiche conseguenze come l'inflizione di sanzioni⁷⁹. «Almeno una conseguenza fa parte necessariamente dello stile specifico che caratterizza l'aspettativa normativa, e cioè il fatto che colui che aspetta non viene compromesso come ingenuo e inesperto in caso di delusione, ma può sentirsi come chi aveva ragione con le proprie aspettative. La 'colpa' sta nettamente dall'altra parte»⁸⁰. La garanzia delle aspettative riguarda, quindi, l'intera fattispecie normativa: il precetto, l'eventuale delusione, la conseguente sanzione. Si può, inoltre, notare come, attraverso la differenziazione del sistema giuridico, la funzione del diritto venga esaminata principalmente dalla prospettiva della regolazione dei conflitti, compiuta mediante strutture

⁷⁵ Le decisioni delle corti di giustizia e la dogmatica giuridica rappresentano esempi di controllo cognitivo delle strutture normative, cfr. N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, New York, 1990, 235.

⁷⁶ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 109.

⁷⁷ Ivi, 4.

⁷⁸ Cfr. ivi, 81.

⁷⁹ Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., 107.

⁸⁰ *Ibidem*.

decisionali inserite *a posteriori* rispetto al verificarsi dei contrasti⁸¹. «In questo senso, il rapporto tra vita giuridica della società e sistema giuridico acquista la forma di una anticipazione di eventuali decisioni di conflitti che, come *possibilità* vengono tenute presenti e sono prospettate con *certezza* in caso di conflitto»⁸². Gli eventuali conflitti sono decisi dalla fattualità del permanere in vita o dell'estinguersi del sistema evitando, così, ogni riferimento ad ordini gerarchici che sarebbero in contraddizione con l'autopoiesi e con la chiusura operativa dei sistemi: l'esito del giudizio dipende esclusivamente dalla correttezza procedurale verificata, *a posteriori*, dalla riproduzione della differenziazione funzionale.

6. Conclusioni

Il legame tra contingenza e norma, tra possibilità di dedifferenziazione e decisione, costituisce la ragione della differenziazione funzionale del sistema giuridico e mostra la specificità del diritto nel contenere la contingenza sociale con il mutare le aspettative fattuali in attese normative⁸³. «La norma e il diritto anticipano un futuro – almeno a livello di aspettativa – e in tal modo lo ordinano, lo indirizzano senza poterlo però mai né determinare né rendere condiviso *a priori*»⁸⁴. Tale funzione assicura, nella contingenza caratteristica della società complessa, la

⁸¹ Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974, tr. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, il Mulino, Bologna, 1978, 59.

⁸² Ivi, 60.

⁸³ Sul concetto di re-entry, si veda N. LUHMANN, *Observing Re-entries*, in *Graduate Faculty Philosophy Journal*, XVI/1993, n. 2, 485-498.

⁸⁴ R. PRANDINI, *Introduzione a N. Luhmann, Esistono ancora norme indispensabili?*, 17, Armando, Roma, 2013; titolo originale dell'opera: *Are There Still Indispensable Norms in Our Society?* in *Soziale Systeme*, XIV/2008, n. 1, 18-37.

consistenza delle aspettative giuridicamente rilevanti⁸⁵ consentendo di distinguere il comportamento conforme al diritto da quello deviante⁸⁶. In tal modo, il diritto si configura quale certezza eventuale di fronte allo scorrere del tempo e al sopravvenire delle delusioni, assumendo nella propria struttura la possibilità di disattenzione delle attese normative sebbene l'esito del giudizio dipenda esclusivamente dalla correttezza procedurale, verificata dal permanere della differenziazione sistemica. Dalla lettura di Luhmann, se emerge l'essenzialità della funzione immunitaria, dei sistemi e della società complessa, espressa dal diritto, si può, tuttavia, criticamente notare come questa sia, in ogni caso, dipendente dall'efficacia delle procedure di differenziazione funzionale. Così facendo, il diritto non assume un valore superiore al non-diritto, il fattuale risulta simmetrico al controfattuale, l'aspettativa normativa appare funzionalmente equivalente all'aspettativa normativa, distinguendosi da essa solo per contenuti accidentali ed esponendo il sistema giuridico alla giuridicizzazione di ogni potenziale contenuto normativo. L'ambito giuridico, descritto da Luhmann come contesto avente la precipua funzione di salvaguardare la differenziazione sistemica espone, in primo luogo, se stesso alle incognite della complessità sociale poiché la garanzia di adeguazione all'accadere, espressa dalle comunicazioni giuridiche, ne contraddice la ragione funzionale di esistenza come sistema differenziato⁸⁷.

⁸⁵ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., 109.

⁸⁶ Cfr. *ivi*, 67.

⁸⁷ Per un utile approfondimento di tale direzione critica, si veda B. ROMANO, *Terzietà del diritto*, Bulzoni, Roma, 1998.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

FEDERICA NANCI

Immigrazione e inclusione sociale: l'accesso ai servizi bancari e finanziari

ABSTRACT – The work focuses the problem of the social and financial exclusion of the most vulnerable groups, particularly of the immigrant people, in order to identify the most appropriate protection instruments. The work analyses the provisions about the payment account with basic features and microcredit, in so far as they appear to be inclusive oriented. The relative systemic impact is also considered.

KEYWORDS – Immigration, social exclusion, financial exclusion, social and financial inclusion, payment accounts with basic features, microcredit



Immigrazione e inclusione sociale: l'accesso ai servizi bancari e finanziari**

SOMMARIO: 1. *Premessa e delimitazione dell'oggetto d'indagine: l'accesso delle persone immigrate ai servizi bancari e finanziari, dall'esclusione all'inclusione. La disciplina del conto di base* – 2. *Segue. Il rifiuto del conto* – 3. *Inclusione sociale e accesso al credito: le questioni poste dalla «sana e prudente gestione»* – 4. *Il microcredito come risposta all'esclusione dei soggetti vulnerabili* – 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa e delimitazione dell'oggetto d'indagine: l'accesso delle persone immigrate ai servizi bancari e finanziari, dall'esclusione all'inclusione. La disciplina del conto di base.

Il ricorso ai servizi bancari e finanziari è divenuto ormai indispensabile per lo svolgimento di numerose attività quotidiane. Basti pensare all'importanza assunta dall'apertura di un conto di pagamento, anche in considerazione della normativa antiriciclaggio, ovvero dall'accesso al credito, tenuto conto che quest'ultimo, in particolare nelle forme del credito al consumo, può ben essere considerato un ordinario mezzo per soddisfare i propri bisogni.

Sta di fatto che spesso i prestatori si mostrano riluttanti ad accogliere le richieste di alcuni clienti, in maniera particolare di coloro che rientrano nelle fasce economicamente e socialmente più vulnerabili; condizione, questa, che sembra accomunare gran parte delle persone straniere¹

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia presso l'Università degli studi «Magna Græcia» di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Sulla nozione di straniero, le notazioni di E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV (1999), 159, il quale invero rileva che la molteplicità e varietà

attualmente soggiornanti nel territorio². Tutt'altro che agevole può risultare, per costoro, fruire finanche di quei servizi che possono essere riguardati come basilari.

Sì fatta preclusione è suscettibile di rappresentare, in molti casi, un viatico verso l'esclusione sociale, intesa come insieme di processi complessi atti a pregiudicare l'accesso allo stile di vita che, in un dato momento storico, risulta essere predominante all'interno di una data società³.

di fonti, che si intersecano e si sovrappongono nella disciplina dello straniero, impediscono di identificare elementi comuni, dai quali partire per tracciarne una definizione. Il solo tratto unificante risiederebbe, per l'autore citato, nell'assenza, in capo al soggetto, della qualità di «cittadino italiano» così come definita dalla l. 5 febbraio 1992, n. 91 (legge sulla cittadinanza). L'autore specifica il significato della locuzione «non-cittadini», riferendola a quattro gruppi di soggetti: a) i cittadini europei; b) i cittadini extra-comunitari; c) gli apolidi; d) i non-cittadini ai quali è accordata una speciale protezione. Pare opportuno richiamare, a tal proposito, le osservazioni di MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrato*, in *Dig. disc., priv.*, VI Agg. (2011), 451 ss. L'autore giunge a concludere che, nell'ottica del legislatore nazionale, la definizione di straniero sia divenuta un «concetto “a geometria variabile”», il significato del quale andrebbe esattamente inteso non per ciò che la parola in se stessa esprime bensì in rapporto al *corpus* normativo, ove essa viene di volta in volta impiegata. Per esempio, ai sensi del diritto dell'immigrazione, la nozione di straniero risulta espressamente riferita, dall'art. 1, comma 1, del relativo Testo unico, ai «cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi».

² Per un quadro aggiornato sulla condizione degli stranieri in Italia, cfr. *Dossier Statistico immigrazione*, a cura del Centro Studi e Ricerche IDOS in partenariato con il Centro Studi Confronti, Roma 2019.

³ Cfr. M. BARRY, *Social Exclusion and Social Work: An Introduction*, in M. BARRY, C. HALLETT (eds), *Social Exclusion and Social Work*, Russell House Publishing, Dorset 1998, 1 ss.; S. EBERSOLD, *Exclusion and Disability*, in *www.oecd.org*. Nei documenti ufficiali si discorre spesso di lotta alla povertà e all'esclusione sociale, avuto riguardo alle situazioni nelle quali le persone non possono partecipare pienamente alla vita economica, sociale e civile, e/o alle situazioni in cui il reddito e le altre risorse (personali, familiari, sociali e culturali) sono talmente inadeguati da escludere le medesime persone dalla fruizione di condizioni e qualità di vita reputate accettabili dalla società nella quale vivono (cfr. F. BANO, *Povertà*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. (2004), 746). In argomento, A. SEN, *Development as freedom*, Alfred Knopf, New York 1999, *passim*, in part. 87 ss.

La circostanza non sembra essere sfuggita al legislatore, il quale – anche grazie agli input provenienti dall’Unione europea – è intervenuto al fine di contrastare il fenomeno dell’esclusione sociale⁴, introducendo previsioni che si mostrano improntate all’inclusione finanziaria⁵. Si tratta,

⁴ Sulla rilevanza costituzionale di un sì fatto obiettivo appare quasi superfluo indugiare. Evidente appare il suo nesso con l’art. 2 Cost., ai sensi del quale la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, come singolo ed altresì nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, al contempo richiedendo l’adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Ancora più manifesto sembra essere il suo legame con l’art. 3, comma 2, Cost., a tenore del quale la Repubblica è chiamata a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la sua effettiva partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese. La medesima finalità è perseguita a livello sovranazionale ed a questo proposito potrebbe essere sufficiente richiamare l’art. 1 bis del Trattato di Lisbona, il quale annovera, tra i valori comuni agli Stati membri sui quali si fonda l’Unione, la tutela della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, in una società contraddistinta da pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e parità tra donne e uomini. Giova infine ricordare che sui valori indivisibili e universali della dignità umana si fonda l’Unione stessa, come affermato nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000 (Carta di Nizza), la quale all’art. 1 proclama l’invulnerabilità della dignità umana, che deve pertanto essere tutelata e rispettata.

⁵ Il tema dell’inclusione finanziaria non sembra essere stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina italiana. La letteratura scientifica sul punto pare ancora esigua, sebbene interventi autorevoli non siano mancati. Si segnalano: A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna 2013, 273 ss.; V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1/2014, 56 ss. Ulteriori riferimenti si rintracciano viepiù nell’ambito di trattazioni dedicate al problema dell’accesso al credito: cfr. E. PELLECCIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino 2012, 112; G. FALCONE, *Microcredito*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. (2012), 497 ss.; F. LONGOBUCCO e S. DEPLANO, *Finanza etica*, *ivi*, 380; S. COTTERLI, *Credito e debito dopo la crisi: strumenti per famiglie e microimprese*, in *Banca, impresa società*, 3/2016, 469 ss. Con specifico riferimento all’immigrazione, l’importanza del tema sembra essere testimoniata dall’istituzione di un apposito Osservatorio nazionale sull’inclusione finanziaria dei migranti, nell’ambito di un progetto pluriennale, nato dalla collaborazione fra il Ministero

più precisamente, di norme dirette a realizzare l'inclusione sociale, nell'ambito dei servizi bancari e finanziari, agendo – principalmente, ma non soltanto – sul fronte dell'accesso ai medesimi servizi⁶.

Preme tuttavia evidenziare che, in dottrina, non è possibile riscontrare unanimità di vedute circa l'individuazione di quelli che possono essere considerati come servizi bancari basilari, indispensabili ai fini dell'inclusione; incertezza, questa, che peraltro si riflette sulla stessa nozione di esclusione finanziaria, la quale può essere appunto definita – in via di approssimazione – come l'impossibilità o riluttanza⁷ di taluni soggetti a fruire dei servizi bancari e finanziari di base, quali conti correnti e di deposito, prestiti, servizi assicurativi e di pagamento⁸.

dell'Interno e l'Associazione Bancaria Italiana (ABI). Sul punto pare utile rinviare al sito www.migrantiefinanza.it, ove si rinvergono numerosi documenti che fotografano l'attuale situazione, in ordine al livello di bancarizzazione raggiunto dalle persone immigrate.

⁶ Cfr. A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, 273 ss., il quale pone in evidenza che, quando si discorre d'inclusione finanziaria, il fine sembra essere rappresentato pur sempre dall'inclusione sociale, là dove il «finanziario» si presta invece a fungere da mezzo. Il medesimo autore puntualizza che, sebbene la parola «finanziario» sembri riferita, nel lessico corrente, al solo bancario, l'inclusione riguarda anche il settore assicurativo e, ancor più, i servizi finanziari.

⁷ Sarebbero i soggetti stessi, in alcuni casi, ad autoescludersi, pensando di non possedere i requisiti necessari per accedere a sì fatti servizi. In questo senso, cfr. D. MCKILLOP, J.O.S. WILSON, *op. cit.*, 9, i quali sottolineano come l'esclusione finanziaria possa essere altresì alimentata da un senso di sfiducia, riluttanza o pregiudizio degli individui verso l'utilizzo dei servizi finanziari.

⁸ La definizione di esclusione finanziaria riportata nel testo si richiama alla nozione tracciata dalla Banca d'Italia (cfr. Banca d'Italia, *Inclusione finanziaria le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza*, 96, 2011). L'individuazione di una definizione esauriente è apparsa, in verità, ardua, giacché – è stato osservato in dottrina – la stessa presupporrebbe di individuare in maniera univoca i servizi finanziari basilari, che dipendono tuttavia dal grado di finanziarizzazione raggiunto da ciascun Paese (in questo senso, L. ANDERLONI e E. CARLUCCIO, *Access to Bank Accounts and Payment Services*, in L. ANDERLONI, E. CARLUCCIO e M. BRAGA, *New Frontiers in Banking Services: Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, cit.).

La difficoltà riferita sembra destinata ineluttabilmente a influenzare le soluzioni che possono essere approntate per contrastare l'esclusione stessa. Nondimeno, anche alla luce delle considerazioni che precedono, alcuni servizi bancari e finanziari appaiono qualificabili, in maniera nitida, come basilari, essendo di fatto indispensabili per il compimento di determinate attività.

Partendo da tale presupposto, queste riflessioni intendono soffermarsi sulla disciplina del conto di base e sul problema dell'accesso al credito, con particolare riferimento al regime giuridico del microcredito. Entrambe le normative, come si tenterà di dimostrare, sembrano essere orientate all'inclusione. Che le stesse appaiano adeguate, poi, a risolvere i conflitti di interessi che possono in concreto scaturire, resta invece da verificare.

Ciò premesso, pare opportuno soffermarsi, in prima battuta, sulla disciplina del conto di base, contemplata negli artt. 126 *noviesdecies* ss., d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (t.u.b.), introdotti dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 37, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (conosciuta anche come *Payment Account Directive*, c.d. PAD)⁹. In virtù della riferita normativa, le

⁹ L'emanazione della direttiva sui conti di pagamento è stata preceduta da una intensa elaborazione delle istituzioni europee, la quale ha preso avvio nella seconda metà degli anni Duemila, segnatamente con la comunicazione della Commissione, COM (2007) 724 final, del 20 novembre 2007, «*A single market for 21st century Europe*». A tale produzione l'ordinamento interno non sembra essere rimasto indifferente. Già nel 2009, difatti, la Banca d'Italia aveva introdotto il c.d. «conto corrente semplice», ossia un contratto avente caratteristiche standard che consentiva al cliente di usufruire, a fronte di un canone annuo fisso, di un numero determinato di operazioni e di servizi, stabilito dalla Banca d'Italia sulla base di un accordo tra l'ABI e la maggioranza delle associazioni dei consumatori facenti parte del CNCU (cfr. provv. Banca d'Italia del 27 novembre 2009). Due anni dopo, sulla

banche, la Società Poste Italiane S.p.a. e gli altri prestatori di servizi abilitati, sono tenuti a offrire un conto di pagamento con caratteristiche di base, ossia un contratto che include, a fronte di un canone annuale onnicomprensivo, un numero di operazioni annue effettuabili senza addebito di ulteriori spese¹⁰.

Se per un verso si fatta disciplina può essere intesa come naturale conseguenza della normativa «antiriciclaggio», tenuto conto che quest'ultima, puntando a limitare la circolazione del denaro contante, ha praticamente reso indispensabile, in talune fattispecie, l'utilizzo di un conto

scia della raccomandazione n. 2011/442/UE della Commissione, del 18 luglio 2011, con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, è stato contemplato un conto corrente di base. L'art. 12, comma 3, d.l. citato, ha demandato il compito di specificare le caratteristiche di sì fatto conto, in aderenza alla predetta raccomandazione, ad un'apposita Convenzione tra Ministero dell'economia e delle finanze, Banca d'Italia, Associazione Bancaria italiana, Poste italiane S.p.a. ed Associazione Italiana Istituti di pagamento e di moneta elettronica. Il conto semplice e quello di base non sono perfettamente sovrapponibili, presentando invece alcune differenze. In particolare, il secondo sembra essere caratterizzato un grado inferiore di standardizzazione, in quanto rispetto ad esso ogni istituto di credito ha avuto la possibilità di scegliere se applicare o meno un canone, la tipologia di operazioni comprese e quelle invece a pagamento. Soprattutto, l'art. 12 d.l. n. 201 del 2011, comma 4, prevede che le banche «siano tenute» ad offrire il conto corrente di cui al comma precedente, ossia il conto di base, mentre la scelta se offrire o meno un conto semplice era stata affidata ai medesimi istituti di credito.

¹⁰ L'individuazione di tali operazioni è stata demandata ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia. La previsione ha trovato attuazione con d.m. 3 maggio 2018, n. 70, Regolamento recante attuazione degli articoli 126 *vicies semel*, 126 *vicies bis* e 126 *vicies quater* del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario), introdotti dal decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 37, recante attuazione della direttiva 2014/92/UE, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base.

corrente o di pagamento¹¹; per altro verso, le medesime norme si mostrano marcatamente orientate all'inclusione¹². Spingono in questa direzione diversi riferimenti disseminati nella *Payment Account Directive* ed ancor più nel d.l. n. 37 del 2017, per mezzo del quale gli stessi sono transitati, poi,

¹¹ Cfr. G. FALCONE, *op. cit.*, 497, il quale si riferisce, in particolare, al comma 4 *ter* dell'art. 2, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in l. 14 settembre 2011, n. 148, là dove si prevede che le operazioni di pagamento delle spese delle pubbliche amministrazioni centrali e locali e dei loro enti siano effettuati «in via ordinaria mediante accredito sui conti correnti o di pagamento dei creditori ovvero con altri strumenti di pagamento elettronici prescelti dal beneficiario», e che il pagamento di stipendio, pensione o compensi comunque corrisposti dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali e dai loro enti, in via continuativa a prestatori d'opera e ogni altro tipo di emolumento a chiunque destinato, di importo superiore a mille euro debba essere effettuato «con strumenti di pagamento elettronici bancari o postali». Nella medesima direzione, a proposito della prima disciplina del conto di base, risalente all'art. 12, comma 3, d.l. n. 201 del 2011, A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 279, attribuisce altresì risalto alla rubrica di detto articolo, la quale recita appunto «riduzione del limite per la tracciabilità dei pagamenti a 1.000 euro e contrasto all'uso del contante». L'autore fa notare che uno Stato tendente a vietare «pesantemente» l'uso del contante, è portato necessariamente ad assicurare un accesso «agevole e assai mite» agli strumenti bancari di regolazione dei crediti e debiti pecuniari, essendo in gioco «la stessa "sopravvivenza sociale" delle persone», avuto riguardo, per esempio, alla riscossione delle pensioni.

¹² Cfr. ABF Napoli, 5 settembre 2017, in www.arbitrobancariofinanziario.it, ove si discorre di un «dovere di inclusione finanziaria [...] (recentemente ribadito dal legislatore nel d.lgs. 15/3/2017, n. 37 in tema di conto di base, pur non applicabile nel caso di specie)». Sembra riconoscere una duplice *ratio* alla disciplina del conto di base, V. MELI, *op. cit.*, 75, il quale, a proposito della normativa introdotta nel 2011, osserva, da un lato, che l'introduzione del conto corrente di base intende perseguire una finalità di tipo sociale, consistente nell'incrementare le possibilità di accesso ai servizi bancari di taluni strati della popolazione disagiati economicamente; dall'altro, essa sarebbe concepita quale strumento per ridurre i costi della pubblica amministrazione e per agevolare la riuscita di politiche le quali perseguono la tracciabilità della circolazione della ricchezza. Nel primo senso, il conto di base si porrebbe – per l'autore citato – come mezzo per promuovere la realizzazione di un diritto; nell'altro, quale modalità per rendere meno gravose le conseguenze di una «compressione della libertà dei privati».

nel Testo unico bancario.

Anzitutto, merita di essere considerato l'art. 15 PAD, rubricato «non discriminazione», con il quale gli Stati membri sono stati chiamati ad assicurare che gli enti creditizi non abbiano a discriminare i consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione¹³ in ragione della cittadinanza o del luogo di residenza o per qualsiasi altro motivo di cui all'articolo 21 della Carta di Nizza in relazione alla domanda di conto di pagamento¹⁴. Autorevole dottrina non ha mancato di porre l'accento sul nesso intercorrente tra discriminazione ed esclusione, al contempo rimarcando come la realizzazione dell'inclusione passi anche attraverso l'«eliminazione di ogni discriminazione» e di qualsivoglia distinzione che risulti ingiustificata¹⁵. Invero, all'integrazione dei soggetti più vulnerabili – e tra

¹³ La disposizione riecheggia il Considerando n. 35 della medesima direttiva.

¹⁴ Il legislatore europeo è intervenuto in più occasioni per contrastare le discriminazioni in ambito contrattuale. Si ricordano, in particolare, la direttiva 2000/43/Ce del Consiglio che attua la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla «razza» e dalla «origine etnica», e la direttiva 2004/113/Ce del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. Le direttive richiamate sono state recepite rispettivamente con d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196. Tale legislazione antidiscriminatoria, alludendo testualmente a beni e servizi offerti al pubblico, ha dato adito a un dibattito sulla possibilità di applicare la medesima disciplina anche alla contrattazione che si svolga mediante una trattativa individuale. Sul punto: D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano 2007; ID., *Discriminazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV (2011); A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2009, 207 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli 2011; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2014, 547 ss.; G. CASTELLANI, *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX Agg. (2014), 236 ss.; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino 2019.

¹⁵ Il riferimento è ad A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 274, ad avviso del quale, sebbene possa apparire «scontato», nei fatti potrebbe non rivelarsi superfluo ricordare che la nozione di inclusione sociale sia in grado di comprendere al proprio interno l'eliminazione di ogni discriminazione.

questi, in maniera particolare, gli stranieri – possono essere d'intralcio condotte discriminatorie, realizzate dagli enti creditizi, quali il rifiuto di contrarre o l'applicazione di condizioni diverse e peggiori, facendo leva soltanto sulle qualità personali della controparte¹⁶.

In attuazione dell'art. 15 PAD, al fine di evitare discriminazioni, l'art. 126 *noviesdecies* t.u.b. prevede che l'accesso ad un conto di pagamento con caratteristiche di base debba essere garantito a tutti i consumatori soggiornanti nell'Unione (comma 2), ovverosia a chiunque abbia il diritto di stazionare in uno Stato membro dell'Unione europea, in virtù della normativa interna e/o sovranazionale, comprese le persone senza fissa dimora e i richiedenti asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, sullo status dei rifugiati¹⁷, del relativo protocollo del 31 gennaio 1967, nonché ai sensi degli altri trattati internazionali che regolano la materia (comma 3).

La disposizione richiamata consente di tracciare l'ambito soggettivo della disciplina del conto di base, la quale pare riferibile non soltanto ai

¹⁶ Cfr. D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4/2012, 748.

¹⁷ L'art. 1-A, n. 2, par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, definisce rifugiato colui il quale, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure colui il quale, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il predetto timore. Ai fini di una corretta applicazione dei riferiti presupposti, l'Alto Commissariato della Nazioni Unite per i Rifugiati ha elaborato linee guida interpretative nel Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, c.d. UNHCR Handbook (*UN High Commissioner for Refugees, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 1979/1992). Per un approfondimento si rinvia a *La tutela della protezione internazionale e altre forme di protezione. Manuale giuridico per l'operatore*, a cura dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, in www.sprar.it.

soggetti che necessitano di protezione internazionale¹⁸, ma – più ampiamente – a tutti coloro che soggiornano legalmente sul territorio, siano essi cittadini comunitari o extracomunitari.

Stando al testo della disposizione, dovrebbero invece essere esclusi dalla sfera applicativa della disciplina le persone che si trovano sul territorio in maniera irregolare. La PAD non ha mancato tuttavia di riservare attenzione a costoro, seppure in sede di considerando¹⁹, invitando gli Stati membri a individuare meccanismi per consentire di trarre pieno vantaggio dalla direttiva stessa anche ai consumatori che, pur non avendo ottenuto il permesso di soggiorno, non possano essere espulsi per motivi di fatto o di diritto. In sede di recepimento, il legislatore italiano non sembra aver previsto alcun meccanismo riconducibile a tale previsione, così che risulta demandato all'interprete il compito di individuare soluzioni che di volta in volta consentano di realizzare, in concreto, la finalità d'integrazione sottesa dalla normativa in esame.

Che la disciplina del conto di base sia improntata all'inclusione sembra trovare conferma, poi, in ulteriori previsioni. Segnatamente, nell'ammettere la possibilità di prevedere operazioni aggiuntive, l'art. 126 *viciesbis* puntualizza che i costi delle stesse, come il canone annuo onnicomprensivo, devono essere «ragionevoli» e «coerenti con finalità di inclusione finanziaria»²⁰, avuto riguardo al livello di reddito nazionale e ai

¹⁸ Tali soggetti sono destinatari di un particolare regime giuridico, tanto che taluno ha parlato al riguardo di un «trattamento giuridico “privilegiato”» (il riferimento è a C. HEIN, *L'integrazione dei rifugiati tra fallimento e buone prassi*, in *Dossier statistico*, cit., 188 ss.). La procedura per il riconoscimento della protezione internazionale è disciplinata, attualmente, dalla direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013, attuata con d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

¹⁹ Cfr. considerando n. 39.

²⁰ Devono essere seguiti, al riguardo, i criteri contemplati nell'art. 3, d.m. n. 70 del 2018, il quale specifica che l'importo del canone annuo onnicomprensivo si considera ragionevole e coerente con finalità di inclusione finanziaria quando risulta essere uguale ovvero superiore ai costi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento per l'effettuazione delle

costi mediamente addebitati dai prestatori di servizi di pagamento per i servizi collegati al conto di pagamento, tenendo anche conto delle condizioni dei «soggetti socialmente svantaggiati».

Ancora, cogliendo l'input lanciato dal considerando n. 46 PAD, nel quale si legge che per incoraggiare la partecipazione dei «consumatori vulnerabili» al mercato dei servizi bancari al dettaglio, gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che i conti di pagamento con caratteristiche di base siano offerti ad essi a condizioni particolarmente vantaggiose, ad esempio a titolo gratuito, l'art. 126 *vicies quater* t.u.b. prescrive che il conto di base sia offerto senza spese per le fasce di clientela socialmente svantaggiate²¹. La norma si mostra quindi tesa ad agevolare l'accesso ai servizi bancari e finanziari, da parte di soggetti vulnerabili sul piano economico e sociale, consentendo loro di aprire e utilizzare un conto di pagamento, senza dover sostenere alcun esborso.

Riconducibile all'inclusione appare, infine, l'art. 126 *vicies sexies* t.u.b., per la connessione che sussiste tra la stessa e l'educazione finanziaria²², alla quale risulta appunto dedicata la disposizione richiamata,

operazioni e servizi di cui all'articolo 2, comma 1, e non eccede in ogni caso l'importo mediano delle spese applicate nel semestre precedente ai consumatori dal medesimo prestatore di servizi di pagamento per l'effettuazione delle operazioni e dei servizi di cui all'articolo 2, comma 1, nel numero stabilito nell'allegato A del medesimo d.m. Quanto al costo delle operazioni aggiuntive o delle operazioni in numero superiore, ai sensi dello stesso art. 3 d.m. citato, esso si reputa ragionevole e coerente con finalità di inclusione finanziaria quando risulta essere uguale o superiore ai costi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento per l'effettuazione di dette operazioni e non eccede, in ogni caso, l'importo mediano delle spese applicate nel semestre precedente ai consumatori dallo stesso prestatore di servizi di pagamento per l'effettuazione delle medesime operazioni e degli stessi servizi.

²¹ Necessario è richiamare, sul punto, l'art. 4, d.m. n. 70 del 2018, in base al quale rientrano nelle fasce socialmente svantaggiate quei soggetti che abbiano un Isee in corso di validità inferiore ad euro 11.600,00.

²² Il ruolo dell'educazione finanziaria nel contrasto alla marginalità e all'esclusione sociale è stato di recente posto in evidenza da E. RIGHINI, *Educazione finanziaria. Uno strumento*

come segnalato dalla rubrica della medesima²³.

Intesa come acquisizione delle conoscenze, della consapevolezza e delle capacità di gestione delle proprie risorse e di utilizzo dei prodotti finanziari, l'educazione finanziaria sembra rappresentare infatti una componente essenziale dell'inclusione, la quale punta a consentire l'accesso a (nonché l'utilizzo di) servizi e prodotti bancari e finanziari presenti sul mercato, mediante scelte consapevoli ed efficaci²⁴.

Sì fatta esigenza risulta essere ancor più avvertita al tempo attuale, nel quale la comprensione degli strumenti per la gestione e l'investimento del patrimonio, la conoscenza dei diritti e la capacità di esercitarli da parte degli individui si mostrano limitati, anche a fronte del progresso tecnologico e dell'innovazione finanziaria, nonché dello sviluppo stesso dei mercati, i quali hanno contribuito a rendere sempre più complesse le scelte finanziarie.

per cittadini, risparmiatori e mercati, FrancoAngeli, Milano 2019, 234 ss. Sull'educazione finanziaria, più in generale, E. PELLECCIA, *op. cit.*, 144 ss.; U. MORERA, *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria*, in *Foro it.*, V, 2/2015, 125 ss. Ancora, il tema è stato ampiamente indagato da: G. ZADRA, *L'educazione finanziaria come motore di sviluppo*, in *Bancaria*, 10/2007, 18 ss.; M.T. PARACAMPO, *Educazione Finanziaria e Protezione dei Risparmiatori: Miti e Realtà*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2010; EAD., *Il Ruolo dell'Educazione Finanziaria nella Recente Disciplina del Mercato Finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, Giugno 2011; M. NOVARESE, *Educazione Finanziaria e Regolamentazione: Riflessioni di Economia Cognitiva*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2012.

²³ L'art. 126 *vicies sexies* t.u.b. è difatti rubricato «educazione finanziaria».

²⁴ Utile appare, al riguardo, richiamare la definizione data dall'OCSE, Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OECD, *Organization for Economic Cooperation and Development*): «*Financial education is the process by which financial consumers/investors improve their understanding of financial products and concepts and through information, instruction and/or objective advice develop the skills and confidence to become more aware of financial risks and opportunities, to make informed choices, to know where to go for help, and to take other effective actions to improve their financial wellbeing*» (crf. OECD, *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies*, 2005, consultabile su www.oecd-ilibrary.org).

Le istituzioni europee hanno dato un impulso ai legislatori nazionali, segnalando l'opportunità di favorire misure a sostegno dell'educazione dei «consumatori più vulnerabili» fornendo loro orientamento e assistenza ai fini di una gestione responsabile delle rispettive finanze²⁵; ed ancora, di incoraggiare le iniziative degli enti creditizi dirette a combinare la fornitura di un conto di pagamento con caratteristiche di base con «servizi indipendenti di educazione finanziaria»²⁶.

Tale stimolo è stato colto, a livello interno, in sede di attuazione della direttiva sui conti di pagamento, con l'introduzione dell'art. 126 *vicies sexies* t.u.b. La disposizione, posta a chiusura della disciplina del conto di base, assegna alla Banca d'Italia il compito di promuovere iniziative indirizzate a fornire ai consumatori, in particolare a quelli individuati ai sensi dell'articolo 126 *vicies quater*, informazioni chiare e comprensibili sul conto di base, sulle relative condizioni generali di prezzo, sulle procedure per accedervi e sulla possibilità di ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie.

Alla luce di tale previsione, strumenti adeguati di informazione e formazione appaiono dunque mezzi capaci di contribuire in maniera decisiva all'inclusione, consacrandone il legame con la componente educativa nel campo dei servizi bancari e finanziari.

Per quanto riguarda nello specifico la condizione dello straniero, l'esigenza di un'educazione finanziaria appare ancora più stringente ed in questo contesto l'alfabetizzazione sembra assumere coloriture ulteriori. Certamente nel periodo immediatamente successivo all'arrivo, là dove il processo di integrazione prende avvio, i bisogni formativi si presentano basilari, veicolabili tramite strumenti semplici. In questa fase, uno degli ostacoli principali può essere rappresentato dalle difficoltà di carattere linguistico, sicché un'informazione in lingua potrebbe rivelarsi determinante. A ciascuno stadio corrispondono dunque bisogni e obiettivi

²⁵ Cfr. considerando n. 49 PAD.

²⁶ *Ibidem*.

formativi, nonché strumenti differenti. Se i bisogni iniziali sono assai basilari, ad uno stadio evoluto emergono esigenze più avanzate, le quali richiedono strumenti elaborati, per giungere alla piena integrazione.

2. *Segue. Il rifiuto del conto.*

Un diritto all'apertura del conto era apparso già enucleabile, all'interno dell'ordinamento, sul presupposto che il compimento di molte transazioni economiche essenziali richiede ormai un ricorso al sistema finanziario, di guisa che, l'esclusione dal medesimo può sfociare nell'isolamento di chi abbia domandato di accedere ad esso e tale possibilità si sia visto negare²⁷.

L'art. 126 *noviesdecies* t.u.b. sembra aver fugato ogni dubbio, là dove discorre in maniera espressa di un «diritto al conto di base» in attuazione dell'art. 16 PAD, del quale ha mutuato la rubrica («diritto di accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base»). E merita di essere altresì considerato l'art. 2 della medesima direttiva, nel quale si discorre apertamente di un «diritto dei consumatori di aprire e usare un conto di pagamento con caratteristiche di base».

Il riferimento testuale al diritto di accedere al conto conduce a interrogarsi sulla configurabilità di un vero e proprio diritto soggettivo in capo al cliente, al quale corrisponda un obbligo legale della banca alla conclusione del contratto.

La sussistenza di un obbligo si fatto appare invero argomentabile a partire dall'art. 126 *vicies* t.u.b., il quale, nel disciplinare appunto l'apertura del conto, prevede che, fermo restando l'obbligo di osservare le disposizioni

²⁷ Cfr. G. FAUCEGLIA, «Diritto al conto» ed operazioni di social banking nell'ordinamento italiano, in L. ANDERLONI (a cura di), *Il social banking in Italia: un fenomeno da esplorare*, Giuffrè, Milano 2003, 281 s.; e M. PORZIO, *Riflessioni sui profili giuridici del social banking*, *ivi*, 385 ss.

in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo²⁸, il prestatore può rifiutare la richiesta di apertura «solo» in mancanza dei requisiti previsti dall'articolo 126 *noviesdecies* t.u.b. ovvero se il consumatore sia già titolare in Italia di un conto di pagamento con caratteristiche di base, salvo che il richiedente abbia ricevuto comunicazione dell'imminente chiusura del medesimo oppure intenda trasferirlo²⁹.

Da una lettura *a contrario* della disposizione, sembra che il prestatore dei servizi di pagamento non possa negare l'apertura del conto di base, quando il richiedente sia un consumatore soggiornante legalmente sul territorio dell'Unione, ai sensi dell'art. 126 *noviesdecies*³⁰. Suggerisce tale interpretazione, l'avverbio «solo», che compare nel testo dell'art. 126 *vicies*, comma 1, a voler significare che, al di fuori dei casi in esso contemplati, il

²⁸ Precisamente, la disposizione in esame richiama la direttiva 2005/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, attuata con d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 e successivamente abrogata dalla direttiva 2015/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, alla quale è stata data attuazione con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90. Modifiche alla direttiva 2015/849/UE sono state apportate dalla direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018, attuata con d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125. Sulla direttiva 2015/849/UE, ancora, è intervenuto il regolamento delegato 2019/758/UE della Commissione del 31 gennaio 2019, apportando integrazioni per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'azione minima e il tipo di misure supplementari che gli enti creditizi e gli istituti finanziari devono intraprendere per mitigare il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo in taluni paesi terzi.

²⁹ A tal fine, prima di aprire un conto di base, il prestatore di servizi di pagamento può chiedere al consumatore di dichiarare per iscritto se lo stesso sia già titolare in Italia di un conto di pagamento che gli consente di utilizzare tutti i servizi indicati nell'allegato A al D.Lgs. n. 37 del 2017.

³⁰ In questa direzione sembra muovere ABF Napoli, 5 settembre 2017, cit., là dove si discorre di un «dovere di inclusione finanziaria [...] che impone alle banche come criterio generale di condotta quello di favorire l'accesso della clientela ai servizi creditizi e di pagamento»

diniego non sia ammissibile. Sembra lecito desumere da questa previsione la sussistenza di un obbligo dell'ente creditizio di concedere l'apertura, in linea con la finalità d'inclusione della normativa in esame. Tanto è vero che il rifiuto può essere opposto soltanto se il richiedente sia già titolare di un conto di pagamento, giacché in questo caso la finalità d'inclusione potrebbe essere soddisfatta mediante l'uso di quel conto³¹; ovvero, quando l'apertura comporti la violazione delle disposizioni in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e di lotta al finanziamento del terrorismo³².

Pare opportuno sottolineare, anzi, come in questo secondo caso sussista un obbligo, a carico dell'ente creditizio, di astenersi dal concludere il contratto, ai sensi del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231³³. Il diritto al conto

³¹ Cfr. art. 16, par. 5, PAD; art. 126 *vicies*, comma 1.

³² Cfr. art. 16, par. 4, PAD; art. 126 *vicies*, comma 1.

³³ In particolare, l'art. 42 del decreto citato prevede che i soggetti impossibilitati a effettuare l'adeguata verifica della clientela, ai sensi delle disposizioni di cui all'articolo 19, comma 1, lettere a), b) e c), del medesimo d.lgs., debbano astenersi dall'instaurare, eseguire ovvero proseguire il rapporto, la prestazione professionale e le operazioni e valutare se effettuare una segnalazione di operazione sospetta alla UIF a norma dell'articolo 35. Tra gli obblighi di adeguata verifica figura quello di identificazione del cliente. A tal proposito si segnala una questione sorta a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113. (c.d. decreto sicurezza), in virtù del quale non è più possibile, per la maggior parte dei richiedenti asilo, iscriversi all'anagrafe ed ottenere la carta d'identità. Di conseguenza, molte banche hanno rifiutato l'apertura di conto, reputando che l'esibizione del permesso di soggiorno per richiesta di asilo non fosse un documento idoneo a procedere all'identificazione. L'Associazione Bancaria Italiana è intervenuta con una nota indirizzata ai Direttori Generali e ai responsabili delle diverse aree delle banche associate, sostenendo, al contrario, che il permesso di soggiorno per i richiedenti asilo, se in corso di validità, costituisce documento idoneo per procedere all'apertura del rapporto. Le medesime considerazioni sono state estese alla ricevuta di cui all'art. 4, comma 3, del decreto sicurezza, là dove la ricevuta stessa, in corso di validità, sia munita di fotografia del titolare, rilasciata da un'amministrazione dello Stato e indichi il nome e la data di nascita del richiedente.

Si fatta soluzione appare condivisibile, consentendo di realizzare la finalità d'inclusione senza compromettere gli obiettivi avuti di mira dalla disciplina antiriciclaggio e

trova quindi un limite, là dove la finalità d'inclusione cede il passo alla lotta contro il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo.

Ad ogni modo, nell'uno e nell'altro caso il rifiuto risulta essere legittimo. In capo all'ente creditizio sussiste tuttavia l'obbligo di informare immediatamente il consumatore del diniego, indicandone le motivazioni specifiche. Ciò è quanto contemplato nel comma 2 dell'art. 126 *vicies* t.u.b., ai sensi del quale il prestatore di servizi di pagamento è altresì tenuto a rendere edotto il cliente delle procedure di reclamo disponibili e della sua facoltà di inviare un esposto alla Banca d'Italia, o di adire i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'articolo 128 *bis* t.u.b. La comunicazione delle motivazioni non è tuttavia dovuta quando la stessa si pone in contrasto con obiettivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, individuati ai sensi dell'articolo 126, o sussistano altri giustificati motivi ostativi secondo le disposizioni in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

La previsione di un obbligo informativo si è fatto, in virtù del quale le ragioni del rifiuto devono essere comunicate, assume particolare importanza anche ad altri fini. Le motivazioni consentono infatti di accertare se il diniego sia legittimo oppure no. In tale seconda evenienza, stante il diritto all'apertura del conto ed avuto riguardo al corrispondente obbligo di concederlo, la valenza dell'inclusione spinge a riflettere sull'ammissibilità di una tutela reale e non soltanto risarcitoria, quest'ultima nelle forme della responsabilità per violazione di un obbligo posto dalla legge (quello, appunto, di concedere l'apertura del conto di

antiterrorismo. Tale normativa difatti allude all'identificazione del cliente, la quale può essere realizzata anche mediante un documento diverso dalla carta d'identità, come, in questo caso, il permesso soggiorno per richiesta d'asilo. Una interpretazione differente rischierebbe di depotenziare notevolmente la portata della direttiva sul conto di base, tenuto conto che le persone immigrate figurano proprio tra i soggetti più esposti al rischio di esclusione. D'altra parte, resta sempre salvo l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, del quale l'istituto di credito risulta comunque gravato nel corso dell'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 35 d.lgs. n. 231 del 2007.

pagamento con caratteristiche di base).

Occorre domandarsi in definitiva se, dato per assunto un obbligo a contrarre di fonte legale a carico dell'ente creditizio, il cliente possa chiedere e ottenere l'esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.³⁴. D'ostacolo a una risposta affermativa potrebbe essere il contenuto del negozio, dal momento che la natura costitutiva della sentenza emessa a seguito dell'azione *ex art. 2932 c.c.* presuppone che vi sia identità tra l'obbligazione inadempita e la pronuncia stessa. Il rimedio risulta di conseguenza invocabile solo là dove risultino predeterminati gli elementi del contratto da stipulare, non anche quando la definizione del contenuto sia demandata alla libera scelta delle parti. Si richiede, in buona sostanza, che l'assetto di interessi sia cristallizzato, non potendo il decidente intervenire sul contenuto. È necessario allora portare l'attenzione sul conto corrente con caratteristiche di base, al fine di verificare se lo stesso possa essere inteso come un contratto specifico, dal contenuto predeterminato.

Merita di essere rilevato, in proposito, che le caratteristiche del conto di base si trovano scolpite nell'art. 126 *vicies semel*, ai sensi del quale le operazioni e i servizi inclusi nel conto devono comprendere almeno quelli elencati nell'allegato A al d.lgs. n. 37 del 2017. Sebbene la disposizione lasci all'ente creditizio la facoltà di prevedere operazioni e servizi ulteriori, sembra possibile comunque individuare un nucleo, appunto, di base, rispetto al quale non sono ammesse variazioni.

In quest'ottica, l'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre appare prospettabile. Senonché, dubbi potrebbero porsi in ragione della norma

³⁴ Sull'applicabilità dell'art. 2932 c.c. anche alle ipotesi di obbligo a contrarre di fonte legale, S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XX, Utet, Torino 1985, 313 ss.; F. ROSSELLI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, II, *L'attuazione dei diritti*, Giuffrè, Milano 2009. In giurisprudenza, aderisce a tale orientamento Cass. 9 luglio 1997, n. 6206, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/1998, 482.

n. 1/2020

sulle spese. L'art. 126 *vicies bis* ritiene difatti compatibile con il conto di base la previsione di un canone onnicomprensivo e degli oneri fiscali previsti per legge, ma non ne definisce l'ammontare, limitandosi a prevedere che il canone e il costo delle operazioni aggiuntive debbano essere ragionevoli e coerenti con finalità di inclusione finanziaria. Tale previsione è stata tuttavia specificata dall'art. 3 del d.m. n. 70 del 2018, il quale chiarisce cosa debba intendersi per ragionevolezza e coerenza con finalità di inclusione finanziaria, consentendo di individuare di volta in volta la misura del canone e delle operazioni aggiuntive, che deve essere uguale o superiore ai costi sostenuti dal prestatore per l'effettuazione delle operazioni e dei servizi di cui all'art. 2, comma 1, del medesimo d.m., e in ogni caso non eccedere l'importo mediano delle spese applicate nel semestre precedente ai consumatori dal medesimo prestatore per l'effettuazione delle operazioni e servizi di cui all'articolo 2, comma 1, nel numero stabilito nell'allegato A.

Sebbene il legislatore abbia preferito non procedere a una rigida schematizzazione, consentendo a ciascun ente creditizio di determinare un canone sulla base delle proprie specificità, appare pur vero che, per ogni singola banca alla quale venga di volta in volta richiesta l'apertura del conto, è possibile individuare un preciso contenuto, il quale si presta a essere reputato comunque predeterminato, in quanto esso dovrà coincidere con quello risultante dall'applicazione dei criteri stabiliti dagli artt. 126 *noviesdecies* ss. t.u.b. in combinato disposto con le disposizioni recate dal d.m. n. 70 del 2013

Perplessità sull'ammissibilità di una tutela reale possono sorgere – come si è visto – rispetto all'ipotesi generale, in quanto la determinazione del canone non risulta (ma soltanto all'apparenza) predeterminato dalla legge. Problemi non sembrano ad ogni modo porsi rispetto al conto di base per particolari categorie di consumatori: si tratta difatti di un conto senza spese, ai sensi dell'art. 126 *vicies quater*, il contenuto del quale risulta essere completamente tratteggiato dal legislatore.

Il rilievo non pare di poco momento rispetto al tema che ci occupa, se

si considera che i soggetti a rischio di esclusione sono proprio quelli in favore dei quali è posta la previsione richiamata, diretta ad agevolare l'accesso ai servizi bancari da parte dei consumatori marginali.

3. Inclusione sociale e accesso al credito: le questioni poste dalla «sana e prudente gestione».

Le norme passate in rassegna danno conto del progressivo emergere dell'inclusione nel settore dei servizi bancari e finanziari, la quale sembra interessare sia il lato della domanda, in termini di informazione, consapevolezza ed educazione finanziaria, sia l'offerta, favorendo l'accesso a prodotti e servizi adeguati al raggiungimento della medesima. La disciplina introdotta nel t.u.b., con d.l. n. 37 del 2017, consente a tutti l'apertura di un conto di pagamento con caratteristiche di base, giungendo a riconoscere un vero e proprio diritto a sì fatto conto, avuto riguardo all'importanza che lo stesso riveste nell'odierna società, ove risulta indispensabile per il compimento di molteplici operazioni³⁵. Ed in effetti, quanto ai cittadini immigrati, nell'ultimo biennio è stato riscontrato un generale miglioramento del livello di bancarizzazione³⁶.

Le previsioni richiamate non si mostrano tuttavia idonee a risolvere il problema – di estrema importanza – concernente l'accesso al credito da

³⁵ Così G. FALCONE, *op. cit.*, 494 ss., il quale pone in evidenza come la constatata impossibilità di effettuare transazioni economiche essenziali, se non per il tramite del sistema finanziario, abbia spinto parte della dottrina a ritenere concepibile un «diritto al conto».

³⁶ Cfr. G. FRIGERI, *Inclusione finanziaria e disuguaglianze di genere*, in *Dossier statistico*, cit., 324, ove si riporta che la percentuale di persone immigrate adulte titolari di un conto corrente si attestava, nel dicembre 2017, al 72 %.

parte dei c.d. soggetti non bancabili³⁷, l'esclusione dei quali si sostanzia in un impedimento nelle pratiche bancarie e finanziarie tale da precludere loro di condurre una vita normale all'interno della società di appartenenza³⁸.

Per quanto riguarda, nello specifico, gli stranieri, nel settore del credito in misura maggiore che in altri è stata riscontrata una diffusa percezione di discriminazione³⁹. Le risposte degli operatori sono apparse distanti dalle richieste dei clienti, i quali si presentano come soggetti non bancabili, per l'impossibilità di offrire garanzie patrimoniali e l'incostanza che sovente ne caratterizza i redditi da lavoro⁴⁰. Difficoltà di accesso al credito sembrerebbero interessare, altresì, la c.d. imprenditoria migrante⁴¹, per la dimensione dei soggetti (perlopiù piccole o piccolissime imprese) e le caratteristiche dei titolari, che non possono fregiarsi di una relazione longeva con un istituto di credito e pertanto risultano penalizzati rispetto ad

³⁷ F. LONGOBUCCO e S. DEPLANO, *op. cit.*, 380, riferiscono la «categoria di soggetti» definiti «non bancabili» a coloro i quali sono reputati dal sistema finanziario tradizionale «non sufficientemente credibili per ottenere credito».

³⁸ La rilevanza della questione è ben segnalata da E. PELLECCIA, *op. cit.*, 111, nota 111, la quale definisce l'accesso al credito come «uno dei fondamenti della cittadinanza economica». L'autrice pone in evidenza come l'esclusione bancaria sia fonte, per chi la subisce, di isolamento economico e sociale, e sottolinea che per sfuggire ad esso spesso si finisce per scivolare sul terreno dell'usura. Sul punto, anche EAD., *Accesso al credito, cittadinanza economica e dignità della persona*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Scritti in onore di Davide Messinetti*, Esi, Napoli 2008, 643 ss.; G. FALCONE, *op. cit.*, 494 ss., il quale rileva la tendenza ad individuare nell'accesso al credito il vero problema della «esclusione dei consumatori marginali».

³⁹ Tale è il dato segnalato dall'Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, nel *III rapporto - 2014*, a cura di D. FRIGERI, direttore CeSPI, in *www.finanzaemigranti.it*.

⁴⁰ Secondo quanto rilevato dall'Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti la maggioranza di coloro i quali hanno dichiarato di aver fatto una richiesta di prestito alle banche riferisce di aver ottenuto un rifiuto per mancanza di garanzie (cfr. *VI Rapporto - 2017*, cit., in part., 117).

⁴¹ Sulle c.d. «imprese immigrate», M. NANNI, *Gli immigrati nel mondo del lavoro indipendente*, in *Dossier statistico*, cit., 299 ss.; *VI Rapporto - 2017*, cit., 157 ss.

un omologo italiano.

Il problema dell'accesso al credito, da parte dei soggetti «marginali», induce una riflessione sul c.d. diritto al credito, sollecitata dai fautori della finanza etica e solidale⁴², i quali reputano l'accesso al credito alla stregua di un «diritto umano», per il suo legame con la dignità della persona, in una prospettiva di emancipazione dal bisogno e dalla povertà⁴³. A tale diritto dovrebbe corrispondere un obbligo, speculare, di far credito. Questa visione è destinata tuttavia a scontrarsi con l'opinione consolidata⁴⁴, secondo la quale l'obbligo di far credito sarebbe del tutto estraneo allo statuto dell'impresa bancaria⁴⁵, poiché si porrebbe in radicale contrasto con il ruolo

⁴² Il tema della finanza etica nell'ultimo ventennio ha suscitato particolare interesse. Tra i molti contributi: F. CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e finanza etica*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, 36 ss.; ID., *Etica della finanza e finanza etica*, Bari, 1997; ID., *Etica della finanza, mercato, globalizzazione*, Bari, 2004; V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, *Giur. Comm.*, 2004, 181; R. COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2011, 166 ss. Per una disamina più generale: M.G. BALDARELLI, *Finanza etica*, in L. BRUNI e S. ZAMAGNI (a cura di), *Dizionario di economia civile*, Roma 2009, 257 ss.

⁴³ Rappresentativo il Manifesto della finanza etica e solidale, predisposto dall'Associazione finanza etica, in E. BALDESSONE, M. GIBERTI, G. VIAGGI, *L'euro solidale. Una carta di intenti per la finanzia etica in Italia*, Verona, 1998, 20 ss., consultabile anche su www.bancaetica.it, ove il credito viene riconosciuto, in tutte le sue forme, come «diritto umano». Medesima affermazione si rintraccia nello statuto di Banca etica, sull'esperienza della quale cfr. F. SALVIATI, *Ho sognato una banca*, Feltrinelli, Milano 2010. Di credito come diritto umano discorre M. YUNUS, *Il credito come diritto umano*, in *CNS-Ecologia politica*, 1-2, gennaio-giugno 2004.

⁴⁴ L'opinione è andata vieppiù rafforzandosi a partire da P. ABADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX (1979), 529 ss.

⁴⁵ P. ABADESSA, *op. cit.*, 531. Al riguardo, G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in S. MACCARONE e A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Giuffrè, Milano 1981, 265 ss., aveva rilevato che, sebbene fosse stata evidenziata l'estraneità di un obbligo di far credito all'impresa bancaria, questa conclusione avrebbe dovuto restare ferma nella sua assolutezza solo per quanto concerne il momento dell'instaurazione del rapporto creditizio.

«tipico (selettivo)» che la banca è chiamata a svolgere, in un'economia di mercato, in ordine al processo di allocazione ottimale delle risorse⁴⁶.

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è stato chiamato in più occasioni a pronunciarsi sul punto ed ogni volta ha negato la configurabilità, nell'ordinamento, di un generale obbligo di contrarre in capo all'intermediario bancario⁴⁷. Ad avviso dell'ABF, un obbligo sì fatto non sarebbe desumibile dai principi generali ed anzi si porrebbe in contrasto con essi, ledendo la libertà di iniziativa economica dell'istituto erogante⁴⁸. Ma soprattutto, un obbligo generale di far credito è apparso al collegio certamente estraneo allo statuto delle imprese bancarie, l'attività delle quali

Più di recente, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, 94, nota 30, ha posto in evidenza che la formula dell'inesistenza generale di un obbligo legale di far credito aveva avuto alle origini il senso sostanziale di escludere l'applicabilità alle banche dell'art. 2597 c.c., concernente l'obbligo di contrarre in caso di monopolio. Nel sistema attuale, tale formula avrebbe invece perso di significato, in quanto sembrerebbe difettare di una fattispecie reale di riferimento. Di un obbligo di far credito – osserva l'autore – si potrebbe invece discorrere rispetto ad alcune ipotesi specifiche, come quella contemplata nell'art. 1845, comma 3, c.c., il quale difatti impone alla banca, che recede senza giusta causa dall'apertura di credito a tempo indeterminato, di far credito al cliente per tutto il periodo del preavviso. In definitiva, il problema di un obbligo legale di credito non dovrebbe essere posto «in generale» (corsivo dell'autore), ma «fattispecie tipo per fattispecie tipo».

⁴⁶ Cfr. P. SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Fall.*, 1985, 531.

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, ABF Roma, 29 novembre 2013; ABF Roma, 27 marzo 2015; ABF Roma, 20 gennaio 2017; ABF Torino, 4 ottobre 2017; ABF Milano, 21 giugno 2018; ABF Milano, 9 maggio 2019, tutte in www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁴⁸ G. FALCONE, *op. cit.*, 494 ss., osserva che l'affermazione del credito come «diritto umano», pur «suggestiva», non consentirebbe di configurare la concessione di un credito come l'oggetto di un diritto potestativo del richiedente: osterebbe a ciò «la perdurante valenza del principio di autonomia negoziale». Ritiene che non vi siano i margini per un diritto umano al credito anche F. PIRAINO, *Il microcredito*, in F. PIRAINO e S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino 2016, nota 7, 316 s.

deve essere improntata ad una «sana e prudente gestione»⁴⁹ ed esercitata avendo riguardo «alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario»⁵⁰.

Su tale rilievo non sembra in effetti dissentire neppure quella parte della dottrina che, in controtendenza con l'opinione maggioritaria, si esprime a favore della configurabilità di un obbligo di far credito, gravante sulla banca⁵¹, sul presupposto che l'attività di concessione del credito sia un «servizio pubblico essenziale», costituendo uno dei fattori principali dell'equilibrio economico. Seguendo un approccio funzionale, la dottrina citata ritiene che l'attività bancaria sia orientata a perseguire l'interesse della collettività ad un ordinato accesso al credito, il quale non si tradurrebbe tuttavia in un interesse «al credito facile», ossia incurante del merito creditizio⁵². Ciò che risulterebbe configurabile, dunque, sarebbe un diritto al credito in presenza di adeguato merito creditizio⁵³, atteso che

⁴⁹ Il rispetto della sana e prudente gestione è considerato un cardine della normativa in materia bancaria e creditizia. Prime riflessioni, al riguardo, in S. AMBROSINO, *La vigilanza sulle banche nel t.u. ed il ruolo della Banca d'Italia*, in *Bancaria*, 1994; S. DE ANGELI e M. ORIANI, *La sana e prudente gestione delle banche*, *ivi*, 1995; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in P. FERRO-LUZZI e C. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Giuffrè, Milano 1996, 157 ss. Più di recente, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna 2012.

⁵⁰ Così ABF Milano, 21 febbraio 2013, n. 995, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*; il quale si richiama all'art. 5 t.u.b. Nello stesso senso, ABF Milano, 8 febbraio 2013, n. 756, *ivi*.

⁵¹ La tesi è sostenuta in particolare da F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti*, in *Giust. civ.*, 3/2015, 585 ss., in part. 587 ss.

⁵² F. SARTORI, *op. cit.*, 589, il quale ricorda che la crisi del sistema creditizio degli anni più recenti debba essere ricercata proprio nel c.d. «credito facile». In questo senso, l'autore richiama G.M. FLICK, *Funzione e servizio pubblico del credito:... a volte ritornano*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Giuffrè, Milano 2013, 241.

⁵³ Per una diversa prospettiva, L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli 2012, 280, la quale ritiene che non sia configurabile un obbligo di far credito al solo

l'attenzione al rischio sembrerebbe rappresentare il criterio essenziale che informa in tutte le sue fasi il «governo del credito»⁵⁴.

Il rifiuto di concedere un finanziamento al soggetto non bancabile, quale per esempio un cittadino immigrato appena giunto nel Paese di destinazione e sprovvisto di mezzi adeguati, potrebbe tuttavia non risultare discriminatorio, né contrario a correttezza, là dove fosse giustificato da un merito creditizio basso, correttamente valutato, e dalla mancanza di qualsivoglia garanzia⁵⁵. Lo scenario prospettato appare tutt'altro che inverosimile, tenuto conto che, all'arrivo, le persone immigrate versano spesso in una condizione di particolare vulnerabilità economica, che le rende esposte all'esclusione finanziaria, in particolare rispetto all'accesso al credito.

L'ABF non esclude che, in determinati casi, pur in mancanza di un obbligo di far credito, a carico degli enti creditizi, il rifiuto opposto dalla banca a fronte di una richiesta di credito non possa ad ogni modo far scaturire una responsabilità⁵⁶, derivante dalla lesione dell'affidamento

soggetto «meritevole» (virgolette dell'autrice), in quanto ciò risulterebbe estraneo allo statuto delle imprese bancarie, ancor prima che improbabile sul piano interpretativo.

⁵⁴ F. SARTORI, *op. cit.*, 585, il quale rinvia alla «Comunicazione del 30 dicembre 2008. Valutazione del merito di credito», in Bollettino di vigilanza, n. 12, dicembre 2008.

⁵⁵ Rileva in proposito G. FALCONE, *op. cit.*, 494 ss., che la dottrina italiana s'interroga già da tempo sull'incidenza del principio di non discriminazione sull'autonomia negoziale (cfr. *supra*, nota 16). L'autore rimarca, ad ogni modo, la peculiarità dei contratti di credito, riguardo all'intermediario bancario, ponendo in evidenza che tale soggetto utilizza, per la concessione dei finanziamenti, il denaro raccolto tra il pubblico, la protezione del quale risulta essere il riflesso della tutela del risparmio accordata dall'art. 47 Cost.

⁵⁶ ABF Roma, 6 settembre 2010, n. 886, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*. La pronuncia sembra richiamarsi all'opinione espressa in dottrina, secondo la quale negare l'esistenza di un generale obbligo a contrarre non significherebbe tuttavia riconoscere alla banca la possibilità di rifiutare anche immotivatamente, richieste di contratti da parte di terzi, principalmente là dove il rifiuto si dimostra gravemente e ingiustificatamente lesivo della posizione del richiedente. In questo senso, F. GIORGIANNI e C.M. TARDIVO, *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Giuffrè, Milano 2006, 491 s.

ingenerato nel cliente dal comportamento tenuto dalla banca nella fase antecedente al rifiuto, ovvero dall'omessa o insufficiente informazione resa dalla banca in ordine al diniego stesso⁵⁷. Tuttavia, ove la solvibilità del richiedente apparisse dubbia, il comportamento dell'operatore, consistente nel rifiuto di concedere il finanziamento, non potrebbe risultare contrario a correttezza. Si potrebbe anzi discutere, all'opposto, di un obbligo di astenersi dal concedere il finanziamento, a carico dell'istituto di credito, sul quale la dottrina da un po' di tempo a questa parte, per il vero, si interroga⁵⁸.

⁵⁷ Tali sono le vie principali che, secondo quanto rilevato da A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, 94 ss., l'ABF percorre per affermare la responsabilità della banca in caso di mancata concessione del credito.

⁵⁸ Non è certamente questa la sede per affrontare un problema tanto complesso, il quale si è imposto all'attenzione soprattutto a seguito dell'introduzione dell'art. 124 *bis* t.u.b., ad opera del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, attuativo della direttiva 2008/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, che ha profondamente rinnovato la disciplina del credito al consumo. Giova comunque riferire che, secondo parte della dottrina, un obbligo di astenersi dal concedere il finanziamento può essere argomentato a partire dalla valutazione del merito creditizio di cui alla disposizione menzionata. Taluno riconduce l'obbligo in parola al c.d. principio del prestito responsabile, contemplato nella prima proposta di direttiva sul credito al consumatore (COM/2002/0443 def.), un residuo del quale si anniderebbe appunto nell'art. 8 della direttiva 2008/48/Ce e nell'art. 124 *bis* t.u.b., concernente l'obbligo di verifica del merito creditizio. Il tema è comunque dibattuto. Ritengono che un obbligo si fatto sia configurabile, in presenza di una valutazione negativa del merito creditizio: G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 274 ss.; S. LARocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in V. RIZZO, E. CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Esi, Napoli 2010, 233 ss. Si esprime in senso nettamente contrario: D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4/2012, 745. Con argomentazioni diverse esclude, allo stato, la sussistenza di un obbligo di astensione della banca, G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1/2013, 59. Ritiene non configurabile un obbligo siffatto, altresì, L. MODICA, *op. cit.*, 239 ss., in part. 283.

Si affaccia dunque una questione, la soluzione della quale richiede l'individuazione di meccanismi capaci di conciliare, da un lato, l'inclusione di soggetti che, seguendo criteri tradizionali, sarebbero esclusi dall'accesso al credito; dall'altro, esigenze di stabilità del sistema creditizio⁵⁹.

Non si può negare infatti che il sistema di vigilanza circoscriva la libertà operativa degli enti creditizi e, nella prospettiva dell'attività, determini lo standard comportamentale del c.d. banchiere avveduto. Tale modello trascura tuttavia altri bisogni da soddisfare, ulteriori diritti da tutelare, non considerando appieno la «funzione sociale ultima» alla quale appare orientata l'erogazione del credito quale «funzione costituzionale»⁶⁰.

4. Il microcredito come risposta all'esclusione dei soggetti vulnerabili.

Una risposta sembrerebbe essere offerta dalla microfinanza⁶¹ ed in particolare dal microcredito⁶², quale concessione, da parte di enti o istituti bancari, di limitate somme di denaro a soggetti economicamente e/o

⁵⁹ Sul tema: E. PELLECCIA, *op. cit.*, 112 ss.

⁶⁰ In questi termini F. SARTORI, *op. loc. cit.*, ove un richiamo a F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti economici, III, Artt. 45-47*, Zanichelli, Bologna-Roma 1980, 153 ss.

⁶¹ Il vocabolo microfinanza ricomprende una serie di prodotti pensati per destinatari che abbiano una capacità di pagamento ridotta o non siano in grado di offrire garanzie. Vasto appare il suo campo, il quale va dall'erogazione del credito all'offerta di prodotti di accumulo risparmio di piccolo importo, estendendosi altresì a piani assicurativi che prevedono premi mensili o annuali ridotti. In argomento, B.A. DE AGHION, J. MORDUCH, *The Economics of Microfinance*, The MIT Press, Cambridge, 2005; L. BECCHETTI e R. MILANO, *Microfinanza*, in *Dizionario di Economia civile*, *cit.*

⁶² L'idoneità del microcredito a risolvere la questione dell'esclusione dei soggetti non bancabili è riconosciuta da L. NONNE, *Il microcredito sociale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1/2011, 49 ss., in part. 50; parimenti, ritiene che tale forma di finanziamento sia l'unica risposta concepibile per contenere il fenomeno della marginalizzazione finanziaria, G. FALCONE, *op. cit.*, 494 ss.

socialmente vulnerabili, in modo tale da permettere loro di avviare piccole attività produttive o, in ogni caso, superare la soglia dell'indigenza⁶³. Questi tratti ricorrono nelle diverse esperienze storiche che – seppur con differenze legate al diverso contesto sociale ed economico – hanno contribuito alla diffusione di sì fatta forma di finanziamento⁶⁴, consentendo l'accesso al credito a soggetti che ne sono esclusi sulla base dei parametri usuali⁶⁵, oltre

⁶³ Studiosi e saggisti si sono interessati al microcredito, il quale ha catalizzato l'attenzione, in particolare, per le sue connessioni con la lotta all'emarginazione e alla povertà. Non si può non richiamare, in primo luogo, il lavoro di M. YUNUS, *Banker to the Poor: Micro-Lending and the Battle Against World Poverty*, PublicAffairs, New York 1999, tra. It. *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano 2003, il quale ha contribuito in maniera decisiva al suo diffondersi, spendendosi in prima persona con attività e progetti: si deve appunto al medesimo una prima individuazione teorica della nozione (allo stesso Yunus è stata dedicata un'apposita voce nel Dizionario di economia civile: cfr. T. REGGIANI, *Yunus Muhammad*, in *Dizionario di economia civile*, cit., 809 ss.). Si segnalano, altresì, M. NOWAK, *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, Torino 2005 e tra i molti: A. BERRINI, *Quattrini. Il romanzo del microcredito*, Dalai Editore, Milano 2009; C. BORGOMEIO (a cura di), *Microcredito. Dimensioni e prospettive del prestito sociale e imprenditoriale in Italia*, Roma 2012. Per una prima classificazione, su base storica, delle diverse esperienze e tipologie di microcredito, L. BECCHETTI, *Il microcredito*, Il Mulino, Bologna 2008, in part. pp. 18-27. Dal punto di vista giuridico, il tema è stato oggetto di approfondimento da parte di: L. NONNE, *op. cit.*, 49 ss.; E. PELLECCIA, *op. cit.*, 112; G. FALCONE, *op. cit.*, 494 ss.; F. PIRAINO, *Il microcredito*, cit., 311 ss.; S. COTTERLI, *op. cit.*, 472 ss.; E. BANI, *sub art.* 111, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova 2018, 1635 ss.

⁶⁴ L'esperienza storica più celebre è quella bengalese, riassunta in M. YUNUS, *op. ult. cit.* A far data dal 1976, lo stesso Yunus aveva avviato la pratica di prestiti di piccolissima entità ai poveri dei villaggi circostanti l'Università di Chittagong, dove insegnava, senza richieste di garanzie, per consentire loro l'acquisto per lo più di materie prime o di strumenti necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa, sottraendoli così alla morsa degli usurai. Negli anni Ottanta Yunus ha poi fondato la Grameen Bank con l'obiettivo di erogare finanziamenti a soggetti indigenti esclusi dal circuito bancario tradizionale. L'istituto opera, a tutt'oggi, nei paesi più poveri dell'Asia, dell'America latina, dell'Africa, ed altresì nel continente europeo, in America del Nord, Cina e Russia.

⁶⁵ S. COTTERLI, *op. cit.*, 473.

l'idea che si possa prestare soltanto ai «ricchi»⁶⁶.

Il legislatore ha mostrato interesse verso il microcredito a partire dagli anni Duemila⁶⁷, anche grazie alle iniziative promosse sul piano internazionale⁶⁸.

⁶⁶ Chiaro il riferimento a M. NOWAK, *op. cit.*, alla quale si riconosce il merito di aver contribuito attivamente alla diffusione del microcredito in Europa.

⁶⁷ In questa prospettiva anche D. CIRAVEGNA, *Il ruolo e le problematiche del microcredito e della microfinanza nell'economia moderna*, in D. CIRAVEGNA e A. LIMONE (a cura di), *Otto modi di dire microcredito*, Il Mulino, Bologna 2006, 26; G. Falcone, *op. cit.*, 494 ss., secondo il quale, se da un lato sarebbe erroneo collocare soltanto in tempi recenti la sensibilità per il tema della «inclusione finanziaria» (virgolette dell'autore), dall'altro sarebbe storicamente e teoricamente scorretto accostare il microcredito a fenomeni eccessivamente risalenti nel tempo, come l'esperienza dei Monti di Pietà, o comunque la comparsa del credito su pegno, ad esso accomunabile esclusivamente per la sua attitudine ad arginare l'esclusione finanziaria. Anche le ulteriori esperienze storiche spesso ricondotte al microcredito, quali l'associativismo e il cooperativismo creditizio, sarebbero distanti dall'attuale proporsi del fenomeno, come pure il prestito disciplinato dal d.lgs. 21 aprile 2000, n. 185, «Incentivi all'autoimprenditorialità e all'autoimpiego, in attuazione dell'articolo 45, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144. Ed in effetti, come posto in evidenza dall'autore, nel prestito contemplato dal d.lgs. citato, una percentuale importante viene erogata a fondo perduto; al contrario, il microcredito non sembra essere catalogabile come microbeneficienza (cfr. *ivi*, nota 28), poiché le somme concesse devono comunque essere interamente restituite dal sovvenuto.

⁶⁸ Il riferimento è alla risoluzione 15 dicembre 1998, n. 3, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con la quale è stato indetto, per il 2005, l'Anno Internazionale del Microcredito, allo scopo di offrire un'occasione per dare slancio ai programmi di tale forma di credito in tutto il mondo, stante le sue potenzialità nel contrasto alla povertà e nella promozione dello sviluppo sociale. In Italia è stato costituito, per l'occasione, un Comitato nazionale per la promozione degli obiettivi dell'Anno internazionale. Successivamente, con l'art. 4 *bis*, comma 8, l. 11 marzo 2006, n.81, il Comitato nazionale italiano per il 2005 è stato trasformato nel Comitato nazionale italiano permanente per il microcredito, il quale è stato poi riconosciuto come Ente di diritto pubblico con l. 24 Dicembre 2007 n. 244 (cfr. art.2, commi 185-187).

Dopo una prima considerazione a livello regionale⁶⁹, tale forma di finanziamento ha trovato una sistemazione all'interno del t.u.b., con l'art. 111 del citato Testo unico⁷⁰, a seguito del d.lgs. n. 141 del 2010, attuativo della direttiva 2008/48/Ce. Quest'ultima non contemplava in verità l'introduzione di una normativa sul microcredito. Nondimeno, con la l. 7 luglio 2009, n. 88 (l. comunitaria del 2008) il governo era stato delegato non soltanto ad attuare la direttiva 2008/48/Ce, ma altresì a rimodulare la disciplina delle attività e dei soggetti operanti nel settore finanziario di cui al titolo V del t.u.b.⁷¹. Ed in effetti, le norme sul microcredito si presentano come «disciplina d'impresa»⁷², tenuto conto che l'art. 111 t.u.b. regola l'attività di soggetti (diversi dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo della Banca d'Italia) autorizzati a concedere le tipologie di finanziamenti

⁶⁹ Un esempio è rappresentato dalla legge della Regione Lazio del 18 settembre 2006, n. 10, come modificata dalla l. reg. 28 dicembre 2007, n. 27, sulla quale si sofferma L. NONNE, *op. cit.*, 50.

⁷⁰ In argomento, E. BANI, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ Nel dettaglio, l'art. 33, lett. d), l. n. 88 del 2009, contemplava una rimodulazione della disciplina delle attività e dei soggetti operanti nel settore finanziario di cui al titolo V e all'articolo 155 del t.u.b., sulla base dei seguenti ulteriori criteri direttivi a tutela dei consumatori: «1) rideterminare i requisiti per l'iscrizione al fine di consentire l'operatività nei confronti del pubblico soltanto ai soggetti che assicurino affidabilità e correttezza dell'iniziativa imprenditoriale; 2) prevedere strumenti di controllo più efficaci, modulati anche sulla base delle attività svolte dall'intermediario; 3) garantire la semplificazione, la trasparenza, la celerità, l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa e dei procedimenti sanzionatori, attribuendo i poteri sanzionatori e di intervento alla Banca d'Italia; 4) prevedere sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie e forme di intervento effettive, dissuasive e proporzionate, quali, tra l'altro, il divieto di intraprendere nuove operazioni e il potere di sospensione, rafforzando, nel contempo, il potere di cancellazione».

⁷² In questi termini, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 281, il quale, in nota 18, ritiene ancor più opportuno discorrere di «disciplina di soggetto», dacché sembrerebbe ricorrere, anche in tale contesto, la tradizionale impostazione delle leggi bancarie di «regolamentare le attività di impresa a mezzo di discipline "a soggetto"». Su tale ultimo punto, *ivi*, 15, nota 22.

descritti dai commi 1 e 3 dello stesso articolo. Appunto da tali commi può essere enucleata una definizione di microcredito, la quale risulta dal richiamo operato dal successivo comma 5 *bis*, là dove l'utilizzo di tale sostantivo viene subordinato in maniera esclusiva alla concessione dei finanziamenti descritti nei due commi menzionati. Per ricostruire la nozione di microcredito non si può quindi prescindere da un esame dei medesimi.

Procedendo con ordine, il comma 1 dell'art. 111 t.u.b. prevede che i soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dalla Banca d'Italia⁷³ possano concedere finanziamenti che siano di un ammontare non superiore a 25.000 euro, che non siano assistiti da garanzie reali, che siano finalizzati all'avvio o allo sviluppo di iniziative imprenditoriali o all'inserimento nel mercato del lavoro, e che siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari. Il comma 3 dell'articolo in esame permette ai soggetti già considerati dal comma 1 di erogare, in via non prevalente, finanziamenti a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale, purché siano di importo massimo di euro 10.000, non siano assistiti da garanzie reali, siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di bilancio familiare, abbiano lo scopo di consentire l'inclusione sociale e finanziaria del beneficiario e siano prestati a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato.

L'art. 111 t.u.b. consegna dunque due distinte fattispecie: il microcredito c.d. «imprenditoriale, il quale si sostanzia nella concessione di finanziamenti per l'avvio ovvero l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa; il microcredito c.d. «sociale», consistente nella erogazione di finanziamenti a persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale.

L'una e l'altra ipotesi appaiono accomunate dalla ragione stessa che ha portato storicamente alla diffusione di questa tipologia di finanziamento:

⁷³ Cfr. art. 113 t.u.b.

consentire l'accesso al credito ai soggetti più deboli che in base ai parametri usuali ne sarebbero esclusi⁷⁴.

In dottrina è stato rilevato che la disciplina del t.u.b. avrebbe una diversa – e duplice – *ratio*⁷⁵: da un lato, contenere i rischi impliciti nella concessione di questa forma di finanziamento⁷⁶, tracciando una cornice di vigilanza intorno alle imprese abilitate a compiere tale attività; dall'altro, evitare che il ricorso al microcredito funga da espediente per eludere l'applicazione di più penetranti regimi di controllo o vigilanza⁷⁷.

Nondimeno, è stato opportunamente rilevato che le disposizioni dedicate al microcredito si prestano altresì a essere ricondotte alla normativa d'inclusione⁷⁸.

Invero, di ciò non sembra si possa dubitare, quantomeno rispetto alla disciplina del microcredito sociale. Riferimenti testuali all'inclusione si rintracciano tanto nell'art. 111, comma 3, t.u.b., quanto nell'art. 5, comma 1, d.m. n. 176 del 2014. Ma anche la normativa del microcredito imprenditoriale, a ben vedere, seppur scevra di richiami testuali all'inclusione, sembra andare nella stessa direzione. Lo scopo che deve contraddistinguere tale forma di finanziamento, ai sensi dell'art. 111, comma 1, difatti, si mostra decisamente strumentale all'obiettivo dell'integrazione. Non a caso, negli ultimi anni, diversi progetti di microcredito imprenditoriale hanno consentito a persone a rischio di esclusione di trovare una fonte di reddito adeguata a consentire loro di inserirsi

⁷⁴ In questi termini, S. COTTERLI, *op. cit.*, 473.

⁷⁵ In tal senso, discorre di una «anima doppia», A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 282.

⁷⁶ Si allude ai rischi derivanti dall'assenza di garanzie.

⁷⁷ Così A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, 282, il quale rinvia a E. BANI, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova 2012, 1457 s.

⁷⁸ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2018, 1234, nota 14, il quale ritiene appunto che la normativa sul conto di base e quella sul microcredito siano entrambe riconducibili alla «regola d'inclusione».

pienamente nel tessuto sociale e produttivo. Tra questi, appunto, alcuni progetti sono stati rivolti a cittadini extracomunitari, per consentire loro di avviare piccole attività imprenditoriali nel Paese di destinazione⁷⁹.

L'impressione che se ne trae, dunque, è che la disciplina del microcredito rappresenti un tassello in più, il quale concorre – con la normativa del conto di base – a comporre il quadro dell'inclusione sociale nel campo dei servizi finanziari bancari.

Chiara espressione della scelta sul piano dell'inclusione fatta dal legislatore sembrano essere, altresì, i criteri di erogazione del finanziamento: ai fini del microcredito non risulta centrale la solvibilità del sovrvenuto; sembra invece che maggiore importanza debba essere attribuita a diversi elementi, riconducibili a finalità sociali e/o promozionali⁸⁰: segnatamente, nel microcredito imprenditoriale occorre verificare che il finanziamento sia diretto a sostenere l'avvio o lo sviluppo di un'attività di lavoro autonomo o di microimpresa e che il richiedente non rientri in una delle categorie escluse dal d.m. n. 176 del 2014⁸¹; nel microcredito sociale, è necessario accertare che il beneficiario si trovi in una delle condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale specificate dal medesimo d.m. n. 176 del 2014, le quali alludono a condizioni di disagio riconducibili a

⁷⁹ Tra i molti, può essere richiamato il progetto M.I.C.R.O. (*Migrants Ideas Converted into Real Opportunities*), un'iniziativa europea alla quale ha aderito l'Ente nazionale per il microcredito, rivolto agli operatori di microcredito e di ONG che lavorano con i migranti interessati ad avviare un'attività imprenditoriale. Scopo generale del progetto è stato quello di creare una figura professionale capace di supportare il migrante in ogni fase dell'*iter* necessario per avviare un'attività imprenditoriale e gestirla, in particolare al fine di superare le criticità legate alla difficoltà di reperire informazioni e alla scarsa formazione imprenditoriale.

⁸⁰ Sul punto, calzanti le notazioni di F. PIRAINO, *op. cit.*, 312 s. L'autore fa presente che l'elemento «agglutinante» il quale dirige in senso promozionale le diverse manifestazioni di microcredito deve essere identificato ora con la fragilità economica del sovrvenuto, ora con lo stato di bisogno in cui tale soggetto versa.

⁸¹ Cfr. art. 1, d.m. n. 176 del 2014.

ragioni economiche finanziarie o di carattere personale⁸².

Giova tuttavia puntualizzare che, nonostante la scarsa solvibilità del soggetto finanziato, il microcredito non si presta ad essere appiattito sulla mera beneficenza, dal momento che le somme erogate devono essere pur sempre restituite, per giunta con la corresponsione di interessi. Ed al riguardo meritano di essere richiamate le notazioni di chi attribuisce il crescente successo del microcredito non alla ridotta quantità di denaro prestato – che pertanto renderebbe più agevole la restituzione – bensì al fatto che siano utilizzate particolari pratiche di gestione del finanziamento⁸³ che consentono di monitorare con costanza i flussi di rimborso e di riportare, in tal modo, percentuali molto basse d'insolvenza⁸⁴. L'importanza assegnata alla componente collaborativa rappresenta in effetti uno dei tratti che sono apparsi contraddistinguere in maniera peculiare tale forma di finanziamento⁸⁵, decretandone la buona riuscita.

⁸² Cfr. art. 5, d.m. n. 176 del 2014, il quale si riferisce precisamente a «a) stato di disoccupazione; b) sospensione o riduzione dell'orario di lavoro per cause non dipendenti dalla propria volontà; c) sopraggiungere di condizioni di non autosufficienza propria o di un componente il nucleo familiare; d) significativa contrazione del reddito o aumento delle spese non derogabili per il nucleo familiare».

⁸³ Si allude, segnatamente, ai commi 1 e 3 dell'art. 111 t.u.b.

⁸⁴ Il riferimento è a E. PELLECCIA, *op. cit.*, 112.

⁸⁵ Cfr. F. PIRAINO, *op. cit.*, 347. Nell'esaltazione della componente collaborativa a carico del finanziatore, l'autore citato intravede un elemento idoneo a sostituire, all'interno della normativa italiana, quei meccanismi di responsabilizzazione del sovvenuto caratterizzanti il modello originario, i quali sono stati ridimensionati, se non del tutto espunti, a seguito dell'innesto in un diverso contesto sociale ed economico. Lo stesso autore pone in evidenza come nella versione primigenia il rispetto del vincolo contrattuale rappresentasse una «questione d'onore», tale da indurre il sovvenuto a rispettare gli impegni presi. Altra forma di responsabilizzazione è stata individuata nella c.d. tecnica delle garanzie collettive, in base alla quale i mutuatari vengono suddivisi in piccoli gruppi omogenei, ove ogni singolo componente si impegna anche per l'affidabilità degli altri. Tale tecnica parrebbe quindi far leva sull'elemento reputazionale all'interno del gruppo e sulla stigmatizzazione dell'inadempiente (*ivi*, 314).

Sulla scorta delle osservazioni che precedono, pare interessante interrogarsi sulle conseguenze del diniego, opposto dall'ente creditizio, pur in presenza dei requisiti previsti dall'art. 111 t.u.b., ulteriormente specificati dal d.m. n. 176 del 2014. Adottando un approccio funzionale, il comportamento della banca, consistente nel rifiuto di contrarre sulla base, per esempio, della scarsa solvibilità del richiedente, potrebbe apparire ingiustificato, là dove fossero in concreto sussistenti tutti i requisiti di legge. Si potrebbe allora ragionare su di un'eventuale responsabilità dell'operatore; il comportamento del quale potrebbe apparire contrario alla clausola di buona fede e correttezza⁸⁶.

5. Considerazioni conclusive.

L'indagine svolta ha messo in evidenza una serie di norme riferibili allo straniero, nell'ottica di una sua integrazione effettiva. Si tratta di previsioni che permettono di ovviare all'esclusione finanziaria, intesa come impossibilità o riluttanza di accedere a servizi bancari e finanziari basilari. Diversi ostacoli sembrano frapporsi, in questo campo, all'inclusione dei cittadini extracomunitari, spingendo loro verso l'isolamento sociale: dalla mancanza di reddito all'impossibilità di offrire garanzie. Al netto delle difficoltà linguistiche incontrate nel periodo immediatamente successivo all'arrivo, molti dei fattori di esclusione sembrano accomunare i soggetti economicamente vulnerabili, a prescindere dalla condizione di straniero. La ricerca sembra assumere, allora, un respiro più ampio.

Il problema della povertà e dell'esclusione figura ormai da tempo nell'agenda della politica europea, anche grazie agli stimoli provenienti

⁸⁶ Sulla tendenza dell'Arbitro bancario a riconoscere la responsabilità precontrattuale della banca, pur in mancanza di un obbligo di concedere credito, nel caso in cui il comportamento dell'ente creditizio sia qualificabile come un recesso ingiustificato dalle trattative, *supra*, par. 4, in part. nota 56.

dalle organizzazioni internazionali. Il legislatore interno non ha mancato di cogliere tali sollecitazioni, talvolta obbligato dagli impegni assunti a livello sovranazionale, altre volte mosso dalla caratura costituzionale dell'obiettivo, connesso ai principi fondamentali di dignità della persona, solidarietà e uguaglianza, consacrati altresì dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Il settore dei servizi bancari e finanziari non sembra essere rimasto estraneo alle finalità d'inclusione e ciò sembra essere avvenuto attraverso un'evoluzione prodottasi a partire dagli anni Duemila, favorita da una serie di fattori concomitanti, scaturiti tutti dal medesimo intento: la lotta alla povertà e all'esclusione. Una nitida testimonianza in questo senso è data dall'introduzione della disciplina del conto di pagamento con caratteristiche di base, un contratto che include, a fronte di un canone annuale onnicomprensivo, un numero di operazioni annue effettuabili senza l'addebito di ulteriori spese. Decisivo in questa direzione l'impulso del legislatore europeo. Sebbene una direttiva in materia sia stata emanata soltanto nel 2014, molti altri interventi si erano registrati nel tempo antecedente, i quali avevano portato, sul fronte nazionale, alla previsione del conto corrente semplice e del conto di base. Un vero e proprio diritto all'apertura di un conto con caratteristiche di base è stato però sancito, nell'ordinamento interno, soltanto in tempi recenti, in seguito al recepimento della direttiva 92/2014/UE, con d.lgs. n. 37 del 2017, mediante il quale sono stati introdotti nel Testo unico bancario gli artt. 126 *noviesdecies* ss.

Sarebbe però riduttivo circoscrivere la portata della c.d. inclusione finanziaria al solo ambito dell'accesso al conto di pagamento, senza prendere in considerazione la questione – assai rilevante – dell'accesso al credito dei c.d. soggetti non bancabili, non sufficientemente affidabili, cioè, per il sistema finanziario tradizionale. In questo campo anzi l'inclusione sembra incontrare ostacoli maggiori, scontrandosi con altri interessi, del pari meritevoli. Se per l'accesso al conto è stato tutto sommato agevole

configurare un vero e proprio diritto all'apertura, lo stesso non può essere detto per l'accesso al credito, ove la concessione di un finanziamento ad un soggetto non solvibile sembra destinata a scontrarsi con il rispetto della sana e prudente gestione.

Una soluzione alla questione dell'accesso al credito da parte dei soggetti vulnerabili può essere rappresentata dal microcredito, quale concessione di limitate somme di denaro a soggetti economicamente e/o socialmente vulnerabili, per consentire loro di avviare piccole attività produttive o, in ogni caso, superare la soglia dell'indigenza.

Tale forma di finanziamento ha iniziato a ricevere particolare attenzione proprio nello stesso periodo in cui andava maturando, in Europa, la disciplina del conto di base, nell'ambito della più generale azione di contrasto all'esclusione sociale e alla povertà. L'impulso più importante, su questo fronte, è stato dato dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, la quale già sul finire degli anni Novanta aveva indetto per il 2005 l'anno del microcredito, allo scopo promuovere la diffusione di questa forma di finanziamento, avendone riconosciuto le potenzialità. Sono seguite diverse risoluzioni che hanno portato, sul fronte interno, all'istituzione di un Comitato nazionale italiano permanente per il microcredito. Una svolta si è avuta, poi, con il d.lgs. n. 141 del 2010, mediante il quale il microcredito ha trovato una sistemazione all'interno del t.u.b., in occasione di una rimodulazione della disciplina concernente le attività e i soggetti operanti nel settore finanziario di cui al titolo V dello stesso Testo unico.

La disciplina del microcredito, non meno di quella del conto di base, appare orientata a finalità d'inclusione, la quale sembra produrre non trascurabili riflessi sul contegno in concreto esigibile dai prestatori dei servizi. Una serie di obblighi vengono fatti gravare su tali soggetti, come l'obbligo di concedere l'apertura del conto di base e di informare il cliente in merito al rifiuto, con specificazione delle motivazioni del diniego stesso, ovvero, nel microcredito, gli obblighi di assistenza a carico del finanziatore, chiamato non soltanto a erogare il finanziamento ma altresì ad assistere il

sovvenuto, per garantire il successo dell'operazione, quindi in definitiva la sua integrazione nella società d'appartenenza.

L'inclusione introduce istanze sociali nel mondo dei servizi bancari e finanziari, le quali erano in passato sconosciute ad esso, non tanto mediante la previsione di strumenti che potremmo definire «nuovi», bensì con la configurazione di obblighi ulteriori, posti a carico degli operatori del settore.

Non sembra tuttavia che ciò sia avvenuto a discapito della stabilità del sistema del credito. Anzitutto, le banche non risultano obbligate a offrire microcredito. L'erogazione di sì fatta forma di finanziamento è consentita infatti anche a soggetti diversi da quelli iscritti nell'albo della Banca d'Italia, che difatti agiscono per finalità altre, perlopiù di stampo solidaristico. Non bisogna dimenticare, al riguardo, che la normativa sul microcredito risultante dal Testo unico bancario è prima di tutto una disciplina «di soggetto», diretta cioè a fissare i presupposti necessari per consentire l'erogazione di finanziamenti con determinate caratteristiche anche a enti diversi da quelli considerati nell'art. 116 t.u.b. In secondo luogo, vero è che la verifica della solvibilità del richiedente non risulta centrale, nel microcredito, perché differenti sono le logiche che ne sono alla base, ma è altresì vero che sussistono meccanismi diretti a garantire il buon esito dell'operazione, anche là dove a concedere il finanziamento sia una banca. Non pare, dunque, compromesso il rispetto della sana e prudente gestione alla quale deve essere improntata – imprescindibilmente – l'attività delle banche, in vista della realizzazione dei rilevanti interessi affidati alla loro cura.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ANTONIO VITALE

Hate speech e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio

ABSTRACT – Starting from the analysis of a concrete case, the subject of a recent ruling of the Supreme Court, the paper deals succinctly and without any pretension of exhaustiveness - with the limited purpose of encouraging a discussion - with the complex issue of *hate speech*: speeches and expressions that are such as to integrate so-called *hate crimes*.

The issue seems to present itself, in fact, in the current historical phase, of crucial interest.

In cases in which the phenomenon cannot be contained at a social, political and cultural level, the State has only to resort, as an extreme means, to the criminal weapon.

KEYWORDS – Hate crimes; hate speech; criminal law; limits to free speech



ANTONIO VITALE*

Hate speech e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio**

SOMMARIO: 1. *Lo hate speech nell'attuale dibattito giuridico* – 2. *Il caso di cui alla sentenza Cassazione, sezione V penale, n. 32862 del 07/05/2019 (depositata il 22/07/2019)* – 3. *Valutazioni conclusive.*

1. Lo hate speech nell'attuale dibattito giuridico

A testimoniare che la tematica su cui ci si intende soffermare, usando come spunto la pronuncia di Cassazione oggetto della presente nota, è calda e, di conseguenza, occasione di ampie discussioni a livello non solo teorico, ma anche istituzionale, provvedono sia il sito ufficiale del Comitato Nazionale per la Bioetica, sia i disegni di legge depositati alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica.¹

* Dottore in Giurisprudenza.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Sul sito ufficiale del Cnb – www.bioetica.governo.it – lo *hate speech* è espressamente indicato al punto n. 7 dei temi “*in discussione*” della Plenaria per l’anno 2020. Al Senato della Repubblica è stato depositato il DDL n. 634 del 2018, prima firmataria Boldrini, recante «Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto dell’istigazione all’odio e alla discriminazione (*hate speech*)», mentre alla Camera dei Deputati risulta depositato il PDL n. 4077 del 2016, poi assegnato alle Commissioni riunite “Affari Costituzionali” e “Giustizia II”, in tema di «Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, e altre disposizioni in materia di contrasto dell’istigazione all’odio e alla discriminazione (*hate speech*)».

Nelle sedi *de quibus*, infatti, lo *hate speech* è posto come argomento, allo stato, di imprescindibile confronto, considerato che la necessità di un serio dibattito in merito fra le istituzioni nazionali – al fine di delineare i confini del problema e di rintracciare più adeguate soluzioni a livello sociale, culturale e legislativo - non può essere più postergata.

L'incitamento all'odio, infatti, dopo aver tristemente segnato, in modo indelebile, il primo Novecento², si teme possa ritornare oggi alla ribalta, con dietro un bagaglio colmo di vecchi problemi e di nuove complicazioni, sicché - nonostante la storia abbia offerto alla società moderna gli essenziali *anticorpi* per affrontarlo più preparata – lo si riesamina attentamente, al fine di ricostruirne in modo analitico la sua struttura e le sue caratteristiche, essenziali e accessorie, per poterne neutralizzare gli effetti nefasti e per poter far fronte alle conseguenze che produrrebbe.

La nozione *hate speech*, com'è noto, venne coniata dalla giurisprudenza americana³ ed è sovente da essa utilizzata per fare

² Per un approfondimento della tematica mi si consenta di rinviare a E. VEZZELLI, *Joseph Goebbels: modelli e forme di propaganda nel Terzo Reich*, Prospettiva, Roma, 2007. V. altresì R. CALIMANI, *Storia del pregiudizio contro gli ebrei. Antigiudaismo, antisemitismo, antisionismo*, Mondadori, Milano, 2007, 369, secondo cui «Obbedienza, autorità, totalitarismo sono tre momenti che legano il destino dell'individuo a quello dell'intera società e in cui confluiscono aspetti di psicologia individuale, elementi di normale organizzazione sociale, forme politiche estreme (e talvolta aberranti) di governo. Il XX secolo è stato dal punto di vista politico un grande laboratorio di questi complessi fenomeni che hanno causato tanti terribili lutti e hanno spinto l'umanità intera nell'abiezione più profonda. La storia è stata spesso un terribile e assurdo mattatoio, ma questo secolo ormai finito, in nome della razza, della modernità, della tecnologia, usate tutte in modo perverso, ha messo in luce aspetti mostruosi e non ancora conosciuti. Capire fino in fondo è forse impossibile, percorrere qualche passo sull'orlo di quell'abisso è un dovere della coscienza, anche se doloroso [...]». Cfr. pure F. STEINHAUS, *Le parole malate. La disinformazione come sistema*, Edizioni del Faro, Trento, 2012.

³ Recentemente, nella pronuncia *Snyder v. Phelps (562 U.S., 2011)* la Corte Suprema degli U.S.A. ha ricondotto la questione sotto il disposto del I Emendamento, laddove ha ritenuto

riferimento a discorsi e/o affermazioni che, lungi dal rientrare entro i limiti della sana libertà di espressione del pensiero su cui si edificano le moderne società democratiche, appaiono piuttosto manifestazione di odio, oltraggio, profonda avversione per i soggetti verso i quali sono rivolte - identificati come appartenenti ad un gruppo sociale o ad una data entità collettiva, sovente una debole minoranza - e che hanno come scopo la diffusione, l'incitamento o l'inseminazione in altri di quell'idea di avversione.

«Con il termine "hate speech" si intendono tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, tra cui: l'intolleranza espressa dal nazionalismo aggressivo e dall'etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità contro le minoranze, i migranti e le persone di origine immigrata»⁴.

Sono i verbi *diffondere*, *incitare*, *promuovere*, non a caso utilizzati nella richiamata definizione, a mettere in risalto la grave differenza che intercorre fra il semplice insulto, di regola fine a sé stesso o, comunque, destinato a rimanere entro i confini dell'offesa individuale, e il discorso d'odio, che, al contrario, si presenta come una vera e proprio arringa o alla stregua di un messaggio che vogliono avere dei proseliti, in quanto direttamente o velatamente funzionali a propagare l'idea.

opportuno menzionare la necessità di apporre dei limiti alla libertà di espressione del pensiero, la quale giammai può trascinare – è stato qui sostenuto - in forme espressive odiose, oltraggiose o comunque atte a provocare, in modo intenzionale, serio disagio emotivo nel destinatario. Utile è pure fare riferimento al noto caso *R.A.V. v City of Saint Paul* (505 377 U.S., 1992).

⁴ È questa la definizione ufficiale posta nella Raccomandazione n. R (97) 20 del Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa. V. pure S. WALKER, *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, 1994, 17 ss. L'impegno europeo nella lotta all'*hate speech* ha condotto all'organizzazione del PRISM - *Preventing, Redressing and Inhibiting Hate Speech in New Media* – progetto nato a seguito della giornata internazionale della lotta al razzismo e alla discriminazione razziale, co-finanziato dall'UE e di cui fanno parte Italia, Francia, Spagna, Romania e Regno Unito.

Destinatario dell'odio deve essere, dunque, non già il singolo individuo, ma un gruppo identificato di persone (minoranze etniche, politiche, linguistiche, gruppi individuati per la loro razza, collettività religiose, persone LGBT, etc.) e il discorso o l'invettiva devono essere tali da produrre o animare effetti tangibili sulle vittime, quali, in primo luogo, il pericolo di discriminazione, l'esclusione, il rischio concreto di attacchi violenti, etc.

Non esiste, invero, una definizione universalmente valida di *hate speech*⁵, nonostante il buon punto di partenza offerto da quella testé riprodotta, sicché, a prescindere dalle forme assunte (scritte od orali, verbali o non verbali, espresse o larvate) e dall'eventuale consistenza penale di esse (si parla genericamente di "*reati d'odio*"), può essere ricondotta nell'alveo di un'ampia nozione di *hate speech* qualsiasi espressione violenta o discriminatoria nei confronti di altre persone o gruppi di persone.

Atteso che esso ricade sugli individui per le loro intime qualità e/o condizioni personali, le contromisure al fenomeno hanno bisogno di adattarsi al contesto e alle contingenze sociali, economiche, politiche, culturali e tecnologiche⁶.

⁵ V. G. ZICCARDI, *L'odio online. Violenza verbale e ossessione in rete*, Cortina Raffaello Editore, Milano, 2016, 19. Così G. GOMETZ, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in www.statoechiese.it, n. 32/2017, 4, «Quando questi fenomeni sono considerati nella loro dimensione comunicativo-espressiva, allora è d'uso parlare di "hate speech", una nozione tanto popolare nei dibattiti quanto sciagurata dal punto di vista analitico: tutti deplorano le condotte espressive a cui tale espressione si riferisce ma nessuno sa esattamente quali siano, dato l'inusitato grado di genericità e vaghezza che contraddistingue ciascuna delle sue varie definizioni».

⁶ V. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO e S. QUINTARELLI, *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea Editore, 2017. Gli Autori affrontano, in questo scritto, alcuni temi che la società dell'internet ha fatto sorgere. Viene affrontato l'intreccio fra l'internet e il diritto costituzionale e il tema del bilanciamento della libertà di informare, la quale si scontra con le neo problematiche delle *fake news* e, appunto, dell'*hate speech*. In particolare, O. POLLICINO, Cap. 1, afferma che «Da un punto di vista costituzionale, il tema del possibile contrasto alla diffusione delle fake news e discorsi d'odio intercetta l'essenza

Com'è evidente, infatti, il problema sorge ben prima dell'avvento dell'internet, dei *social network*, della comunicazione digitale in generale, della divulgazione televisiva – in fasi storiche in cui il messaggio veniva veicolato attraverso mezzi più rudimentali e meno efficaci – ma è del pari lampante come la tecnologia digitale, che aumenta a dismisura la velocità di trasmissione delle comunicazioni e delle idee e che abbatte il muro delle distanze spazio-temporali, abbia contribuito ad accentuare la pericolosità del fenomeno.

La nozione “*hate speech*”, dunque, in origine usata dagli accademici e dai giornalisti specialisti del settore giuridico per fare riferimento, più specificamente, a un particolare corpo di leggi che avevano ad oggetto la regolamentazione, la prevenzione e la repressione del fenomeno discriminatorio, è stata successivamente estesa, come visto, a tutto quanto relativo alla diffusione, incitamento, promozione o giustificazione dell'odio

del paradosso di Bockenforde, secondo il quale “lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire”. È proprio sul modello di tutela prescelto della libertà di espressione, una delle cifre distintive dello stato liberale, che si gioca la partita decisiva in quest'ambito. La scelta di intervenire per depurare la rete dei discorsi d'odio e delle fake news sembrerebbe evocare, infatti, secondo alcuni, l'adozione di una serie di limitazioni che costringono la libertà di parola entro limiti probabilmente più rigorosi rispetto a quelli codificati dalle costituzioni liberali [...]. V. altresì A. CORTESE e R. DELGADO, *Opposing hate speech*, Praeger Pub Text, Santa Barbara (California), 2005. Gli A. si interessano del bilanciamento e della limitazione della libertà di espressione al cospetto di eventuali discorsi che potrebbero sottintendere odio e discriminazione. Cortese sostiene che limitare le espressioni di odio non viola il principio guida del Primo Emendamento. Una restrizione efficace, afferma, non dovrebbe concentrarsi sul contenzioso, ma sui codici del linguaggio e sull'educazione morale. «Some believe that hate speech regulations constitute a serious danger to first amendment liberties. Others believe that these regulations are needed to protect the rights of those who have been and continue to be denied access to equal opportunity. [...] The basic purpose for the legal restriction of hate speech is to reinforce our commitment to tolerance as a value», 16. Cfr A. BROWN, *Hate Speech Law (Open Access): A Philosophical Examination*, Routledge editore, Londra, 2015. Per un'attenta analisi del fenomeno v. pure M. MENSÌ e P. FALLETTA, *Il diritto del web. Casi e materiali*, Cedam, Padova, 2015, 180.

razziale, della xenofobia, dell'antisemitismo e di ogni altra forma di odio basata sull'intolleranza⁷.

I discorsi di odio, inoltre, possono essere associati ad una vastissima gamma di ulteriori sentimenti, come ad esempio la paura o l'invidia, e sono volti a suscitare emozioni altrettanto varie anche in assenza di avversione e ostilità.

La mera scomposizione della definizione nelle sue due componenti – “discorso” e “odio” - quantunque possa aiutare a comprendere che il nucleo duro dell'argomento risiede su questi due concetti essenziali, non aiuta, tuttavia, a definire appieno il fenomeno, visto il bisogno, altresì, di cogliere la relazione fra i due termini.

È proprio per questo che in materia si sono succeduti almeno quattro diversi orientamenti interpretativi, i quali, a ben vedere, hanno avuto appunto lo scopo di cercare di afferrare il legame fra i predetti due termini.

Una prima tesi, di matrice soggettiva, ha posto l'accento sulla reazione che lo *hate speech* può suscitare negli ascoltatori. Viene sostenuto, in altre parole, che se il discorso condotto è tale da provocare una reazione odiosa nella generalità degli uditori, che devono rappresentare una parte consistente della società, allora può ritenersi integrata a pieno titolo un'ipotesi di c.d. *hateful speech*. I limiti di tale visione, invero, si fondano sul fatto che sovente è possibile riscontrare discorsi d'odio inidonei, però, a generare reazioni astiose nell'uditorio (non sempre, dunque, si genera *odio riflessivo*) e sul dato, *a contrario*, tale per cui lo *hate speech* può ritenersi innescato anche in casi in cui, pur mancando nelle affermazioni fatte la componente dell'astiosità, l'odio si genera in via *riflessiva*.

⁷ V. A. BROWN e A. SINCLAIR, *The politics of hate speech law*, I edizione, Routledge edizioni, Londra, 2019, par. 1.2.2. V. altresì A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia - Annuario di Scienze Penalistiche*, ETS edizioni, Pisa, 2016, 577ss. V. ancora D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* – 4/2015, 325ss.

Una seconda argomentazione, di tipo oggettivo, muove, invece, dal contenuto del discorso che gli *hate speakers* esprimono. Si parla, a tal riguardo, infatti, di *hate-filled speech* o di *hate-laden speech* (discorso pieno d'odio o carico d'odio), considerato che per potersi ritenere realizzato un caso di *hate speech* le affermazioni proferite devono essere dense – secondo la visione in questione - di contenuti esecrabili, indipendentemente dal fatto che essi emergano in via manifesta o subdola, in modo diretto o larvato.

Neppure questa ricostruzione, però, è immune da critiche. Anzitutto si obietta che non sempre tutto quello che appare essere un *discorso d'odio* è, in realtà, espressivo di sentimenti di avversione, astiosità e riluttanza; al contempo è pure eccepito che i discorsi in questione non sono registrabili secondo schemi fissi e neppure sono sussumibili in prefissati paradigmi, atteso che se l'intenzione del disseminatore d'odio è quella di esternare questo suo sentimento, atteggiamento o emozione, vietarne la manifestazione significherebbe proibire determinate forme di *auto-espressione*. Lo *hate speech* non è un discorso astrattamente regolabile, perché se ciò fosse possibile – se fosse concepibile una regolamentazione precisa del fenomeno - allora non potrebbe più parlarsi di forme indefinite di manifestazione di odio.

La terza via per l'interpretazione della relazione tra “odio” e “discorso” fa leva sul movente dello *speaker* e riguarda, giustappunto, la motivazione che ha spinto costui a tenere un determinato discorso, a condurre un certo ragionamento o a fare certe affermazioni. Seguendo tale impostazione, si suole parlare di “*hate-fuelled speech*” (“discorso alimentato dall'odio”). Non sempre, però, è possibile afferrare l'intenzione recondita del parlante, così come talvolta accade che, pur mancando il motivo o il proposito di diffondere odio, un discorso possa essere comunque in sé capace di dare luogo a un inconsapevole propagazione di esso⁸.

⁸ Così G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, n. 2, 2008, 293-294.

Un'ultima chiave di lettura, di tipo effettuale, fa leva sulle conseguenze prodotte dal discorso, dacché si parla di “*hatred-inciting speech*” o di “*incitement of hatred*” (“incitamento all’odio”). A termini di tale ultima ricostruzione si reputa che un discorso è classificabile come propagatore di odio qualora abbia una ragionevole probabilità di addivenire a ciò.

Le visioni considerate partono dal presupposto per cui lo *hate speech* sia un concetto complesso e tutte, come visto, sono più o meno passibili di critiche, di guisa che si è giunti alla conclusione secondo cui, forse, sarebbe più corretto reputare il fenomeno alla stregua di un fatto non già composito, ma semi-composito, se non addirittura semplice⁹.

Esso, nella sua unicità, inoltre, consterebbe di diversi livelli di gravità, a seconda della consistenza negativa delle conseguenze prodotte.

Il punto meno grave sarebbe dato dalla c.d. *antilocution*, laddove gli *speakers* si limitano a schernire i destinatari del messaggio con stereotipi negativi, con immagini offensive o con considerazioni false. Crescendo, avremo la c.d. *avoidance*, che mira all’isolamento sociale delle vittime, la *discrimination*, attraverso cui sono palesemente violati i principi di eguaglianza e di pari opportunità sociale, il *physical attack* o aggressione fisica e, da ultimo, la c.d. *extermination*, laddove l’odio giunge a un punto tale da ingenerare nel gruppo di maggioranza l’idea deviata di volere (o dovere) addirittura eliminare i componenti del gruppo vittima, attraverso il materiale sterminio degli avversari¹⁰.

⁹ Cfr con il documento *Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments*, in www.sosracismo.eu, secondo cui gli elementi costitutivi del fenomeno sarebbero cinque: lo strumento della comunicazione, l’oggetto del messaggio, il destinatario, il quadro complessivo all’interno del quale va collocato l’episodio e le conseguenze che esso provoca nel contesto sociale.

¹⁰ Tale ricostruzione si deve al celebre psicologo statunitense Gordon Allport, che ha contribuito, grazie ai suoi studi di psicologia sociale e cognitiva, a definire in modo più chiaro il fenomeno in argomento.

Nonostante la rilevanza delle questioni sollevate e la delicatezza socio-culturale, storica e politica del fenomeno, non è stato agevole giungere ad una netta criminalizzazione di esso, perché, come sempre accade nelle dinamiche che interessano l'ambito giuridico-costituzionale e sovranazionale, i principi di equilibrio, ragionevolezza e proporzionalità degli assunti hanno imposto anche qui la necessità di effettuare un giudizio di bilanciamento.

Gli interessi in conflitto sono stati, da un lato, la libertà di espressione del pensiero – la quale non può ammettere, nelle moderne democrazie, limitazioni indiscriminate, arbitrarie o, comunque, non equilibrate – e, dall'altro, l'imprescindibile esigenza di porre un freno ragionevole e proporzionato a tutte quelle situazioni che esulano dal dominio della libertà in parola e che tradiscono l'essenza stessa dello Stato democratico, pluralista, personalista e solidarista.

Vale puntualizzare, al riguardo, infatti, come le diverse sensibilità storico e giuridico-costituzionali fra Unione Europea e Stati Uniti d'America hanno segnato un differente approccio alla questione del bilanciamento degli interessi in conflitto¹¹.

La Corte EDU, quando è stata posta dinanzi al tema dell'*incitamento all'odio* e ha dovuto controbilanciarlo in relazione alla libertà d'espressione, ha fatto uso di due differenti soluzioni: la prima, partendo dall'art. 10, comma 2, CEDU, si è concentrata sui limiti intrinseci alla libertà di espressione del pensiero; la seconda, facendo leva sul divieto di abuso del diritto, ha preso le mosse dall'art. 17 CEDU¹².

¹¹ Per un'analisi completa del differente approccio U.S.A. – U.E. al tema dell'*incitamento all'odio* v. U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Taylor&Francis Ltd, Abingdon, 42-53.

¹² Cfr, fra le tante, *Sentenza Corte Edu Delfi AS vs Estonia del 16 giugno 2015* e *Sentenza Corte Edu Ivanov vs Russia del 20 febbraio 2007*. In quest'ultimo caso la Corte ha avuto la premura di puntualizzare che la protezione offerta dall'art. 10 CEDU non è sufficiente in quei casi in cui sono direttamente intaccati i valori primari della Convenzione stessa, quali la pace sociale, la non discriminazione e la tolleranza.

La Corte Suprema degli Usa, al contrario, considerato l'ampio rilievo dato alla libertà di espressione riconosciuta dal I Emendamento, ha spesso affermato che punire la manifestazione del pensiero a seconda del suo contenuto creerebbe il pericolo concreto e reale che espressioni veementi, sarcastiche e talvolta aspre siano soppresse dal comune linguaggio, sottolineando come un rischio del genere sia inaccettabile e al contempo affermando il dovere nel pubblico dibattito di tollerare anche discorsi offensivi e persino oltraggiosi, per dare un adeguato "*respiro*" alle libertà protette dal I Emendamento.

Solo in rari casi, infatti, il Giudice Supremo ha evidenziato come anche le parole, con la loro stessa enunciazione, possano generare lesione e che ad affermazioni che non esprimono alcuna idea costituzionalmente meritevole e utile alla società, ma che piuttosto creano effetti che turbano l'ordine sociale, non possa essere accordata alcuna protezione¹³.

2. Il caso di cui alla sentenza Cassazione, sezione V penale, n. 32862 del 07/05/2019 (depositata il 22/07/2019)

¹³ Cfr *Chaplinsky vs. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), noto come il caso delle cc.dd. *fighting words*. Più recente è il caso c.d. *Autoadmit* (v. E. NAKASHIMA, *Harsh words die hard on the web*, *The Washington Post*, 7 marzo 2007), che ha riguardato due studentesse della Yale Law School che, fatte oggetto di scherno e di pesanti offese sul forum dell'Università, hanno denunciato l'ex direttore dello stesso. Si può affermare che il I Emendamento non offre alcuno scudo protettivo ai discorsi diffamatori, alle violazioni del *copyright*, ai discorsi che esprimono molestie o minacce ad altri (sia *online* che nella realtà *offline*), i quali ultimi integrano una c.d. *course of conduct*. Tralasciato poi che nella gran parte dei casi di *hate speech* sul web gli *speakers* ricorrono all'anonimato, che rende quasi impossibile l'individuazione degli autori, generalmente, però, le Corti U.S.A. hanno ritenuto che le dichiarazioni che esprimono genericamente odio etnico, razziale o religioso sono protette dal I Emendamento anche nei casi in cui si riferiscono ad una persona ben individuata e cagionino in essa *stress*. Finanche il negazionismo dell'Olocausto - che è oggettivamente un fatto riprovato da quasi tutti gli ordinamenti democratici - non è quasi mai perseguibile negli Stati Uniti. La Costituzione fornisce infatti protezione alla maggioranza dei siti estremisti presenti in Internet, anche se disseminano propaganda razzista o antisemita, per via dell'ampio peso riconosciuto alla libertà di pensiero.

Dopo l'iniziale parentesi introduttiva, si farà riferimento, ora, al caso concreto di cui alla pronuncia di Cassazione che ci si propone di commentare, così cercando incidentalmente di cogliere, grazie ad essa, la disciplina nostrana di contrasto all'*hate speech*, il ragionamento giuridico seguito dalla recente giurisprudenza di legittimità in materia, anche con riferimento a quella europea e lo stato della discussione nel nostro Paese.

Il giudizio ha avuto ad oggetto l'accertamento della penale responsabilità di un parlamentare europeo, per delle pungenti dichiarazioni proferite durante un'intervista resa ad una nota trasmissione radiofonica, per mezzo delle quali esprimeva un proprio personale parere sulla vicenda che riguardava l'incontro istituzionale, presso gli uffici della Camera, fra l'allora Presidente della Camera dei Deputati e alcuni rappresentanti delle comunità italiane dei Rom e dei Sinti.

Più specificamente, costui etichettava l'episodio come «la giornata della demagogia e del fancazzismo, poi con contorno di festival dei ladri», definiva gli invitati a Montecitorio «quelle facce di cazzo che qualche Presidente della Camera riceve ...» e concludeva col sarcastico augurio «speriamo non si portino via gli arredi della Camera, perché lì è pieno di quadri di pregio, di soprammobili [...] un esame con l'elenco di tutto quello che c'era prima della visita e di quello che è rimasto lo farei prudenzialmente [...] l'esperienza insegna». Non sono mancati, inoltre, sillogismi incentrati su dati statistici «non tutti i Rom sono ladri ma molti ladri sono Rom ... una bella percentuale», valutazioni sociologiche e antropologiche «i Rom neanche si propongono di lavorare, perché come l'acqua con l'olio loro con il lavoro, in generale ... poi, c'è qualcuno che lavora, ma come termine generale», affermazioni proprie del senso comune, del tipo «penso quello che pensano tutti: mano alla tasca del portafogli per evitare che te lo portino via, è un riflesso pavloviano, dettato da un'esperienza secolare», opinioni criminologiche e di tecnica criminale «una certa cultura tecnologica nello scassinare gli alloggi della gente onesta

indubbiamente molti Rom ce l'hanno». A conclusione i saluti «un saluto al popolo Rom glielo mando con una certa tranquillità, e con una certa preoccupazione perché non sono in casa e quindi spero in bene».

Il Tribunale meneghino ha reputato sussistente in capo all'imputato il delitto di diffamazione, aggravato specificamente dalla finalità di discriminazione etnica e razziale (*ex artt.* 595 c.p. e 3, comma 1, L. n. 205 del 1993 – ora art. 604*ter* c.p.). Non è stato addebitato, invece, il delitto di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa, *ex art.* 3, comma 1, lett. a), prima parte, L. n. 654 del 1975 (ora, a seguito della c.d. *riserva di codice*, art. 604**bis** c.p.), atteso che – facendo leva sulla clausola di sussidiarietà espressa presente nel testo di quest'ultimo articolo - il giudice di prime cure ha reputato assorbito il secondo dei citati delitti ad opera del primo, sebbene le condotte siano state ritenute avvinte dal vincolo della continuazione.

La decisione in questione è stata integralmente confermata dal Giudice dell'appello.

Avverso la pronuncia di secondo grado è stato, quindi, dispiegato ricorso per Cassazione articolato in quattro motivi.

Adducendo vizio di motivazione e violazione di legge, è stata in principio denunciata la mancata applicazione della causa di giustificazione afferente al diritto di *satira*, che avrebbe dovuto scusare la condotta tenuta, rendendola penalmente inconsistente, nonché l'errata attribuzione del delitto di diffamazione, per assenza, nel caso di specie, del soggetto passivo ben identificato - la vittima designata e non una comunità di soggetti indefinita e diffusa - richiesto ai fini dell'incolpazione secondo tale titolo di reato.

Secondariamente è stata lamentata la non corretta applicazione dell'aggravante di cui all'art. 3, comma 1, l. n. 205 del 1993 (ora art. 604*ter* c.p.), perché, viste le caratteristiche della trasmissione e le qualità di parlamentare europeo del soggetto attivo, non sussisteva in capo ad esso l'intenzione di diffondere un messaggio d'odio razziale fondato sulla

sedicente superiorità della razza italiana, ma solo quella di esprimere una libera posizione politica su un tema.

In terzo luogo è stata censurata la illogicità della motivazione nella parte in cui veniva esclusa l'immunità per le opinioni espresse dal parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni *ex art. 68 Cost.*

Da ultimo, sul lato sanzionatorio, è stata contestata l'ingiusta applicazione della disciplina della continuazione, visto che la vicenda in esame sarebbe caratterizzata dalla sussistenza di un unico accadimento storico, integrante, al più, un singolo reato.

Venendo alla decisione di legittimità, la Cassazione ha ritenuto che non ricorressero gli estremi, nel caso *de quo*, per l'applicazione della causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di libera espressione del pensiero, *sub specie* di satira. Le rivendicate caratteristiche delle espressioni volutamente usate – irridenti, paradossali e funzionali a descrivere, secondo la difesa, tratti di verità sulla popolazione dei Rom e dei Sinti - non sono state ritenute dirimenti in tal senso.

Gli Ermellini, anzi, ponendo l'accento sul contesto in cui le invettive sono state rese e puntualizzando, appunto, che le espressioni non sono state proferite in esito ad un'indagine giudiziaria volta all'accertamento di reati contro il patrimonio posti in essere da soggetti appartenenti alle predette etnie, bensì – e in modo significativo - in occasione di un'iniziativa istituzionale diretta all'integrazione-inserimento sociale e all'avvicinamento culturale dei Rom e dei Sinti, hanno evidenziato (così come anche era stato opportunamente fatto nelle sedi di merito) che mancava, nel caso in commento, l'interesse pubblico idoneo a sorreggere e giustificare affermazioni di quel tipo. L'autore, hanno aggiunto i Giudici di Piazza Cavour, non avrebbe fatto altro che cercare il pretesto per dare sfogo ad una «intenzionale e pervicace invettiva, espressione di un esplicito disprezzo razziale, affatto ammantata da un “sipario dalla predominante componente ironica”, manifestato da un esponente di spicco nei confronti di una minoranza etnica, di cui invece l'iniziativa tendeva alla promozione».

Pur ricorrendo, al limite, dunque, il presupposto dell'inverosimiglianza dei fatti pronunciati nella forma della satira – per la quale non è richiesto il più stringente requisito della verità di essi – non sono state reputate sussistere quelli della continenza, visto che le espressioni eccedevano, da tale punto di vista, anche il più flessibile parametro accordato alle manifestazioni satiriche (che non possono comunque giungere fino all'aperto dilleggio, al disprezzo, alla volgare irrisione, etc.) e quello dell'interesse pubblico.

Interessante è la ricostruzione successiva: in riforma delle precedenti pronunce, la Corte ha ritenuto non sussistere il delitto di diffamazione, per assenza del soggetto passivo del reato, il quale deve necessariamente essere una persona ben determinata, non già un gruppo o una categoria di soggetti non individuabili (nel caso in esame le popolazioni Rom e Sinti). Si è provveduto, perciò, alla riqualificazione del fatto nel delitto di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), l. n. 654 del 1975 (ora *604bis* c.p.) di "*propaganda di idee e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa*"¹⁴.

¹⁴ «La propaganda di idee consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni. L'odio razziale ed etnico è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori. La discriminazione per motivi razziali è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, non – invece – sui suoi comportamenti; l'interpretazione di tali elementi normativi deve essere compiuta dal giudice tenendo conto del contesto in cui si colloca la singola condotta, in modo da assicurare il contemperamento dei principi di pari dignità e di non discriminazione con quello di libertà di espressione, e da valorizzare perciò l'esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto». Nel caso di specie la Corte ha ritenuto estranee alla previsione incriminatrice di cui all'art. 3, l. n. 654 del 1975 le attività di diffusione, nel corso di una competizione elettorale, di volantini che recavano la scritta "*basta usurai-basta stranieri*" e che raffiguravano soggetti appartenenti a plurime etnie, razze e nazionalità nel compimento di attività delittuose o contrarie agli interessi

Dal ragionamento seguito è plasticamente emersa l'inidoneità e la non adattabilità di fattispecie, quali quella di diffamazione - più esattamente plasmata sullo scontro interpersonale e dirette a tutelare beni giuridici personalistici come l'onore, la reputazione e il decoro – a gestire fenomeni di potenziale propaganda di odio avverso collettività indefinite di soggetti minoritari e verosimilmente più deboli.

È stata reputata integrata l'aggravante dell'odio razziale *ex art. 3*, comma 1, L. n. 205 del 1993 (ora art. 604^{ter} c.p.), la quale, per costante giurisprudenza, sussiste anche in quei casi in cui le affermazioni proferite esprimono un'idea di inferiorità di una razza e non solo quando vogliono divulgare sentimenti di odio e avversione verso un popolo¹⁵ ed è stata esclusa l'immunità di cui all'art. 68 Cost., per via del fatto che le espressioni e i giudizi resi dal parlamentare europeo non erano in alcun modo legati alla sua carica istituzionale secondo il necessario nesso funzionale, richiamato anche dalla Corte Costituzionale.

Ciò posto, quel che in questa sede maggiormente interessa è l'inciso di pronuncia in cui la Corte ha avuto cura di soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo espressasi in merito alla tematica dell'*hate speech*, a cui, invero, aveva fatto riferimento, in senso distorto, lo stesso ricorrente. Qui la Corte ha evidenziato gli sviluppi della giurisprudenza europea registratisi in ordine agli strumenti giuridici di contrasto al fenomeno e ha indirettamente inglobato la presente vicenda nell'alveo del più ampio tema della lotta all'incitamento all'odio; il tutto

economici italiani (Cass., III sez. pen., 14 settembre 2015, n. 36906, Salmè). V. pure Cass., I sez. pen., 23 ottobre 2015, n. 42727, Valandro; Cass., I sez. pen., 7 giugno 2001, n. 23024.
¹⁵ V., fra le tante, Cass., V sez. pen., 25 marzo 2010, n. 11590; Cass., sez. fer., 24 settembre 2015, 38877 (in quest'ultimo caso è stata ritenuta la finalità di cui alla circostanza aggravante *de qua* in un caso in cui erano stati commessi fatti di violenza per allontanare un gruppo di persone di etnia filippina da un parco pubblico, ritenuto dagli aggressori di loro esclusiva pertinenza, in considerazione delle frasi pronunciate, delle modalità della condotta e della dinamica dell'aggressione).

attraverso una ricognizione del ragionamento già seguito sul punto dalla Corte Edu.

A ciò si farà specifico e celere riferimento, al fine, come già accennato, di effettuare una rapida ricostruzione dell'attuale stato della giurisprudenza nostrana e comunitaria sul tema.

Partendo dall'affermazione di principio a mente della quale l'incriminazione delle affermazioni espresse da taluno, a titolo di diffamazione, costituisce in sé un *vulnus* alla libertà negativa di espressione del pensiero riconosciuta dall'art. 10 CEDU - a meno che non sia espressamente prescritta dalla legge (principio di legalità), non persegua uno degli obiettivi di cui al comma 2 del predetto articolo¹⁶ e non sia necessaria in una società democratica – l'improcrastinabile esigenza di reprimere ogni forma di manifestazione di odio è sempre appartenuta, infatti, alla sensibilità dei giudici di Strasburgo.

La Cassazione ha avuto cura, quindi, di richiamare la definizione di *hate speech* offerta dal Consiglio d'Europa (v. §1) e di porre all'attenzione dove, nell'evoluzione giurisprudenziale, la Corte Edu ha rintracciato l'appiglio convenzionale per contrastare la diffusione dell'odio e per limitare quelle manifestazioni di pensiero che sono tali da promuovere, generare o diffondere avversità verso frange deboli di soggetti¹⁷.

Secondo l'impostazione più risalente il riferimento normativo del contrasto all'*hate speech* era dato dall'art. 17 CEDU¹⁸, atteso che la libertà di

¹⁶ A termini dell'art. 10, comma 2, CEDU, le limitazioni alla libertà di divulgazione del pensiero, oltre che prescritte dalla legge, devono essere imposte «per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario».

¹⁷ La Corte di Cassazione ha preso le mosse dalla pronuncia della Corte Edu *Féret c. Belgio*, ric. n. 15615/07, 16 luglio 2009.

¹⁸ Secondo la disposizione *de qua* «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo

pensiero e parola – si diceva - non poteva spingersi fino al punto da menomare i principi e i valori riconosciuti dalla Convenzione e che appartenevano al patrimonio costituzionale comune ad ogni Stato membro¹⁹.

La soluzione più recente, invece, fa uso dello stesso art. 10 CEDU, sulla base dell'assunto per cui ogni limitazione alla libertà in parola è ammessa solo qualora sia rispettato il triplice parametro imposto dal comma 2 della stessa disposizione, dato dal rispetto del principio di legalità della restrizione, dalla necessità di essa in uno Stato democratico e per la tenuta della democrazia e sempreché sia imposta da uno dei tassativi bisogni di sicurezza nazionale, di integrità del territorio e dell'ordine pubblico, di prevenzione dei reati, di protezione della salute e della morale, di protezione della reputazione e dei diritti altrui, di non divulgazione di notizie e informazioni confidenziali e di garanzia dell'autorità e dell'indipendenza del potere giurisdizionale²⁰.

In conclusione, allora, la Corte Edu ammette quelle restrizioni alla libera manifestazione delle idee – e l'intervento del potere punitivo dello Stato – qualora essi rappresentino forme di manifestazione di odio tali da arrecare nocimento ai principi essenziali di uguaglianza e democraticità.

Il nostro ordinamento, come è anche emerso dalla pronuncia analizzata, ha reagito alla minaccia della propagazione dell'odio razziale (e non solo) e della diffusione di una subcultura deviata fondata sull'intolleranza, sulla violenza e sulla discriminazione attraverso un vero e

di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

¹⁹ Il riferimento è stato alle sentenze: *Corte Edu Schimanek c. Austria*, ric. n. 32307/96 1 febbraio 2000; *Corte Edu Ivanov c. Russia*, ric. n. 35222/04, 20 febbraio 2007; *Corte Edu Norwood c. Regno Unito*, ric. n. 23131/03, 16 novembre 2004.

²⁰ Così *Corte Edu Gunduz c. Turchia* ric. n. 35071/97, 4 dicembre 2003.

proprio potenziamento dello strumento penale e mediante la predisposizione di fattispecie di reato a ciò specificamente destinate.

La L. n. 654 del 1975, che ha ratificato e dato esecuzione alla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, ha introdotto, pertanto, con l'art. 3, il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale, etnico e religioso.

Il codice penale, che consentiva una reazione repressiva e punitiva di siffatte condotte solo con il ricorso all'uso di figure di reato quali la diffamazione, l'ingiuria (ora depenalizzata), eventualmente la calunnia – più adatte al conflitto individuale, modellate come forme di reazione all'offesa personale e tassativamente dirette a tutelare l'onore, il decoro e la reputazione del singolo – appariva, infatti, impotente e inadatto allo scopo e, quindi, bisognoso di essere debitamente puntellato.

Non sono mancati i problemi di adattamento di tali strumenti al sistema costituzionale, ampiamente fondato, com'è noto, sulla libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost.

La necessità di contrastare ogni forma di divulgazione dell'odio²¹ è sovente entrata in conflitto, anche da noi, infatti, con la delicata libertà di espressione del pensiero, molto sentita nell'Italia repubblicana, succeduta a quella totalitaria e fascista, in cui quest'ultima era quasi del tutto assente.

²¹ Non mancano in Italia gli strumenti amministrativi e di polizia per il contrasto del fenomeno, finalizzati a raccogliere le denunce in caso di atti discriminatori. Ci si riferisce, più specificamente, a due organismi: l'Osservatorio per la Sicurezza contro gli Atti Discriminatori (OSCAD) e l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziale (UNAR). Il primo nasce da un'intesa fra Polizia di Stato e Arma dei Carabinieri, mentre il secondo è stato istituito con il decreto legislativo n. 215 del 9 luglio 2003, con lo scopo di promuovere la parità di trattamento e di vigilare sull'effettiva applicazione degli strumenti di tutela esistenti contro le discriminazioni e al fine di rimuovere le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica. L'UNAR ha lo scopo di fornire assistenza in sede amministrativa e giudiziaria a tutte le vittime di reati d'odio.

Questa è stata, con ogni probabilità, la ragione per cui l'ordinamento e la sensibilità costituzionali, reputando la libera espressione delle idee una considerevole riconquista democratica, di essa si facevano fortemente gelosi, chiedendone spesso un riconoscimento integrale e una tutela forte.

Il timore, evidentemente, era quello di un'eterogenesi dei fini: per contrastare la divulgazione di idee antidemocratiche non si voleva rischiare di porre nel nulla una delle più importanti fra le libertà riconosciute in uno Stato liberale e di diritto²².

Una modifica del delitto in commento è stata realizzata, com'è ampiamente risaputo, ad opera della c.d. Legge Mancino (L. n. 122 del 1993), che ha aggiunto la punibilità a tale titolo anche della discriminazione per motivi religiosi e che ha esteso la sanzione penale sia a coloro che incitano alla discriminazione che a chi incoraggia a commettere o commette atti di discriminazione, così da poter punire ogni comportamento, anche solo di esortazione, informato a discriminazione.

Non si sono fatte attendere, invero, ulteriori proposte di riforma²³ del delitto di istigazione all'odio di cui all'art. 3, L. n. 654 del 1975 (ora art.604bis c.p.), con lo scopo di adeguarne il contenuto alle nuove forme di

²² Anche di recente è stata più volte avanzata questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 21 Cost., dell'art. 3 della L. n. 654 del 1975 (V. Cass., V sez. pen., 24 agosto 2001, n. 31655, in cui è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del delitto in questione perché l'incitamento alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi ha un contenuto fattivo di istigazione e perché realizza una condotta che possiede un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazioni di opinioni personali; Cass., III sez. pen., 3 ottobre 2008, n. 37581, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, L. n. 654 del 1975, perché la libertà costituzionalmente garantita dall'art. 21 Cost. non ha valore assoluto ma deve essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango, quali quelli fissati dall'art. 3 e dall'art. 117, comma primo, Cost.).

²³ Si pensi al disegno di legge c.d. Scalfarotto. V. E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 24ss; A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo* – Rivista trimestrale, 3/2016, 280 ss.

discriminazione e con l'obiettivo di estendere il campo di punibilità della norma anche a condotte discriminatorie per ragioni sessuali o, più genericamente, per adeguarne lo spettro precettivo alla più volte menzionata nozione di *hate speech* riconosciuta dal Consiglio d'Europa, che appare essere maggiormente adeguata all'attuale realtà sociale e in maggior misura capace di descrivere il fenomeno.

Analogo discorso, invero, potrebbe essere condotto in merito alla circostanza aggravante speciale della «finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso» di cui all'art. 3, L. n. 205 del 1993²⁴ (ora art. 604^{ter} c.p.) – che la sentenza in commento ha ritenuto applicabile anche al delitto di propaganda e istigazione a delinquere fondati sull'odio - alle sanzioni accessorie di cui all'art. 1²⁵ e agli strumenti di prevenzione di cui all'art. 2²⁶ della medesima legge.

3. Valutazioni conclusive

Prendendo le mosse dalla breve analisi della pronuncia di Cassazione in argomento, si è inteso porre l'accento su un fenomeno, quello dell'*hate speech*, che non può lasciare indifferenti gli esperti della materia penale.

²⁴ Per un commento “a caldo” della normativa in questione si rinvia a G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1, d.l. 122/1993, conv. con l.203/1993*, in *Legislazione Penale*, 1994, 174ss e S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2, d.l. 122/1993*, in *Legislazione Penale*, 1994, 207ss.

²⁵ Sono previste le possibili sanzioni accessorie, per i condannati per il delitto di istigazione alla discriminazione, dell'obbligo di rientrare in abitazione entro una data ora o di non uscire prima dell'ora fissata, della sospensione della patente di guida, del passaporto e dei documenti validi per l'espatrio, del divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale, di prestare attività non retribuita a favore della collettività.

²⁶ La norma fa divieto di esporre emblemi o simboli dei movimenti o delle organizzazioni aventi scopo di discriminazione etnica o razziale. A coloro che portano e ostentano i suddetti simboli è vietato l'ingresso nei luoghi in cui si svolgono competizioni agonistiche.

La discussione sul tema, si reputa, deve primariamente interessare le sedi istituzionali, sia nazionali che sovranazionali, chiamate a rintracciare le giuste, equilibrate e più adatte soluzioni ad un problema che, quantunque possa apparire non così pressante e urgente, deve quantomeno essere sempre tenuto sotto controllo e che dovrebbe costantemente essere gestito attraverso una pervicace diffusione, in ogni settore di vita sociale, della cultura democratica, informata ai valori del pluralismo, solidarismo, personalismo e della tolleranza.

Nei casi in cui, però, tali strumenti di prevenzione sociale e a base culturale non dovessero essere sufficienti, la palla passa in mano allo Stato, il quale sarà l'unico legittimato a reagire attraverso l'arma più forte di cui dispone: il diritto penale.

Il ruolo del penalista, dunque, allo stato attuale della discussione, si considera possa essere quello di collaborare a stretto contatto con le istituzioni e con le Autorità – si pensi al ruolo consultivo svolto sul punto dal Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha posto il tema come oggetto di confronto – al fine di rintracciare, anche alla luce dei più recenti sviluppi²⁷, la giusta e completa reazione ordinamentale, la quale dovrà essere “centellinata” e “limata”, com'ovvio, attraverso l'uso dei fondamentali principi che regolano la materia, i quali, più di quella di qualsiasi altro, definiscono la *forma mentis* di ogni esperto del settore.

²⁷ V. P. TANZARELLA, *Lo hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di Diletta Tega, Armando Editore, Roma, 2011, 151ss. Per un'analisi filosofica e storica del problema cfr A. GLUCKSMANN, *Il discorso dell'odio*, Piemme Editore, Alessandria, 2018. Cfr altresì E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oup Oxford editore, 2016.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

STEFANO ZOCCALI

***Le nuove ricadute nell'ordinamento italiano
della Sentenza G.I.E.M. della Corte Edu:
le Sezioni Unite Perroni sulla possibilità di
rinviare al giudice di merito la valutazione
della proporzionalità della confisca***

ABSTRACT –Confiscation in the absence of conviction has in recent years been the subject of attention from both doctrine and from national and supranational jurisprudence. In particular, the major problems mainly concerned a specific type of confiscation envisaged by the Italian legislator, that is urban planning for the crime of illegal housing development. This elaborate, through a preliminary reconstruction of the jurisprudential evolution of the ECtHR in this matter, focuses subsequently on the new procedural and substantial repercussions within the national legal system of the judgement *G.I.E.M. c. Italy*, paying particular attention to the question concerning the possibility of referring the assessment of the proportionality of the confiscation to the trial judge. In this way, it was possible to briefly analyze the institution of the limitation and reflect on future perspectives on confiscation, especially in consideration of the recent interventions made by the Italian legislator and the principles of supranational derivation.

KEYWORDS - European Court of Human Rights, Court of Cassation, confiscation, limitation, Article 7 ECHR, Article 578 bis c.p.p.



STEFANO ZOCCALI*

***Le nuove ricadute all'interno dell'ordinamento italiano della
Sentenza G.I.E.M. della Corte Edu: le Sezioni Unite Perroni
sulla possibilità di rinviare al giudice di merito la valutazione
della proporzionalità della confisca*****

SOMMARIO: – 1. Premessa – 2. La giurisprudenza della Corte Edu in materia di confisca urbanistica in assenza di condanna – 3. La disposizione della confisca in caso di estinzione del reato per prescrizione alla luce dell'articolo 578 bis del Codice di Procedura penale e della legge “spazzacorrotti” del 2019 – 4. La possibilità di rinviare al giudice di merito la valutazione della proporzionalità della confisca - 5. Conclusioni e prospettive future.

1. Premessa

Il problema della confisca disposta in assenza di condanna è ancora oggi protagonista tanto del dibattito dottrinale, quanto di quello giurisprudenziale nazionale e sovranazionale. Le riflessioni e i commenti in merito alla questione, infatti, hanno avuto ad oggetto nel corso degli anni in particolare una specifica tipologia di confisca prevista dal legislatore, ovvero quella urbanistica per il reato di lottizzazione abusiva.

Preliminarmente, pertanto, al fine di offrire un'analisi sulle ricadute processuali derivanti dalla giurisprudenza europea, occorre partire da una breve ricognizione delle questioni più calde e delle tappe giurisprudenziali che hanno portato oggi definitivamente all'applicabilità della confisca in caso di estinzione del reato.

* Dottorando di Ricerca in “Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo”, presso l'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Dall'attività giurisprudenziale degli ultimi anni, in particolare, oltre alla questione concernente l'ammissibilità della misura, una delle problematiche maggiormente dibattute è stata quella relativa all'eventuale necessità di una sentenza che abbia accertato la responsabilità penale in relazione a un reato per l'imputato¹. La confisca, infatti, nei casi in cui è ammessa, è disposta sulle cose utilizzate ai fini della commissione del reato oppure sulle cose prodotte o profitto dello stesso e, in ognuna di queste ipotesi, il giudice sarà tenuto all'accertamento della concreta pericolosità del bene in relazione al soggetto che lo possiede.

Tuttavia, nella funzione di accertamento operata dal giudice, quest'ultimo dovrà esercitare un rilevante potere discrezionale (nella c.d. confisca facoltativa), i cui parametri non sono mai stati fissati dal legislatore. Infatti, gli stessi sono stati desunti nel corso degli anni dalla giurisprudenza attraverso un corposo lavoro interpretativo. Inoltre, anche in dottrina si è sostenuto che il giudice che dispone la confisca facoltativa ha l'obbligo, però, di motivare il provvedimento², concetto ribadito del resto, anche in questo caso, dalla stessa Corte di Cassazione in più circostanze³.

L'obbligatorietà della confisca codicistica è stata, invece, prevista per le cose che costituiscono il prezzo del reato e per quelle la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione rappresentino un reato, persino qualora non vi sia stata condanna in sede penale. Si tratta, in casi analoghi, di una presunta pericolosità della *res*, tale da far venire meno la

¹ Emblematici i casi, sui quali si tornerà in seguito (cfr. infra, § 2), inerenti l'applicazione della confisca in caso di sentenze di proscioglimento con declaratoria di prescrizione. Sul punto si segnalano numerose sentenze della Corte Edu (alla quali sarà dedicata ampia trattazione) quali *Sud Fondi c. Italia* del 2009, *Varvara c. Italia* del 2013 e *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018.

² F. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza*, in AA. VV., *Codice Penale. Parte Generale*, vol. III, Torino, 1996, p. 708; L. FIORAVANTI, *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, II, p. 505.

³ Come, ad esempio, in Corte di Cassazione, Sez. VI, 25 settembre 2008, n. 42804 e in Corte di Cassazione, Sez. VI, 30 marzo 2006, n. 40689.

discrezionalità del giudice, il quale non potrà operare una propria valutazione sulla base del singolo caso concreto⁴. Tuttavia, è bene anticiparlo, recentemente l'applicazione della misura ha posto problemi di compatibilità con il principio di legalità e con le garanzie di cui all'articolo 7 della CEDU. La finalità della confisca di cui all'articolo 240 del Codice penale va ravvisata, quindi, nel c.d. scopo preventivo. Il legislatore ha deciso, in tal modo, di evitare che la disponibilità della *res* mantenesse viva l'idea del reato nell'autore dello stesso.

Per quanto concerne, invece, l'individuazione dei principi costituzionali applicabili all'istituto della confisca, l'analisi da sviluppare assume un grado di difficoltà molto elevato a causa dello stesso polimorfismo che ne caratterizza la natura giuridica e delle differenti funzioni previste dalle norme che lo disciplinano.

La storica e consolidata impostazione, che individuava le diverse garanzie in relazione alle varie norme costituzionali invocabili per ogni singola tipologia di confisca, è entrata in crisi negli ultimi anni di fronte alla nozione autonoma e allargata di pena emersa con l'interpretazione dell'articolo 7 della CEDU operata dalla giurisprudenza. La norma sovranazionale ha permesso di uniformare le garanzie fondamentali e di mettere chiarezza ai numerosi dubbi qualificatori in materia penale su una misura che non può che essere definita poliedrica e camaleontica⁵.

Alla luce dell'ingente produzione giurisprudenziale della Corte Edu, è mutato nel tempo l'interesse verso le garanzie costituzionali poste alla base dell'applicazione della confisca, specialmente in relazione a quelle ipotesi speciali di matrice extra-codicistica caratterizzate da peculiarità derogatorie rispetto alla disciplina generale.

Problemi di compatibilità sono stati appunto sollevati anche dalla giurisprudenza di legittimità sulla confisca prevista dall'articolo 44, comma

⁴ M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1672 e ss.;

⁵ D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Archivio Penale*, all'interno del n. 2 del 2019.

2, del d.P.R. n. 380 del 2001 in materia di lottizzazione abusiva, la quale ha cercato di superare l'orientamento maggioritario tradizionale che dalla qualificazione amministrativa della confisca in questione ne faceva discendere l'applicazione, anche in caso di sentenza di proscioglimento. Ciò sulla base dell'accertamento oggettivo del reato e anche nei confronti dei terzi di buona fede, la cui tutela veniva esercitata attraverso giudizi risarcitori contro il reo.

La questione è stata posta all'attenzione della Corte costituzionale, che ha messo in evidenza come un accertamento formale di responsabilità possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari l'estinzione del reato per prescrizione⁶. L'accertamento, sul quale si tornerà approfonditamente in seguito, deve essere esplicitato all'interno della sentenza affinché possa essere disposta la confisca. Infine, la stessa Consulta ha ribadito come all'interno dell'ordinamento italiano non sia presente alcuna forma di incompatibilità tra la sentenza che accerta la prescrizione e l'accertamento pieno della responsabilità⁷.

L'orientamento è stato seguito anche dalla giurisprudenza di legittimità in materia di confisca del prezzo o del profitto di un delitto di corruzione⁸. Infatti, qualora un processo si concluda con una sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, la disposizione della confisca potrà essere operata solamente nel caso in cui vi sia stata in precedenza la pronuncia di una condanna. In sostanza, a conclusione del primo grado o dell'appello dovrà essere stata pronunciata una sentenza di condanna per quello specifico reato⁹.

⁶Corte costituzionale, Sentenza 26 marzo 2015, n. 49.

⁷ G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. Ottava edizione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 839.

⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*.

⁹ G. CIVELO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in *Archivio Penale*, all'interno del n. 2 del 2015; S. TREGLIA, *Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese*

Anche su questo tema si è soffermata con peculiare attenzione la Corte Edu, in particolare sulla confisca urbanistica. I giudici di Strasburgo più volte sono partiti dal presupposto secondo il quale la confisca assuma a volte sostanzialmente carattere di pena¹⁰, divenendo soggetta, quindi, alle garanzie che la CEDU riserva alla materia penale¹¹. L'applicazione della confisca tramite una sentenza di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione violerebbe, quindi, l'articolo 7 della CEDU e il principio di legalità. Tuttavia, recentemente la stessa Corte Edu¹² ha ammesso la possibilità che la confisca urbanistica sia disposta anche in caso di intervenuta prescrizione¹³, purché il giudice abbia sostanzialmente accertato la sussistenza di tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva, sulla base della motivazione della sentenza e non solo del contenuto del dispositivo.

con una inversa logica triadica ferma all'antitesi": la confisca senza condanna, in Archivio Penale all'interno del n. 2 del 2016.

¹⁰ Corte Edu, *Sud Fondi c. Italia* del 2009.

¹¹ M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 1/2018.

¹² Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018, sulla quale si tornerà in seguito (cfr. infra § 2).

¹³ Recependo le sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale, sentenza 26 marzo 2015, n. 49. Sulla questione: A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto Penale Contemporaneo* all'interno del Fascicolo 7-8/2018.

2. *La giurisprudenza della Corte Edu in materia di confisca urbanistica in assenza di condanna*

La confisca urbanistica è prevista all'interno dell'ordinamento giuridico italiano dall'articolo 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e viene disposta dal giudice con la sentenza definitiva con la quale si accerta che vi sia stata lottizzazione abusiva. In particolare, come si vedrà nel dettaglio, la giurisprudenza di legittimità italiana¹⁴ la ritiene applicabile a prescindere dal fatto che la sentenza definitiva sia di condanna o di proscioglimento, facendola rientrare fra le tipologie di confisca applicabili anche senza condanna.

In precedenza, essa era regolamentata dagli articoli 19 (che prevedeva la confisca delle opere abusive e dei terreni lottizzati in presenza di una sentenza definitiva del giudice penale che accertasse la sussistenza di una lottizzazione abusiva) e 20 (il quale prevedeva sanzioni definite penali fra cui non figurava la confisca) della Legge n. 47 del 1985. Tali norme furono abrogate e, di fatto, unificate in un'unica disposizione, che è appunto l'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (il c.d. Testo Unico in materia edilizia). Le giurisdizioni nazionali avevano classificato la confisca applicabile in caso di lottizzazione abusiva come sanzione penale. Pertanto, essa poteva essere applicata solo ai beni dell'imputato riconosciuto colpevole del reato in oggetto ai sensi dell'articolo 240 del Codice penale.

Tuttavia, con la sentenza *Licastro* del 1990¹⁵, la Corte di Cassazione aveva affermato che l'istituto costituiva una sanzione amministrativa e obbligatoria, indipendente dalla condanna penale. Essa può, dunque, persino essere pronunciata nei confronti di terzi, poiché all'origine vi è una situazione (una costruzione oppure una lottizzazione) che deve essere materialmente abusiva, indipendentemente dall'elemento morale e perfino qualora l'autore sia stato assolto, purché con la formula “perché il fatto non

¹⁴ Corte di Cassazione, Sezione III, 8 aprile 2015, n. 16803.

¹⁵ Corte di Cassazione, Sezione III, 12 novembre 1990, n. 16483, *Licastro*.

costituisce reato”¹⁶. Pur essendo considerata dalla giurisprudenza sanzione amministrativa, la confisca non può essere annullata da un giudice amministrativo, in quanto la competenza in materia spetta unicamente al giudice penale¹⁷. Infine, occorre sottolineare come anche la Corte costituzionale avesse riconosciuto la natura amministrativa della confisca¹⁸.

A sua volta, però, con la sentenza *Sud Fondi c. Italia*, la Corte Edu assume una posizione differente rispetto a quella consolidata negli anni dai giudici italiani. Nella circostanza in questione, i responsabili delle società costruttrici, rinviati a giudizio per una serie di illeciti penali tra cui il reato di lottizzazione abusiva per aver edificato, previo rilascio del permesso di costruire da parte del Comune di Bari, un vasto complesso immobiliare nella zona di Punta Perotti, erano stati assolti nel 2001 dalla Corte di Cassazione *ex* articolo 5 del Codice penale, per assenza dell'elemento soggettivo dovuta ad un errore inevitabile sulla legge penale determinato dall'estrema complessità della legislazione regionale applicabile al caso. I giudici di legittimità, tuttavia, avevano confermato, nonostante ciò, la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere che su di essi insistevano¹⁹.

La Corte di Strasburgo, invece, affermata la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica, ha ritenuto che la sua applicazione in questa circostanza fosse in contrasto con l'articolo 7 della CEDU, dal momento che la base legale dell'infrazione non rispondeva ai requisiti di accessibilità e prevedibilità per il destinatario della norma, il quale, pertanto, non si trovava in condizioni, al momento del fatto, di prevedere che gli sarebbe stata inflitta una sanzione.

¹⁶ P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi. Terza edizione*, CEDAM – Wolters Kluwer, Padova, 2013, p. 438.

¹⁷ Corte di Cassazione, Sezione III, 10 novembre 1995, n. 12471.

¹⁸ Corte costituzionale, 26 maggio 1998, ordinanza n. 187.

¹⁹ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Diritto Penale Contemporaneo* all'interno del Fascicolo 3-4/2012, pp. 43 e ss.

Per le medesime ragioni, essi riscontravano, per l'appunto, una violazione dell'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU, sottolineando come l'ingerenza nel diritto di proprietà dei ricorrenti dovesse ritenersi priva di una base legale conforme ai requisiti convenzionali di accessibilità e prevedibilità²⁰.

Di conseguenza è stato chiarito come, affinché sia possibile disporre la confisca urbanistica (al pari di qualunque altra forma di confisca o, in generale, di sanzione intrinsecamente punitiva²¹), sia necessario accertare la sussistenza di un «*legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato*²²», ovvero la necessità di un'imputazione soggettiva, dolosa o colposa, del fatto.

La Corte Edu ha, in questo modo, delineato una *ratio* di garanzia dell'articolo 7 CEDU ad "ampia vocazione" performativa, facendo sì che tale base garantistica funga da comune denominatore del principio di legalità formale e di quello di colpevolezza, con una conseguente complementarità di ambedue i principi posti a protezione delle libertà individuali²³.

Le condizioni di legittimità emerse a seguito di *Sud Fondi c. Italia* sono state ribadite dalla Corte Edu, anche se con delle variazioni d'accento dovute alla diversità del caso²⁴, nella successiva sentenza *Varvara c. Italia* del 2013²⁵.

²⁰ Corte Edu, *Sud Fondic. Italia* del 2009, § 137.

²¹ V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, p. 3.

²² Corte Edu, *Sud Fondic. Italia* del 2009, § 116.

²³ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, *Op. cit.*, p. 48.

²⁴ V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *Op. cit.* p. 4 e pp. 21-24.

²⁵ Corte Edu, *Varvara c. Italia* del 2013, sulla quale: F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

In quest'ultima pronuncia, infatti, la Corte Edu ha ritenuto che l'applicazione della confisca urbanistica nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisca una violazione, come nel caso dell'ipotesi di assoluzione dal reato della sentenza *Sud Fondi c. Italia*, del principio di legalità di cui all'articolo 7 della CEDU. La norma convenzionale in questione, per l'appunto, non si limita secondo i giudici di Strasburgo a richiedere la necessità di una base legale per i reati e per le pene, ma implica anche l'illegittimità dell'applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri – ritenute in contrasto con la presunzione d'innocenza di cui all'articolo 6, § 2, CEDU – oppure che non sia fondata sulla base di un giudizio di colpevolezza.

Pertanto, l'applicazione della confisca in assenza di condanna appare incompatibile con il corollario in questione, causando una violazione della predetta disposizione. In particolare, i giudici della Corte Edu, nel richiamare la normativa vigente nell'ordinamento italiano, hanno messo in evidenza come la prescrizione nel diritto interno impedisca l'applicazione della pena, in quanto estingue il reato, citando, tra l'altro, a supporto di tale considerazione la giurisprudenza costituzionale²⁶.

L'orientamento manifestato con le sentenze *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia* rappresenta però una forma di rigetto delle posizioni che erano state, invece, caldegiate fino ad allora dalla giurisprudenza costituzionale italiana²⁷, secondo le quali un giudizio di colpevolezza poteva essere formulato validamente anche nell'ambito di sentenze di proscioglimento per estinzione del reato, con la conseguente operatività della confisca dei terreni anche nei casi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva.

Nello specifico, infatti, la sentenza *Varvara c. Italia* ha provocato forti reazioni nelle giurisdizioni nazionali, facendo sì che venissero sollevate

²⁶ Corte costituzionale, 4 aprile 2008, n. 85.

²⁷ Corte costituzionale, 24 luglio 2009, n. 239.

due differenti e divergenti questioni, entrambe dichiarate inammissibili²⁸, di legittimità costituzionale: la prima volta a modificare il contenuto dell'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, al fine di renderlo conforme ai dettami della giurisprudenza della Corte Edu; la seconda diretta, invece, a caldeggiare l'intervento della Corte costituzionale e dello strumento dei c.d. controlimiti, nei confronti di una sentenza che avrebbe ipoteticamente pregiudicato pesantemente gli interessi ambientali legittimamente perseguiti per mezzo della confisca urbanistica dalle autorità nazionali²⁹.

L'intervento dei giudici della Consulta, avvenuto attraverso la sentenza n. 49 del 2015, prendeva posizione, quindi, riguardo al problema della confisca urbanistica disposta in assenza di condanna e, nello specifico, proprio a seguito di una declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Per la Corte costituzionale occorre decidere se i giudici di Strasburgo, nel ragionare in maniera esplicita in termini di "condanna", prendano in considerazione nel caso *Varvara* la forma del pronunciamento del giudice interno, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna alla stessa pronuncia, nel caso in cui essa infligga una sanzione criminale ex articolo 7 della CEDU, vale a dire l'accertamento della responsabilità. In tal senso, si

²⁸ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49. Sulla sentenza in questione si rimanda a: A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, articolo pubblicato in *Diritto Penale Contemporaneo* all'interno del Fascicolo 2/2015 e in *Diritti Comparati* il 7 aprile 2015; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, *Op. cit.*; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *Op. cit.*; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, *Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo* all'interno del Fascicolo 2/2015.

²⁹ A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del Fascicolo 7-8/2018, § 3.

è già più volte rammentato come nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione del reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento della responsabilità, doveroso, tra l'altro, qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica³⁰. Si tratta, quindi, secondo la Corte costituzionale, non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento³¹.

Si era così venuto a creare un contrasto fra la posizione della Corte Edu nella sentenza *Varvara c. Italia* del 2013, richiedente la presenza di una formale condanna ai fini dell'applicazione della confisca urbanistica, e quella sostenuta dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 49 del 2015, la quale sosteneva, invece, fosse sufficiente un giudizio di responsabilità "sostanziale", di natura anche incidentale³². La contrapposizione in questione necessitava, quindi, di un intervento chiarificatore che costituisse un punto di svolta in relazione al tema della confisca senza condanna, soprattutto in materia urbanistica.

Tale intervento è recentemente sopraggiunto con la sentenza della Corte Edu *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018, con la quale i giudici di Strasburgo si discostano dall'orientamento da loro stesso sostenuto nella sentenza *Varvara* edichiarano definitivamente la compatibilità con l'articolo 7 della CEDU della confisca urbanistica disposta a seguito di un

³⁰ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49, § 6.2.

³¹ Infatti, i giudici della Corte Edu, pronunciatisi in un'altra occasione sulla compatibilità con la presunzione di non colpevolezza di una condanna alle spese adottata nonostante la prescrizione del reato, hanno escluso di poter decidere la controversia sulla base della sola natura in rito della sentenza adottata dal giudice nazionale, senza invece valutare come quest'ultimo avesse motivato in concreto (Corte Edu, *Minelli c. Svizzera* del 1983).

³² S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misure di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Criminal Justice Network, Milano, 2018, p. 267; A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica, Op. cit.*, § 3.

accertamento³³ che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali, attraverso la verifica della sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva³⁴.

La Corte Edu si allinea, in questo modo, a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella menzionata sentenza n. 49 del 2015, oltre che all'orientamento manifestato e, in larga parte, caldeggiato negli ultimi anni in Italia anche dalla giurisprudenza di legittimità³⁵.

Tuttavia, tale adeguamento all'orientamento sostenuto dalla giurisprudenza interna non si riduce ad un mero e passivo allineamento, ma appare connotato di originalità, andando oltre rispetto a quanto affermato dalla Corte di Cassazione attraverso l'ammissione da parte dei giudici di Strasburgo della confisca senza un giudicato formale, anche per le misure penali in "senso stretto". L'unica condizione a cui è subordinata l'applicazione di tale confisca è rappresentata dalla presenza di un accertamento nel merito circa la colpevolezza del soggetto da parte del giudice³⁶.

Perciò, la confisca può in definitiva essere applicata unitamente alla sentenza che rileva la prescrizione del reato e, assunta la conformità alla legalità convenzionale di un accertamento della responsabilità del soggetto in via incidentale ai sensi dell'articolo 7 della CEDU, ne discende che tale

³³ G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Archivio Penale*, all'interno del n. 3 del 2018.

³⁴ Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018.

³⁵ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*. Sul punto: G. CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, *Op. cit.*

³⁶ A. PULVIRENTI – M. LO GIUDICE, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Processo penale e giustizia* all'interno del *Fascicolo 1/2019*, pp. 122 e ss.

verifica è senza alcun dubbio in grado di vincere la presunzione di innocenza di cui all'articolo 6 della CEDU³⁷.

La soluzione proposta dalla giurisprudenza è stata recepita dal legislatore con l'introduzione dell'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale³⁸, il quale prevede, in caso di prescrizione o di amnistia, la possibilità per il giudice d'appello o della Corte di Cassazione di decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, per tutti i casi previsti dall'articolo 240, comma 1, del Codice penale e da altre disposizioni di legge o per quelli previsti dall'articolo 322 *ter* del Codice penale in materia di delitti contro la pubblica amministrazione.

3. La disposizione della confisca in caso di estinzione del reato per prescrizione alla luce dell'articolo 578 bis del Codice di Procedura penale e della legge "spazzacorrotti" del 2019

Il processo di riordino operato dal legislatore italiano nel corso degli ultimi anni, caratterizzato da un susseguirsi incessante di riforme di settore spesso prive di organicità e portatrici di aporie interpretative³⁹, ha comunque portato ad un'assimilazione in termini di efficienza realizzata con il decreto legislativo n. 161 del 2017 (e confermata dal successivo decreto legislativo n. 21 del 2018) che smantella il regime maggiormente garantistico che era stato previsto in precedenza per la confisca allargata.

³⁷ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (articolo 240-bis c.p.)*, Volume I – *Aspetti sostanziali e processuali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 998-999.

³⁸ Introdotto nel 2018 e modificato dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 (la c.d. legge "spazzacorrotti").

³⁹ G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

In questo modo, è stata fissata la sua applicazione all'interno del procedimento di esecuzione in mancanza di sufficienti garanzie di tipo procedurale, consentendone l'applicazione anche in caso di intervenuta prescrizione e di morte del condannato, senza la possibilità di dimostrare il valore proporzionato degli acquisti per mezzo dei proventi dell'evasione fiscale o del reddito imponibile sottratto alla tassazione⁴⁰.

Successivamente, la legge n. 3 del 2019, la c.d. legge "spazzacorrotti", che per la sua dirompenza sarà per forza di cose destinata ad avere un impatto significativo con l'innovativo e discusso blocco della prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione⁴¹, ha finito per travolgere anche gli articoli 578 e 578 *bis* del Codice di procedura penale, rafforzando paradossalmente solo "a tempo" quest'ultima norma⁴².

Le due norme erano state precedentemente pensate dal legislatore, la prima fin dal 1988⁴³ e la seconda con il decreto legislativo n. 21 del 2018 (con la c.d. "riserva di codice⁴⁴"), al fine di preservare in sede d'impugnazione le statuizioni civilistiche e le confische già adottate congiuntamente alla condanna dal giudice di prime cure, in considerazione del verificarsi di una possibile declaratoria della prescrizione in appello da

⁴⁰ A. M. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *Sistema Penale* all'interno del Fascicolo 4/20, pp. 203 e ss.

⁴¹ G. L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

⁴² G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine"*, *Op. cit.*, p. 10.

⁴³ G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del Codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

⁴⁴ G. RICCARDI, *Riserva di codice. Voce per "Il libro dell'anno del Diritto Treccani 2018"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

sempre prevista nel codice penale italiano e ora esclusa dalla recente legge n. 3 del 2019.

Lo scopo è diventato, di conseguenza, anche quello di ovviare all'inefficienza del sistema processuale che troppo spesso non è riuscito a pervenire a conclusione dei processi nei tempi imposti dagli articoli 157 e ss. del Codice penale, tutelando sia il danneggiato da reato – con i suoi interessi - costituitosi parte civile e sia lo Stato stesso, che sarebbe impossibilitato ad acquisire i beni sproporzionati alla produzione della ricchezza dell'autore del reato secondo quanto disposto dall'articolo 240 *bis* del Codice penale, qualora, in caso di intervento della prescrizione all'esito dell'appello, non venisse disposta la misura ablatoria della confisca.

In particolare, l'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale richiede esplicitamente l'accertamento preventivo del fatto di reato già nella sentenza di primo grado al fine di applicare la confisca per sproporzione - in quanto è da escludere che la confisca prevista dall'articolo 322 *ter*, comma 1, del Codice penale presupponga un giudicato formale di condanna - quale unica fonte idonea a fungere da "titolo esecutivo", considerato che la CEDU impone – in maniera compatibile, di conseguenza, con la Costituzione – che la responsabilità sia stata accertata con una sentenza di condanna, anche qualora il processo sia stato definito con una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Quest'ultima precisazione accomuna, nel giustificare l'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale, gli orientamenti delle varie Corti ormai consolidatisi nel corso degli ultimi cinque anni⁴⁵. A tal proposito, non è un caso che i giudici della Consulta avessero già precedentemente incluso all'interno della categoria delle sentenze di proscioglimento, oltre a quelle ampiamente liberatorie con formule in fatto, anche tutte quelle pronunce che - pur non statuendo sulla pena – comportano un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato oppure, almeno,

⁴⁵ Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018; Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*.

l'attribuzione del fatto all'imputato stesso, aspetto che vale nello specifico per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione⁴⁶.

In definitiva, come accennato in precedenza, la Corte Edu nella sentenza *G.I.E.M.* ha specificato come ciò che rilevi ai fini dell'applicazione delle confische sia la presenza di una prima sentenza che dichiari provato, oltre al fatto materiale di reato, anche il coefficiente psicologico che lega l'autore del reato stesso al fatto⁴⁷. Pertanto, non è sufficiente limitarsi al mero dato formale contenuto nel dispositivo della successiva sentenza di proscioglimento (in cui il reato viene dichiarato prescritto), ma è necessario andare, invece, alla sostanza della sentenza stessa soffermandosi su quanto accertato in motivazione⁴⁸.

Le precisazioni pervenute dai giudici di Strasburgo hanno, quindi, portato la giurisprudenza interna ad interrogarsi al fine di chiarire in che modo debba essere effettuato il pieno accertamento della responsabilità dell'imputato a fronte dell'obbligo immediato di declaratoria della prescrizione previsto dall'articolo 129, comma 2, del Codice di procedura penale, che appare non lasciare spazio a qualunque ulteriore tipo di attività istruttoria.

In tal senso, sempre la Corte costituzionale aveva già tracciato precedentemente delle linee guida⁴⁹ che, soprattutto a seguito del superamento dell'orientamento *Varvara* operato dalla Corte Edu con la sentenza *G.I.E.M.*, sono state ultimamente adottate anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale afferma che, nei casi in cui al giudice

⁴⁶ Corte costituzionale, 4 aprile 2008, n. 85. Sulla pronuncia in questione: M. BARGIS, *L'imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, pp. 1046-1063.

⁴⁷ Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018, § 259.

⁴⁸ G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine"*, *Op. cit.*, p 5.

⁴⁹Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49.

di prime cure sia già stata posta la questione concernente l'applicabilità delle confische, non operi l'obbligo di cui al citato articolo 129 del Codice di procedura penale⁵⁰. Alla difesa deve essere garantito, invece, il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio, proseguendo nell'istruttoria dibattimentale e differendo, qualora ciò si rilevasse necessario, la declaratoria di estinzione del reato alla conclusione del giudizio.

Il corretto svolgimento di un *iter* di questo tipo rappresenta l'unico modo per pervenire alla completezza probatoria – giustificando la rinnovazione dell'istruttoria - posta alla base della regola di giudizio e degli obblighi di motivazione derivanti dal combinato disposto degli articoli 192, 533 e 546, lettera e), del Codice di procedura penale.

Inoltre, così facendo, si dà modo al giudice penale di attenersi appunto agli adeguati standard probatori richiesti dai giudici della Consulta, rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto⁵¹.

La statuizione sulla confisca deve, in definitiva, riguardare per forza le parti che hanno partecipato al procedimento penale, non potendo comunque estendere la sua efficacia nei confronti dei terzi rimasti estranei allo stesso, nel rispetto sempre della proporzionalità della misura rispetto al caso concreto⁵².

Tuttavia, queste argomentazioni sollevano alcuni rilevanti dubbi, qualora vengano traslate nella loro interezza alla confisca allargata *ex* articolo 240 *bis* del Codice penale, che consentono di rilevare una serie di criticità. Quest'ultima tipologia di confisca, infatti, non presuppone un pieno accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, ma è fondata sulla presunzione che il reo abbia realizzato ulteriori reati, oltre a quello

⁵⁰ Corte di Cassazione, Sezione III, 3 ottobre 2018, n. 43630, *Tammaro*.

⁵¹ Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49, § 5.

⁵² G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del Codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, *Op. cit.*

oggetto della condanna, da cui abbia tratto un profitto illecito⁵³. Al contrario, invece, le sentenze finora prese in esame riguardano quei beni legati da un vincolo pertinenziale al fatto illecito oggetto di accertamento e, quindi, esclusivamente confische dirette.

È per questo motivo che non è stata ritenuta convincente da più parti la disciplina di cui all'articolo 578 *bis* del Codice di Procedura penale in riferimento ad una confisca allargata praticamente sprovvista di qualunque tipo di legame di pertinenzialità con il reato. A conferma di ciò, infatti, lo stesso legislatore interno è parso conscio dei pericoli di illegittimità costituzionali derivanti dalla nuova disciplina considerato che non permette di disporre in una sentenza di proscioglimento per prescrizione la confisca allargata per equivalente di cui all'articolo 240 *bis*, comma 2, del Codice penale, rinviando il predetto articolo 578 *bis* del Codice di Procedura penale al solo primo comma della stessa norma⁵⁴.

La problematica riforma in esame avvicina la disciplina della confisca a quella delle misure di prevenzione, prescindendo da una condanna, per mere esigenze di efficienza e a discapito delle garanzie. Infatti, questa nozione di “condanna sostanziale” origina, come predetto, numerose perplessità in termini di rispetto dei principi costituzionali e convenzionali, a partire dalla presunzione d'innocenza, oltre che in termini di coerenza rispetto all'interpretazione sostanzialistica che i giudici della Consulta

⁵³ A. M. MAUGERI, *La riforma della confisca (d. lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d. lgs. n. 21/2018)*, in *Archivio Penale, La giustizia penale riformata*, Supplemento al n. 1 del 2018, p. 268.

⁵⁴ G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. “spazzacorrotti”) trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina “a termine”*, *Op. cit.*, p 9; P. CORVI, *La confisca nei reati di criminalità organizzata*, in *Sequestro e confisca* di M. MONTAGNA (a cura di), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 431 e ss.



n. 1/2020

danno della prescrizione⁵⁵ – sulla quale si basa il c.d. diritto all’oblio – e utilizzata per consentire l’applicazione della confisca allargata ex articolo 240 bis del Codice penale oppure di tipologie confiscatorie “pena” come, ad esempio, quella urbanistica⁵⁶.

Le questioni in esame possono essere azzerate con la sostituzione dell’articolo 159, comma 2, del Codice penale operata dall’articolo 1, comma 1 lettera e), della legge n. 3 del 2019, il quale stabilisce che «*il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell’irrevocabilità del decreto di condanna*». Pertanto, per tutti i reati commessi dopo l’entrata in vigore della norma in questione, in considerazione dell’imprescrittibilità dei reati nei giudizi di impugnazione, i giudici d’appello devono confermare la condanna emessa in primo grado portante la confisca oppure prosciogliere l’imputato per una causa differente dalla prescrizione, come, ad esempio, nella rara ipotesi della concessione di un’amnistia.

⁵⁵ All’esito del c.d. “*caso Taricco*”, che ha visto protagonisti del “dialogo fra le Corti” la Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte costituzionale italiana in: Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande Camera, 8 settembre 2015, *C-105/14, Taricco*; Corte costituzionale, 26 gennaio 2017, ordinanza n. 24; Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande Camera, 5 dicembre 2017, *C-42/17, Taricco bis*; Corte costituzionale, 31 maggio 2018, n. 115. Per una completa ricostruzione della questione: M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo “certo”*, in *Diritto Penale Contemporaneo* all’interno del Fascicolo 6/18, pp. 227 e ss.

⁵⁶ A. M. MAUGERI, *La riforma della confisca (d. lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d. lgs. n. 21/2018)*, *Op. cit.*, p. 267; A. M. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell’applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l’evasione fiscale nell’accertamento della sproporzione*, *Op. cit.*, p. 209.

In questo modo, trova spazio l'orientamento che era stato sostenuto nel corso degli ultimi anni dalle Sezioni Unite, le quali avevano già in precedenza ritenuto possibile decidere sulla confisca diretta in caso di prescrizione. Lo scopo del legislatore è, quindi, quello di fare in modo che il crimine non possa mai essere vantaggioso, in quanto, secondo la giurisprudenza di legittimità, appare antiggiuridico e immorale ammettere che il corrotto, non punibile per qualsiasi ragione, possa godersi il denaro ottenuto per commettere un fatto obiettivamente illecito⁵⁷.

Lo stesso concetto, come si è già avuto modo in parte di evincere⁵⁸, è ormai pienamente condiviso anche dalla Corte Edu, che riconosce l'esigenza di fronteggiare la diffusa impunità derivante dal fatto che gli autori di questi reati troppo spesso sono riusciti a sfuggire in maniera sistematica dall'esercizio nei loro confronti dell'azione penale - oltre che dalle conseguenze dei fatti illeciti commessi - a causa dell'effetto combinato di reati particolarmente complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi⁵⁹.

4. La possibilità di rinviare al giudice di merito la valutazione in ordine alla proporzionalità della misura

I recenti interventi operati dal legislatore e i numerosi arresti giurisprudenziali, oggetto fino a questo punto di approfondita analisi, consentono di tirare le somme sull'assetto attuale dell'istituto e sulle prospettive nell'ordinamento interno.

Appare al di fuori di ogni ragionevole dubbio che le carenze di coordinamento e le contraddizioni evidenziate a seguito delle ultime novità legislative siano frutto dell'introduzione, inizialmente non pianificata, della

⁵⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 10 luglio 2008, n. 38834, *De Maio*.

⁵⁸ Cfr. *infra*, § 2.

⁵⁹ Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018, § 260.

riforma sulla prescrizione all'interno di un disegno di legge che originariamente doveva avere ad oggetto solamente la distinta sfera dei reati contro la pubblica amministrazione.

Inoltre, gli approdi giurisprudenziali a cui è pervenuta la Corte Edu con la sentenza *G.I.E.M.*, pur se indirizzati a dare una quadratura all'acceso dialogo che ha visto protagoniste le varie Corti, hanno inevitabilmente avuto delle ricadute sulla concreta attuazione del nuovo articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale e, più in generale, sulle valutazioni da operare in ordine alla proporzionalità della misura ablatoria.

Tra le persistenti criticità segnalate in materia di confisca urbanistica dai giudici di Strasburgo è stata evidenziata in particolare, come predetto, la natura sproporzionata della confisca, considerata quale misura obbligatoria e poco flessibile, tale da interferire in maniera molto pesante con il diritto di proprietà del presunto autore della lottizzazione abusiva, senza che l'ingerenza in esame fosse per forza giustificata dell'esigenza di tutelare i contro-interessi dell'ambiente e della potestà pubblica nella pianificazione urbanistica⁶⁰.

La limitazione al diritto di proprietà, affinché possa essere consentita, non basta sia stata prevista dal legislatore o che sia prevedibile alla luce di un orientamento giurisprudenziale ormai affermatosi, ma è necessario che l'ingerenza dello Stato nei confronti del godimento del diritto di proprietà sia basata sul minimo sacrificio necessario del diritto individuale in esame rispetto all'interesse pubblico. Ciò in considerazione delle caratteristiche, è bene rammentarlo, dell'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 della CEDU, che non presiede solamente la materia penale

⁶⁰ A. GALLUCCIO, *Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato*, in *Sistema Penale*, 2019.

e si applica a limitazioni del diritto di proprietà anche di natura civilistica e amministrativa oltre che penale⁶¹.

La confisca urbanistica prevista dal legislatore italiano, sempre ritenuta in contrasto con la suddetta norma convenzionale dalla Corte Edu⁶² in quanto sproporzionata, prevede, infatti, una confisca obbligatoria - discendente dalla sentenza di condanna - e rigida che investe senza alcuna distinzione sia le opere costruite in maniera abusiva e sia i terreni lottizzati sempre abusivamente. Il giudice interno non pare, quindi, ancora dotato di uno strumento che gli consenta di optare per la contromisura che sappia tutelare l'interesse pubblico sacrificando nel minore modo possibile il diritto di proprietà del ricorrente.

In questo modo, a sua volta, dalla violazione delle garanzie sostanziali e procedurali che assistono, invece, in via esclusiva la materia penale, può discendere una violazione del diritto di proprietà con un'eventuale sproporzione dell'ingerenza statale che contribuirebbe ad attrarre la misura nell'ambito della materia penale e a determinare l'applicabilità della confisca in esame delle garanzie previste dagli articoli 6 e 7 della CEDU.

È proprio sulla base di partenza rappresentata da queste ultime considerazioni e dall'assetto legislativo affermatosi nell'ultimo triennio⁶³ che recentemente sono state chiamate a rispondere le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in riferimento alla possibilità di rinviare al giudice del merito la valutazione in ordine alla proporzionalità della misura,

⁶¹ S. FINOCCHIARO, *Art. 1 Prot. Add. Protezione della proprietà*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 325 e ss.

⁶² Sul punto la giurisprudenza della Corte Edu - pur mutando il proprio orientamento, come si è potuto finora constatare, su altri aspetti quali in *nullum crimen sine lege* - è rimasta sempre dello stesso avviso: Corte Edu, *Sud Fondi c. Italia* del 2009; Corte Edu *Varvara c. Italia* del 2013; Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018.

⁶³ Con l'introduzione in ordine cronologico: del decreto legislativo n. 161 del 2017, del decreto legislativo n. 21 del 2018 e della legge n. 3 del 2019.

nonostante la prescrizione del reato⁶⁴, offrendo un'interpretazione dell'articolo 44, comma 2, del d. P. R. n. 380 del 2001 in linea con quella data alla disposizione dalla Corte Edu. In sostanza, la questione rimessa riguarda, quindi, la possibilità che la Corte di Cassazione, annullando la sentenza di condanna per il reato di lottizzazione in quanto estinto per prescrizione, possa, allo stesso tempo, decidere dell'impugnazione avente ad oggetto la confisca anche la possibilità di annullare con rinvio, quanto a tale limitato aspetto, al giudice di merito.

La giurisprudenza nelle sentenze successive al caso *G.I.E.M.* si divideva fra un orientamento che riteneva quale strumento processuale l'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale - che consentirebbe l'annullamento con rinvio e imporrebbe al giudice del dibattimento di operare l'accertamento della responsabilità dell'imputato, nonostante l'intervento della prescrizione del reato, per statuire soltanto sulla confisca⁶⁵ – e un altro indirizzo che reputava, invece, la disposizione in questione inapplicabile, prefissandosi l'obiettivo di individuare diversamente il fondamento del rinvio relativo alla sola confisca urbanistica⁶⁶.

A tal proposito, le Sezioni Unite con la sentenza *Perroni* hanno chiarito come soltanto da una specifica disposizione normativa, individuata proprio nel suddetto articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale, sia ammissibile evincere la possibilità che specifiche statuizioni della sentenza, come quelle relative alla confisca, restino immuni rispetto all'effetto caducante esercitato dalla prescrizione⁶⁷.

La norma in questione, infatti, prevede già in maniera esplicita che in ipotesi di applicazione di confisca – come predetto quella prevista in casi particolari dall'articolo 240 *bis* del Codice penale o da altre disposizioni di legge o, ancora, la confisca di cui all'articolo 322 *ter* del Codice penale – la

⁶⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*.

⁶⁵ Corte di Cassazione, Sezione III, 20 maggio 2019, n. 22034, *Pintore*.

⁶⁶ Corte di Cassazione, Sezione III, 27 marzo 2019, n. 31282, *Grieco*.

⁶⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*, § 3.1.

Corte d'appello o la Cassazione, nel dichiarare l'estinzione del reato, possano decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca previo accertamento della responsabilità dell'imputato. Secondo gli Ermellini, la norma può riferirsi con certezza anche alla confisca lottizzatoria, considerato che sarebbe contrario al principio di ragionevolezza consentire che la declaratoria di prescrizione del reato pronunciata in appello o in Cassazione avesse l'effetto di impedire al giudice dell'impugnazione di decidere sulla confisca.

Inoltre, viene chiarito dai giudici di legittimità anche come il potere riconosciuto al giudice dell'impugnazione che abbia dichiarato la prescrizione di decidere anche sulle statuizioni relative alla confisca, non possa essere riconosciuto ugualmente anche al giudice di prime cure nel caso in cui il giudizio si sia concluso con una sentenza di proscioglimento per prescrizione ancora prima dell'accertamento del fatto storico di reato, non essendo ammissibile, come ritenuto invece da un altro orientamento giurisprudenziale⁶⁸, che il processo possa continuare soltanto allo scopo di assumere le determinazioni sulla confisca.

Su questo profilo, nella sentenza *Perroni* si sostiene che debba essere riaffermata la valenza, che risponde a principi costituzionali, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'articolo 129, comma 1, del Codice di procedura penale, derogabile *in melius* soltanto dal secondo comma dello stesso articolo, nel caso in cui risulti già in maniera evidente una causa di proscioglimento nel merito. Invece, sarà unicamente derogabile *in pejus*, nel senso cioè di permettere allo stesso modo che il processo prosegua ai fini dell'adozione di provvedimenti *lato sensu* sanzionatori, soltanto in presenza di norme che statuiscono esplicitamente in tal senso⁶⁹.

⁶⁸ Corte di Cassazione, Sezione III, 13 luglio 2017, n. 53692, *Martino*; Corte di Cassazione, Sezione III, 3 ottobre 2018, n. 43630, *Tammaro*; Corte di Cassazione, Sezione III, 27 marzo 2019, n. 31282, *Grieco*.

⁶⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*, § 7.



n. 1/2020

A conferma di ciò, non è presente all'interno dell'ordinamento giuridico italiano alcun riferimento normativo oppure un orientamento giurisprudenziale da cui sia possibile ricavare l'obbligo di compiere tale accertamento in un momento in cui la prescrizione sia già maturata.

Non è un caso, infatti, che le varie norme richiamate dalla sentenza *Grieco* del 2019⁷⁰ - individuate come possibili diverse conduttrici del rinvio relativo alla sola confisca urbanistica⁷¹ - non possano, di conseguenza e a parere delle Sezioni Unite, condurre ad una prosecuzione del giudizio che non abbia accertato in precedenza il reato. Esse possono essere utili, invece, per la prosecuzione nel giudizio, nonostante la declaratoria di proscioglimento sia soltanto per determinate specifiche finalità, non equiparabili a quelle perseguite dalla confisca urbanistica.

Infine, anche la natura della confisca lottizzatoria fa sì che si arrivi alle medesime conclusioni, in quanto è stata costantemente qualificata dalla giurisprudenza di legittimità come sanzione amministrativa, sia pure irrogata dal giudice penale, alla stessa maniera dell'ordine di demolizione di cui all'articolo 31, comma 9, del d.P.R. n. 380 del 2001. Proprio questa natura porta ad escludere che l'impossibilità di operare in sede penale la confisca, perché non sia stato possibile accertare il fatto, impedisca all'amministrazione di adottare i provvedimenti sanzionatori previsti dall'articolo 30 del d.P.R. n. 380 del 2001⁷².

⁷⁰ Tra di esse erano state annoverate: l'articolo 537 del Codice di procedura penale in tema di pronuncia sulla falsità dei documenti e l'articolo 301 del d.P.R. n. 43 del 1973 in tema di contrabbando.

⁷¹ Corte di Cassazione, Sezione III, 27 marzo 2019, n. 31282, *Grieco*.

⁷² In linea con quanto affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità in: Corte di Cassazione, Sezione III, 16 febbraio 2011, n. 5857, *Grova*.

5. Conclusioni e prospettive future.

Pertanto, in definitiva, con la sentenza *Perroni* le Sezioni Unite enunciano due principi di diritto.

In primo luogo, la confisca prevista dall'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 può essere disposta in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento.

Il secondo principio, invece, prevede che, all'esito del giudizio di impugnazione, in caso di declaratoria di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di Cassazione sono tenuti, *ex* articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale, a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca prevista dall'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001⁷³.

I giudici di legittimità hanno, quindi, definito il contrasto giurisprudenziale che era divenuto particolarmente acceso all'indomani del deposito della sentenza *G.I.E.M.* della Corte Edu, la quale se da una parte aveva ricordato come la motivazione di una sentenza costituisca parte integrante della pronuncia stessa⁷⁴, dall'altra, non aveva consentito un innalzamento delle garanzie nella materia in esame.

Dunque, anche senza un adeguamento del modello delle garanzie che equipari quello previsto per la confisca lottizzatoria e a quelli previsti per le altre confische in assenza di condanna, soprattutto qualora la misura sia disposta dal giudice di prime cure, appare quale requisito assolutamente imprescindibile quello della necessaria proporzionalità della misura stessa,

⁷³ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*, § 8.

⁷⁴ Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* del 2018, § 261.

poiché esso rappresenta al momento l'unica prerogativa idonea a poter agire operando un contrapposto bilanciamento della riduzione delle garanzie di tipo processuale analizzate in precedenza.

Secondo alcune prime opinioni espresse in riferimento alla pronuncia in esame⁷⁵, le Sezioni Unite avrebbero potuto percorrere probabilmente anche una via diversa con il recepimento e la validazione ai sensi dell'articolo 618, comma 1 *bis*, del Codice di procedura penale del principio di diritto che estende l'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale alla confisca lottizzatoria, già elaborato dalla stessa giurisprudenza di legittimità quale fisiologico riflesso processuale della sentenza *G.I.E.M.* della Corte Edu⁷⁶. Una soluzione, quest'ultima, che avrebbe potuto tenere conto della necessità, ai fini dell'adozione della confisca urbanistica anche in caso di prescrizione, di richiedere la valutazione del menzionato profilo della proporzione e della conformità al principio posto a tutela della proprietà privata, il quale rende legittimo il provvedimento ablatorio soltanto se limitato agli immobili interessati direttamente dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali.

In definitiva, poi, la sentenza *Perroni* ha comunque il grosso merito di avere ammesso che la fase di valutazione della proporzionalità della confisca, da operare secondo i canoni derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo, debba, intanto, tenere conto dei limiti connessi automaticamente alla sede del giudizio di legittimità, nella quale è estranea qualunque forma di valutazione di merito e in punto di fatto.

D'altro canto, però, viene rimarcata anche l'assodata illegittimità dell'annullamento con rinvio *ad explorandum* in assenza di elementi che

⁷⁵ A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni Unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sistema Penale* all'interno del *Fascicolo 5/20*, pp. 285 e ss.

⁷⁶ Corte di Cassazione, Sezione III, 20 febbraio 2019, n. 14743, *Amodio*; Corte di Cassazione, Sezione III, 26 settembre 2019, n. 49795, *Demuru*.

mettano in evidenza una violazione dello stesso principio di proporzionalità⁷⁷.

Tuttavia, la già citata assenza di un esplicito adeguamento del modello delle garanzie della confisca urbanistica alle altre tipologie di confische ha per forza portato le Sezioni Unite a rimarcare l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale tale confisca sia da ricondurre all'ambito di applicazione dell'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale sulla base di un'espressione contenuta nella norma, facente riferimento a non meglio definite “*altre disposizioni di legge*”, e, quindi, di un'interpretazione estensiva che non poggia, però, sulla necessità di una preesistente sentenza di condanna.

Al contrario, invece, è basata sul bisogno di un accertamento contenuto in una sentenza definitiva, nel rispetto dell'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001⁷⁸, che potrebbe probabilmente anche esporre al rischio che la norma processuale acquisisca un'operatività differente nel trattamento a seconda della tipologia di confisca in esame, ponendosi in contrasto con il contenuto della norma stessa che prevede un'unica modalità applicativa a prescindere dal provvedimento ablatorio incluso nel suo raggio d'azione.

La riconduzione della norma in questione all'articolo 578 *bis* del Codice di procedura penale, come predetto⁷⁹, fa sì che l'accertamento del fatto vada a coincidere, o comunque a poter coincidere, con il concetto di “condanna sostanziale” che presuppone però almeno l'esistenza di una declaratoria di condanna emessa in precedenza dal giudice di prime cure.

In conclusione, il legislatore, riprendendo e offrendo una base normativa ai principi sanciti dalle Sezioni Unite con la sentenza *Lucci*⁸⁰, non ha però colto a pieno l'opportunità - in occasione dei recenti interventi operati - di legare, invece, l'entrata in vigore della nuova disciplina sulla

⁷⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 marzo 2003, n. 25887, *Giordano*.

⁷⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*, § 8.

⁷⁹ Cfr. *infra*, § 3.

⁸⁰ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*.

prescrizione all'interno di una più ampia e generale riforma d'insieme della giustizia penale. Perciò, il socialmente necessario abbassamento delle garanzie poste a tutela del destinatario del provvedimento ablatorio - ormai non più solo di derivazione nazionale, ma anche sovranazionale - rischia di comportare un netto abbassamento dei livelli di tutela in grado di sollevare possibili incompatibilità in tema di ragionevolezza.

Proprio per queste ragioni occorre auspicare in questa sede che avvenga prossimamente un'attenta modulazione delle garanzie proprie della materia penale che accompagni la determinazione della base minima delle garanzie stesse, idonea, a sua volta, a connotare la responsabilità penale sulla scia dei principi costituzionali e convenzionali. Ciò dovrebbe avvenire in ragione dell'importantissimo rilievo assunto dalle confische nella sfera penalistica e del rispetto di un bilanciamento fra le esigenze ordinamentali - su tutte fare in modo che il "crimine non paghi" in nessuna circostanza - e il necessario accertamento dei presupposti della lottizzazione all'esito di un giusto processo.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

LUIGI MARIANO GUZZO

Coronavirus, politica ecclesiastica e protocolli sanitari: dalla bilateralità pattizia alla multilateralità estesa

ABSTRACT – This article analyzes the protection of religious freedom during Coronavirus pandemic and the evolution of ecclesiastical public policies in Italian legal order. The protocols signed by the Government with the non-Catholic religions start new season in the relationships between the religions and the State in Italy.

KEYWORDS – Coronavirus, freedom of religions, protocols, Catholic Church

LUIGI MARIANO GUZZO*

**Coronavirus, politica ecclesiastica e protocolli sanitari: dalla
bilateralità pattizia alla multilateralità estesa****

SOMMARIO: 1. Cronache (brevi) sull'emergenza sanitaria: alla ricerca della bilateralità pattizia; 2. La bilateralità ritrovata: la soluzione concordata con la Chiesa cattolica; 3. La "multilateralità" estesa: i protocolli sanitari con le confessioni diverse dalla cattolica; 4. Conclusioni

1. Cronache (brevi) sull'emergenza sanitaria: alla ricerca della bilateralità pattizia

Le politiche adottate per contrastare e limitare il contagio da Coronavirus, con l'«impressionante profluvio di fonti normative»¹ prodotto, hanno finito per «travolgere»² (anche) il sistema delle garanzie costituzionali a tutela della libertà di culto. E quindi il principio della bilateralità pattizia.

Dando attuazione al d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 convertito, con modificazioni, nella l. n. 13 del 5 marzo 2020, attraverso specifici d.p.c.m., il governo ha sospeso le manifestazioni o gli eventi di carattere religioso, sia in luogo pubblico che privato, e le «cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri» con presenza di fedeli, nonché ha previsto limitazioni per

* Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico e docente a contratto, Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

² Secondo Vincenzo Pacillo in Italia la sospensione delle libertà fondamentali costituzionalmente garantite ha «travolto» il sistema concordatario, V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Oliv*, 16 marzo 2020.

l'ingresso ai luoghi destinati al culto³. E lo ha fatto *unilateralmente*, cioè senza una preventiva interlocuzione con la Chiesa cattolica e con le altre confessioni religiose (neanche con quelle che hanno stipulato intese con lo Stato ai sensi dell'art. 8 c. 3 Cost.), nonostante i gruppi religiosi avessero dimostrato una certa disponibilità collaborativa⁴.

Com'era prevedibile, ciò ha innescato un ampio dibattito all'interno della dottrina ecclesiastica, riguardo non solo ai contenuti delle limitazioni ma, ancor prima, al metodo adottato per introdurle. Se, da un lato, sono stati espressi dubbi circa la sospensione della procedura della bilateralità⁵, dall'altro lato, invece, è stato sottolineato che «il concordato non c'entra con la tutela della salute e, quindi, lo Stato può legiferare unilateralmente»⁶ e che potrebbe risultare distopico continuare ad insistere sulla «bilateralità necessaria»⁷. È parso, altresì, che la mancata interlocuzione con i gruppi confessionali non abbia pregiudicato del tutto la

³ Non sembra il caso, in questa sede, di riproporre l'intero percorso normativo già ampiamente e dettagliatamente ricostruito in A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, 14 aprile 2020, pp. 229-241.

⁴ Vedi M. LO GIACCO, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in *DiReSoM Papers* (www.diresom.net), 12 marzo 2020.

⁵ Cfr. V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa*, cit. Il governo avrebbe «preferito una notte in cui tutte le vacche sono nere, in cui sono stati cancellati con un tratto di penna una serie di riti che hanno un valore teologico diverso, che producono diverse conseguenze sul rapporto che esiste tra il fedele e la propria coscienza religiosa, senza che si sia posto il minimo problema di un bilanciamento seppure embrionale tra due diritti di libertà», così V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 8/2020, 88.

⁶ N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del Coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 7/2020, 33.

⁷ G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 9/2020, 37 e ss.

cooperazione tra lo Stato e le confessioni religiose⁸. D'altronde, la stessa Conferenza episcopale italiana, in un comunicato dell'8 marzo, ha affermato che l'accoglienza delle disposizioni governative veniva «mediata unicamente dalla volontà di fare, anche in questo frangente, la propria parte per contribuire alla tutela della salute pubblica»⁹. In tal senso è stato sostenuto che «si è riempito di nuovo valore il principio di cooperazione Stato-Chiesa in difesa della salute dei cittadini-fedeli», in quanto «solo la collaborazione delle autorità ecclesiastiche ha reso possibile un'invasione di spazi di libertà assegnati alla determinazione della Chiesa e dei suoi fedeli»¹⁰. In realtà, la Nota di chiarimenti a firma del Capo Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione (Direzione centrale degli affari dei culti) del Ministero dell'Interno Michele di Bari, in risposta ad alcuni quesiti inviati dalla Conferenza Episcopale Italiana, in data 28 marzo 2020¹¹, sembrava dar conto di una minima fase di interlocuzione tra Stato e Chiesa¹², ma non al punto da potersi dire ripristinata l'operatività del principio della bilateralità pattizia nell'emergenza sanitaria in corso¹³.

La libertà religiosa ha subito la sorte di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Ed anche sul punto, all'interno della dottrina

⁸ Di «spirito di collaborazione che si è instaurato tra autorità statali e autorità ecclesiastiche» se ne parla in S. MONTESANO, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del Coronavirus*, in *Oliv*, 20 marzo 2020.

⁹ Il testo del comunicato lo si può leggere in <https://www.chiesacattolica.it/decreto-coronavirus-la-posizione-della-cei/>.

¹⁰ A. FUCCILLO, *La religione "contagiata" dal virus? La libertà religiosa nella collaborazione Stato-Chiesa nell'emergenza covid-19*, in *Oliv*, 21 aprile 2020.

¹¹ Per il documento, <https://diresom.net/2020/03/28/italy-a-letter-to-episcopal-conference-by-the-ministry-of-interior/>.

¹² Sia consentito di rinviare a L. M. GUZZO, *Diritto e religione durante (e dopo) l'Emergenza da Covid-19: la legge è per l'uomo, non l'uomo per la legge*, in *Diresom Papers* (www.diresom.net), 30 marzo 2020, 5.

¹³ Così V. PACILLO, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in *Oliv*, 6 aprile 2020, 4.

costituzionalistica, si sono registrate posizioni diverse (riverberate pure nel dibattito pubblico), tra chi si è spinto fino a parlare di una Costituzione sostanzialmente «sospesa»¹⁴ e chi, invece, ha preferito puntare l'accento su una “restrizione” dei diritti fondamentali, pur denunciando l'avvenuta “alterazione” del sistema delle fonti¹⁵.

A parte questo, è stato necessario arrendersi all'evidenza: con la pandemia da Coronavirus ci si è trovati dinnanzi ad una situazione inedita, anche sul piano normativo, non essendo il nostro ordinamento costituzionale dotato di strumenti adeguati a fronteggiare un'emergenza sanitaria. In particolare, la sindrome Covid-19 ha messo in luce, per quanto riguarda i profili giuridici, la «fragile impalcatura costituzionale relativa alla produzione di norme emergenziali»¹⁶. E ciò è stato vero anche per il sistema di tutela a garanzia della libertà di religione nell'ordinamento costituzionale. Rimaneva, al tempo stesso, il problema di garantire la specificità della dimensione pubblica e collettiva della libertà di religione, rispetto ad altri diritti parimenti costituzionalmente fondati, come le libertà di riunione, di associazione o di manifestazione del pensiero. Né aiutavano, alla comprensione della situazione i paradigmi statali dei sistemi dei rapporti tra Stato e confessioni religiose¹⁷, se pensiamo che, nelle more dell'emergenza, l'Italia “concordataria” perseguiva una via unilaterale di regolamentazione giuridica del fenomeno religioso, al contrario della Francia “separatista” che avviava, sin dalle prime battute, una qualche forma di dialogo con i gruppi confessionali¹⁸, in linea con la politica in

¹⁴ Così S. PRISCO – F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del Coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi*, 24 marzo 2020, 3.

¹⁵ Vedi G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020.

¹⁶ P. Consorti, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n 2/2020, 370.

¹⁷ Sia consentito ancora rinviare sul punto a L. M. GUZZO, *Diritto e religione...*, cit.

¹⁸ Cfr. M. C. IVALDI, *La via francese alla limitazione delle libertà e il dialogo con le religioni al tempo del Coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2020.

materia ecclesiastica portata avanti da Emmanuel Macron, intenzionato ad offrire «rinnovate gambe francesi allo sviluppo dell'idea della laicità»¹⁹.

Che fare, quindi? Di fronte ad una situazione inedita era necessario pensare a soluzioni anch'esse inedite, al punto da tendere verso «nuovi modelli di interlocuzione tra autorità religiose e poteri pubblici ispirati a maggiore democrazia, nel rispetto del principio di legalità»²⁰. Tant'è che con l'annuncio di nuove disposizioni governative volte a mitigare le restrizioni del *lockdown* in prossimità dell'avvio della cosiddetta “fase 2” – nello specifico con un d.p.c.m. del 26 aprile – le pressioni dei gruppi religiosi per la ripresa delle celebrazioni aumentavano. Infatti, in questo ultimo d.p.c.m. si prevedeva soltanto la ripresa delle celebrazioni delle esequie, con un limite di quindici persone e, preferibilmente, in un luogo all'aperto. Per la Conferenza episcopale italiana, i vescovi non potevano più «accettare di vedere compromesso l'esercizio della libertà di culto»²¹, mentre la Comunità ebraica di Roma invitava il governo italiano a non trascurare «le esigenze

¹⁹ P. CONSORTI, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2018, 3.

²⁰ G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19...*, cit., 31.

²¹ Conferenza Episcopale Italiana – Ufficio nazionale per le comunicazioni sociali, *DPCM, la posizione della CEI. Il disaccordo dei Vescovi*, Roma, 26 aprile 2020, in <https://diresom.net/2020/04/26/italian-episcopal-conference-the-disagreement-of-the-bishops/>. Anche se Papa Francesco, due giorni dopo, nell'omelia in occasione della messa mattutina celebrata nella Cappella di Casa Santa Marta, in diretta su Rai 1 e Tv2000, pareva prendere le distanze dal comunicato dei vescovi italiani, con parole abbastanza chiare: «in questo tempo, nel quale si incomincia ad avere disposizioni per uscire dalla quarantena, preghiamo il Signore perché dia al suo popolo, a tutti noi, la grazia della prudenza e della obbedienza alle disposizioni, perché la pandemia non torni». Vedi FRANCESCO, *Il piccolo linciaggio quotidiano del chiacchiericcio*, Omelia nel corso della celebrazione mattutina trasmessa in diretta dalla Cappella di Casa Santa Marta, Città del Vaticano, 28 aprile 2020, in http://www.vatican.va/content/francesco/it/cotidie/2020/documents/papa-francesco-cotidie_20200428_laverita-dellatestimonianza.html.

spirituali delle collettività religiose, ciascuna con le sue specificità»²². Il rischio era quello, secondo una parte della dottrina, di passare da una “fede sospesa” ad una “fede interdetta”²³, come hanno sottolineato i docenti e i cultori di diritto ecclesiastico e canonico dell’Università della Campania “Luigi Vanvitelli” nel porsi a “difesa” del principio di bilateralità pattizia nella regolamentazione giuridica del fattore religioso²⁴.

Intanto, il gruppo di ricerca DiReSoM pubblicava un *Position Paper* dal titolo “*Proposta per una cauta ripresa in sicurezza delle celebrazioni religiose*”²⁵, attraverso il quale docenti e ricercatori di diritto ecclesiastico e canonico di diverse università italiane proponevano, al governo italiano e alle rappresentanze istituzionali delle confessioni religiose, alcune indicazioni per la ripresa dei riti religiosi nel rispetto delle misure igienico-sanitarie previste dalle disposizioni governative²⁶. L’intento principale della

²² Per il testo del comunicato diramato il 28 aprile 2020: <https://diresom.net/2020/04/28/the-note-by-the-chief-rabbi-of-rome-riccardo-disegni-on-the-reopening-of-places-of-worship/>.

²³ Cfr., sul tema, A. FUCCILLO, *La religione “contagiata” dal virus?*, cit.; A. FUCCILLO - M. ABU SALEM - L. DECIMO, *Fede interdetta? L’esercizio della libertà religiosa collettiva durante l’emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet – intercultural law and humanities review*, 4 aprile 2020

²⁴ Cfr. *In difesa della bilateralità pattizia nell’equilibrio tra diritto emergenziale e libertà religiosa*, Comunicato dell’Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”, 29 aprile 2020.

²⁵ Il testo può essere oggi letto, in lingua inglese, all’interno del volume P. CONSORTI (ed.), *Law, religion and Covid-19 emergency*, Diresom, Pisa, 2020, pp. 271-277.

²⁶ Con ogni probabilità si è trattato di un’esperienza scientifica inedita, nelle forme e nei modi, per il panorama accademico italiano, volta però a mettere a disposizione della società civile e delle confessioni religiose le competenze degli studiosi della disciplina giuridica del fenomeno religioso, così da disseminare i risultati delle ricerche e l’attività di documentazione portata avanti. Per uguale motivo, lo stesso gruppo di ricerca “DiReSoM” aveva lanciato, l’8 marzo 2020, il portale internazionale www.diresom.net, in lingua inglese, sulle implicazioni del Coronavirus nelle regole religiose, che in poco più di cinque mesi ha superato le 40 mila visualizzazioni. L’Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (OliR; www.olir.it) ha pubblicato online il Dossier “Emergenza Coronavirus”.

presentazione di questo *Paper* era proprio quello di trovare soluzioni atte a garantire la specificità della tutela della dimensione collettiva della libertà di religione, evitando, però, che la discussione rimanesse incagliata «negli schemi tradizionali della bilateralità pattizia»²⁷.

Si inizia così a parlare di protocolli sanitari, anche in virtù di un emendamento presentato dall'on. Ceccanti il 28 aprile nel corso del dibattito parlamentare sulla conversione del d.l. n. 19/2020 che faceva riferimento alla «adozione di protocolli, adottati di intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, per la definizione delle misure necessarie per consentire lo svolgimento delle funzioni religiose»²⁸ e che sarà poi approvato alla Camera il 6 maggio. In tal modo entra nel lessico della materia ecclesiasticistica un'espressione - quella dei protocolli sanitari - propria della disciplina sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro²⁹, allo scopo di garantire la protezione sanitaria in funzione dei rischi specifici all'interno dell'ambiente di riferimento, tenendo in considerazione i più recenti e avanzati indirizzi scientifici.

Da qui in avanti, però, la strada si biforca. Per la Chiesa cattolica si procede ad una soluzione pienamente bilaterale, mentre per le altre confessioni religiose viene adoperato un metodo che - come vedremo - può essere definito "multilaterale".

Antonino Mantineo, nell'ambito delle attività di terza missione dell'Università "Magna Graecia", ha fondato il portale online "Cuore pensante" (www.cuorepensante.net) per riflettere su un nuovo modello di sviluppo sociale post-Covid.

²⁷ Così M. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n- 12/2020, 109.

²⁸ Alla presentazione di questo emendamento hanno aderito anche i deputati Bonomo, Enrico Borghi, Fassina, Pizzetti, Viscomi. Inoltre, altri due emendamenti con titoli identici sono stati presentati rispettivamente dai deputati Occhiuto e De Filippo.

²⁹ Cfr. il d.lgs.vo n. 81 del 9 aprile 2008.

2. La bilateralità ritrovata: la soluzione concordata con la Chiesa cattolica

Dopo il comunicato stampa del 26 aprile, in cui i vescovi italiani avevano parlato di compressione della libertà di culto³⁰, il successivo 2 maggio il cardinale Gualtiero Bassetti, presidente della Conferenza Episcopale Italiana, annunciava la condivisione delle «linee di un accordo, che consentirà - nelle prossime settimane, sulla base dell'evoluzione della curva epidemiologica - di riprendere la celebrazione delle Messe con il popolo»³¹. Alle porte vi era, insomma, una soluzione concordata tra Governo italiano e Conferenza episcopale per la ripresa in sicurezza delle celebrazioni religiose con presenza di fedeli. Si arriva così alla firma, l'8 maggio, a Palazzo Chigi, di un Protocollo sanitario, in cui sono individuate le misure di sicurezza da rispettare per la ripresa delle celebrazioni liturgiche, da parte del presidente del Consiglio dei ministri Giuseppe Conte, del ministro dell'Interno Luciana Lamorgese e del cardinale Bassetti.

Al di là dei contenuti dell'accordo - che non è necessario riprendere in questa sede -, è evidente che l'intento era quello di arrivare ad una procedura concordata tra la Chiesa cattolica e lo Stato italiano, frutto di quella «reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese», cui fa riferimento l'art. 1 dell'Accordo del 1984.

Il ritrovato principio della collaborazione pattizia ha portato con sé, però, diverse criticità che la dottrina ecclesiasticistica non ha tardato a segnalare. Innanzitutto, con riferimento al supremo principio di laicità, è sembrato che lo Stato italiano avesse voluto accordare «alla CEI uno status differenziato (privilegiato), relegando gli altri culti in una sorta di spazio politico complementare (da riempire sì, ma “a distanza”)»³². Vi è anche chi

³⁰ Vedi *supra* par. 1.

³¹ Per il testo del comunicato: <https://comunicazionisociali.chiesacattolica.it/messe-con-il-popolo-condivise-le-linee-di-un-accordo/>.

³² G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19...*, cit., 31.

ha parlato di un «giurisdizionalismo sanitario»³³, puntando l’accento sull’ingerenza del potere civile su quello religioso: come se la Chiesa cattolica debba, in un certo senso, accettare e sottostare alle disposizioni governative. Al contrario, secondo un’ulteriore interpretazione, che tiene maggiormente in considerazione l’analisi dei rapporti di forza effettivamente in gioco, non si sarebbe trattato di «un protocollo concordato fra le parti, ma della presa d’atto governativa della plausibilità delle precauzioni adottate autonomamente dalla Chiesa cattolica»³⁴. In ogni caso, insomma, la bilateralità pattizia, pur se ritrovata, non ne esce bene. *Nihil sub sole novum* – è il caso di dire - per quanto riguarda il Protocollo siglato con la Chiesa cattolica, che ad un problema “nuovo” (tanto per la società, quanto per il diritto) risponde secondo schemi ormai desueti.

3. La “multilateralità” estesa: i protocolli sanitari con le confessioni diverse dalla cattolica

Le altre confessioni religiose hanno perseguito una strada differente. Il *Position Paper* presentato dal gruppo di ricerca “DiReSoM”, a riguardo, aveva già messo in evidenza come eventuali scelte governative sulla ripresa dei culti avrebbero dovuto coinvolgere tutti i gruppi religiosi, al di là dell’aver o meno stipulato intesa con lo Stato italiano, ai sensi dell’art. 8 c. 3 della Costituzione³⁵. Si erano gettate così le basi per evitare che la vicenda fosse risolta esclusivamente all’interno del recinto della bilateralità. Tant’è che il coordinatore di DireSoM Pierluigi Consorti – anche presidente

³³ A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell’Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia insieme*, 16 maggio 2020.

³⁴ M. LO GIACCO, *I “Protocolli per la ripresa delle celebrazioni...”, cit.*, 109.

³⁵ DiReSoM, *Proposal for a Safe Resumption of Religious Celebrations in Italy*, in P. CONSORTI (ed.), *Law, religion...”, cit.*, 273.

dell'Associazione dei docenti universitari per la disciplina giuridica del fenomeno religioso (Adec) - viene invitato, come esperto, insieme a Paolo Naso, ad un tavolo di lavoro, istituito (in videoconferenza) presso il Ministero dell'Interno, dal capo del Dipartimento Libertà civili e immigrazione, Michele di Bari, con i rappresentanti delle confessioni religiose diverse da quella cattolica, anche di quelle senza intesa. La riunione telematica si svolge il 5 maggio, un giorno prima, quindi, dell'approvazione dell'emendamento presentato dall'on. Ceccanti, che inserisce nel testo della legge, in tal modo, una procedura già formalmente avviata. Si è trattato di un incontro di "portata storica"³⁶, in quanto il Ministero, nelle more dell'emergenza sanitaria, non procede ad incontrare le singole rappresentanze istituzionali delle confessioni religiose per siglare accordi bilaterali, ma invita le diverse rappresentanze confessionali³⁷ a sedersi intorno ad un tavolo ad avviare così «un dialogo costruttivo per trovare soluzioni a problemi comuni, tenendo conto delle singole specificità, nel rispetto del principio di precauzione»³⁸. Ciò ha segnato il passaggio da una politica concordataria bilaterale ad una politica di concertazione "multilaterale", nella disciplina dei rapporti tra Stato e confessioni religiose. Il dialogo interreligioso si fa metodo nelle dinamiche di relazione tra i pubblici poteri e i gruppi religiosi, perché i gruppi religiosi nel mentre si relazionano con i poteri pubblici devono anche interloquire tra di loro. Non ci troviamo più due centri di potere (Stato, da un lato, e confessione religiosa, dall'altro) che si confrontano (modello bilaterale), bensì più centri di potere che si confrontano tra di loro: per questo motivo parliamo di un

³⁶ Cfr. P. Consorti nell'intervista L. M. GUZZO, *Stato e religioni: il dialogo è metodo*, in *Il Regno-blog*, 8 maggio 2020.

³⁷ Partecipano all'incontro l'Unione delle comunità islamiche d'Italia (Ucooii), la Comunità Religiosa Islamica Italiana (Coreis), la Grande moschea di Roma, i valdometodisti, gli ebrei, gli avventisti, le Assemblee di Dio in Italia (Adi), i buddisti, gli induisti, la Soka Gakkai, gli ortodossi greci, gli ortodossi rumeni, i mormoni, gli anglicani, la comunità Baha'i, i sikh, la Consulta evangelica.

³⁸ Così P. Consorti nell'intervista L. M. GUZZO, *Stato e religioni...*, cit.

modello “multilaterale”. In altre parole, il dialogo interreligioso è strumento di tutela della libertà di religione negli ordinamenti civili. Probabilmente ci troviamo di fronte ad un tornante, ad un giro di boa, della storia dei rapporti tra Stato e confessioni religiose³⁹, anche se la Chiesa cattolica ha deliberatamente scelto di tenersi fuori da questa concertazione “multilaterale”, preferendo, come abbiamo visto, la strada bilaterale.

Questo metodo “multilaterale” ha portato alla firma – il 15 maggio 2020 - di sei protocolli sanitari: 1) con le comunità ebraiche; 2) con le comunità delle chiese di Gesù Cristo e dei Santi e degli ultimi giorni; 3) con le comunità islamiche; 4) con le confessioni induista, buddista, Bahai, Sikh; 5) con le Chiese Protestante, Evangelica, Anglicana; 6) con le comunità Ortodosse, ai quali si è poi aggiunto (il 25 maggio 2020) quello con i Testimoni di Geova. Come si può ben comprendere, questi protocolli hanno costituito la «soluzione ad un problema di natura pratica: quello di garantire la libertà di culto nel quadro di un'emergenza sanitaria che, di per sé, deve fare i conti con l'assenza di una disciplina legislativa chiara»⁴⁰. I protocolli, insomma, rispondono ad esigenze di natura pratica, e non è per nulla agevole definire una loro qualifica formale sulla base dei modelli giuridici tradizionali, tanto da non poter parlare neanche – a nostro avviso – delle cd. “piccole intese”⁴¹. Il modello negoziale adottato sembra approssimarsi più alle cd. “intese estese”⁴². In generale, come sostiene Consorti:

³⁹ Al punto tale che c'è chi parla di una «nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana»: M. LO GIACCO, *I “Protocolli per la ripresa delle celebrazioni...», cit. Vedi anche L. Decimo, La “stagione” dei protocolli sanitari tra Stato e confessioni religiose, in Odir, 14 maggio 2020.*

⁴⁰ Così P. Consorti nell'intervista L. M. GUZZO, *Riprendono anche i riti non cattolici. Per la prima volta accordi con Islamici e confessioni senza intesa, in DiReSoM Papers (www.diresom.net), 16 maggio 2020.*

⁴¹ Sul tema si veda F. FRENI, *I “nuovi accordi” Stato-confessioni in Italia tra bilateralità necessaria e diffusa, in Stato Chiese e pluralismo confessionale, n. 15/2020, 29.*

⁴² Secondo Mario Ricca le intese estese si configurerebbero «come ponte di traduzione, come luogo di negoziazione, per predisporre chiavi interpretative della differenza e

«Si tratta di strumenti nuovi, inediti, che non vanno interpretati secondo gli schemi tradizionali. Non sono intese concordatarie in senso stretto, in quanto costituiscono una spontanea forma di adesione delle autorità confessionali alle regole precauzionali dettate dalla prevenzione del contagio. Non sono cioè il frutto di un'intesa fra contrapposte esigenze statali e confessionali, ma l'esito di un'analisi comune delle soluzioni che consentissero di riprendere senza troppi problemi sanitari una regolare manifestazione del culto associato»⁴³.

Per la sottoscrizione di questi protocolli sanitari si è scelto di adottare un criterio di “familiarità religiosa”⁴⁴, funzionale a contemperare le esigenze di praticità e di rapidità dei tempi, con quella di preservare quanto più possibile le singole specificità confessionali⁴⁵. Per quanto attiene ai testi, si tratta di contenuti simili, al punto tale che si è parlato di «protocolli (quasi) fotocopia»⁴⁶. Eppure, la tecnica di riprodurre identiche disposizioni si presenta come tecnica maggiormente garantista dei diritti individuali e collettivi di libertà che sono coinvolti, compreso quello di libertà religiosa. L'utilizzo di tale tecnica è indicativo della volontà di assicurare una generale e quanto più uniforme tutela dei diritti e delle libertà. Per il resto, se in alcuni casi si è trattato di semplici differenze terminologiche (ad esempio, nel ceppo giudaico-cristiano si parla di “funzioni religiose”, mentre per il mondo islamico di “preghiera”), in altri si è posta in evidenza

metodologie per la sua inclusione (non traumatica) all'interno delle potenzialità semantiche della cultura e del diritto nazionali», M. RICCA, *Una modesta proposta. Intese estese e libertà di estendersi*, in *Calumet*, 9.

⁴³ P. Consorti nell'intervista L. M. GUZZO, *Riprendono anche i riti non cattolici...*, cit.

⁴⁴ Ivi.

⁴⁵ Si è sperimentata, in tal modo, anche l'importanza pratica del diritto comparato delle religioni. Vedi, sul tema, per tutti, S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, il Mulino, Bologna, 2019; ID., *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, il Mulino, Bologna, 2008; ID. *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002.

⁴⁶ G. Macrì, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19...*, cit.

la specifica rituale: con le comunità cristiane è stato necessario regolamentare la partecipazione alla Cena del Signore e, quindi, la distribuzione del pane; mentre con le comunità islamiche, si è messo l'accento sulla distanza interpersonale da rispettare quando si è in ginocchio. Infine, in alcune situazioni, sono emersi anche aspetti interessanti: ad esempio, laddove si fa riferimento ai responsabili dei luoghi di culto, nel protocollo con le comunità islamiche e in quello con le comunità religiose di tradizione "orientale" si specifica, tra parentesi, "uomini e donne"⁴⁷. Può sorprendere, in positivo, soprattutto quanti si pongano su posizioni stereotipate⁴⁸, come l'Islam riconosca uno spazio di responsabilità alle donne.

4. Conclusioni

Tanto il protocollo con la Cei che quelli con le confessioni religiose diverse dalla cattolica sono stati inseriti, come allegati, nel d.p.c.m. del 17 maggio 2020, sulla base del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, che recando *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19* (in vigore dallo stesso 16 maggio), disciplina la

⁴⁷ Per un quadro sinottico che mette a confronto il testo di ciascun Protocollo evidenziandone le differenze, si rinvia a S. BALDETTI (a cura di), *Protocolli per le celebrazioni delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. Quadro sinottico*, in *DiReSoM Papers* (www.diresom.net), 18 maggio 2020.

⁴⁸ Secondo Salvatore Berlingò «in un mondo sempre più globalizzato e complesso qual è il nostro, per superare i pregiudizi e riconoscere i diritti, bisogna impegnarsi a fare (ri)emergere o trascinare quotidianamente e di continuo il substrato, per dir così, "emozionale" e "intenzionale" ad un tempo, sussistente, come schema originario di legalità o come "legalità sociale originaria", e cioè come canone o nucleo (o, se si preferisce, *network*) assiologico, alla base di ogni ordinamento», così S. BERLINGÒ, *Introduzione ai lavori*, in S. MONTESANO (a cura di), *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2018, 8.

materia del culto pubblico all'art. 1, c. 11 con la seguente disposizione: «Le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni contenenti le misure idonee a prevenire il rischio di contagio». Inoltre, il testo del decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19, coordinato con la legge di conversione n. 35 del 2020, recante: «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19», tra le misure urgenti per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del Coronavirus, all'art. 2 c. 1 lett. h-bis) inserisce l'«adozione di protocolli sanitari, d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza».

Tale tecnica legislativa è stata definita utilizzando l'immagine di una *matrioska* laddove «i provvedimenti di rango superiore sono stati in un certo senso sagomati sugli atti di rango diverso (i protocolli), i quali avevano visto la luce prima o durante la gestazione delle nuove norme e, in ultima battuta, riempiono di contenuti concreti i rimandi normativi superiori»⁴⁹.

Ci troviamo d'altronde nelle more di un'emergenza sanitaria. E questi protocolli hanno aperto la strada ad un diritto emergenziale ecclesiastico, in ambito sanitario, di cui il nostro ordinamento era del tutto sprovvisto. Il dialogo interreligioso⁵⁰ diventa strumento di regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose e, quindi, di protezione della dimensione collettiva della libertà di religione, secondo gli auspici anche dell'art. 17 par. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (Tfue), che pone le chiese e le organizzazioni filosofiche e non confessionali

⁴⁹ A. TIRA, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, in *Giustizia insieme*, 8 giugno 2020.

⁵⁰ Sull'importanza e la necessità del dialogo interreligioso si veda A. MANTINEO, *Verso nuove prospettive del pluralismo religioso nel Magistero della Chiesa cattolica?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2011, 28 e ss.

quali soggetti interlocutori delle istituzioni unitarie⁵¹ (anche se, ad onor del vero – ed è un punto di criticità che non può essere trascurato -, le organizzazioni umaniste sono rimaste del tutto escluse dalla negoziazione sui protocolli sanitari portata avanti dal governo italiano).

Insieme alle iniquità dei nostri sistemi sociali ed economici, il Coronavirus ha smascherato – se mai ce ne fosse stato bisogno - le difficoltà strutturali della politica italiana in materia ecclesiastica, costruita su un sistema di bilateralità pattizia che non garantisce un'effettiva e generale protezione ai diritti di libertà religiosa. Probabilmente, ha ragione chi afferma che:

«la vicenda dei protocolli con le confessioni religiose diverse dalla cattolica si presenta come un primo, ancorché incerto, segnale di un possibile cambiamento delle relazioni bilaterali nel segno di una maggiore laicità e del superamento dello schema tradizionale, che vedeva da un lato la Chiesa cattolica, da un altro le confessioni con intesa, e in un terzo girone ancora le confessioni senza intesa»⁵².

È d'altronde presto per capire se il futuro della politica ecclesiastica possa essere rappresentato dall'utilizzo del metodo dialogico della multilateralità estesa, anche al di fuori di una situazione emergenziale. Certamente, i protocolli sanitari siglati con le confessioni diverse dalla Chiesa cattolica rappresentano strumenti normativi che, per il metodo più che per il contenuto, devono essere guardati con grande attenzione. Inoltre, le religioni, tutte le religioni, si sono tra di loro rapportate, all'interno del nostro ordinamento giuridico, sulla base di uno stesso orizzonte antropologico di senso, riconoscendosi in un comune significato di

⁵¹ Cfr., sul punto, S. MONTESANO, *Brevi riflessioni sull'art. 17 TFUE e sul progetto di Direttiva del Consiglio recante disposizioni in materia di divieto di discriminazione, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 18/2005, 20 e ss.; D. DURISOTTO, *Unione europea, chiese e organizzazioni filosofiche non confessionali (art. 17 TFUE)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 23/2016.

⁵² M. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni..."*, cit., 108.

“salute/salvezza” del corpo. In termini interculturali, è anche questa una conquista.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

SERENA MINNELLA

Alcuni appunti sulla norma della distanza sociale

ABSTRACT – Covid-19 pandemic reactivated biopolitical mechanisms of power that needed a new community law. The rule of social distance has been introduced. It conditions body action in public and private spaces. Bodies must discipline themselves to avoid contagion and to heal society. This paper observes the disciplinary character of social distance rule and identifies possible conditioning effects on action and relationships, for example the prohibition to touch and the duty to remain in the right position assigned in space.

KEYWORDS – social distance, space, biopolitics, body, touching

SERENA MINNELLA*

Alcuni appunti sulla norma della distanza sociale**

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Sulla distanza sociale* – 3. *Toccare* – 4. *Conclusioni*.

1. Introduzione

Tra le pieghe della storia della pandemia di Covid-19 c'è il racconto di una saliera.

Alcuni impiegati di un'azienda tedesca erano seduti ai tavoli della mensa, condividendo lo spazio della pausa pranzo. Una loro ospite cinese stava consumando il suo pasto con un collega tedesco. Sul loro tavolo c'era una saliera. Nella prossimità, un altro tavolo ospitava altri addetti dell'azienda, tra i quali un signore che chiese ai due colleghi di passargli il sale. Una frazione di secondo, un unico gesto cortese. La signora non sapeva di essere malata di coronavirus e di aver infettato, con la sua presenza ravvicinata, il collega con il quale aveva lavorato, ed entrambi gli oggetti intorno, tra cui la saliera passata di mano.

La modalità perfetta che ha permesso la propagazione di un virus: la vicinanza e il contatto uomo-uomo e uomo-oggetti, almeno stando alla ricostruzione fatta¹.

L'osservazione dei fatti e dei gesti compiuti dalle persone ammalate nelle settimane passate ha reso evidente quale sia la capacità di

* Università per Stranieri Dante Alighieri di Reggio Calabria.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Aa.VV. *Outbreak of COVID-19 in Germany Resulting from a Single Travel-Associated Primary Case*, in *The Lancet*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3551335, 3/5/2020.

propagazione del virus e ha permesso al potere pubblico di adottare la legge sullo stato di emergenza – ampio oggetto di dibattito nella dottrina costituzionale recente – e i provvedimenti connessi.

La situazione della pandemia ha consentito ai poteri pubblici di riattivare meccanismi di normazione, di controllo, di monitoraggio e di coordinamento della vita biologica e sociale che insieme formano una strategia generale ben nota come bio-potere, termine caro a Foucault², suggeritore di prospettive limpide sul suo uso. La pandemia ha dunque riattivato una prerogativa tipica della decisione sovrana, ossia l'uso del diritto come principio ordinatore del rapporto tra lo spazio pubblico/privato – accessibile o vietato che sia – e il corpo singolo e collettivo.

Per poter affrontare il virus, il potere non ha soltanto dichiarato uno stato di emergenza, ma è ritornato alla ricerca delle pratiche della governamentalità, per dirla con Foucault³. Queste non sono né immobili né definitive nella concezione del diritto del filosofo francese⁴, perché costituiscono il modo possibile – l'unico modo possibile? – della forma del potere, cioè governare la condotta degli uomini⁵.

Come guidare e governare questa condotta nella pandemia?

In una comunità dove gli individui agiscono singolarmente e agiscono in relazione, alla situazione di emergenza pandemica si cerca di rispondere con pratiche e decisioni biopolitiche. Nel nostro caso, si assiste sia a quelle che Roberto Esposito⁶ definirebbe una biopolitica per

² M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Gallimard, Parigi, 2004

³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2004.

⁴ J. A. MAZÈRES, *Normativité, vérité, gouvernamentalité: figures du juridique chez Michel Foucault*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 79, 2-55, <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2017-2.htm>, 2017.

⁵ T. GAZZOLO, *Epidemia, o la finzione della peste*, in *Endoxa – Prospettive sul presente*, 5, 24-45, <https://endoxainet.files.wordpress.com/2020/03/endoxa-marzo-2020.pdf>, 2020.

⁶ R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, 42.

«trattenere in vita la vita», sia a quelle che di recente Achille Mbembe ha indicato come necropolitica, quella che ha preso in carico la morte e i cadaveri⁷.

Lo abbiamo visto: i corpi sono stati curati, trattati, sottoposti alla terapia intensiva, ma soprattutto sono stati isolati per mantenerli in vita. Altri, i cadaveri, sono stati invece destinati al medesimo isolamento, un isolamento della sepoltura.

In un'ottica più ampia, proprio con riferimento al controllo e alla guida della condotta umana, si è posta come necessaria la scelta di una legge che fosse “propria” della comunità dei viventi in quel preciso momento⁸, una legge che non potesse non appartenere alla comunità stessa in quanto tale, una comunità di corpi sani e di corpi malati, di corpi vulnerabili e di corpi pericolosi, di corpi infetti e di corpi guariti. Una legge che deve affrontare un rischio infimo, ossia un cambiamento che renderà l'esistenza dei corpi che la animano sempre più fragile, come è stato notato in occasione di questa tragedia da Žižek⁹, e che renderà la vita di comunità sempre più incerta, e quindi, direbbe Bauman¹⁰, sempre più «bisognosa di vigilanza, fortificazione e difesa».

La legge scelta, nella quale si è tentato di immunizzare la democrazia delegando le sue forme e i suoi diritti alla voce delle scienze diverse dal diritto e dalla politica¹¹, è stata prima quella dell'isolamento sociale e successivamente quella della distanza sociale. Queste due leggi, al loro fondo bioetiche, dovrebbero essere espressione della forma della democrazia costituzionale¹², ma soprattutto dovrebbero essere due leggi

⁷ A. MBEMBE, *Necropolitica*, Ombre corte, Verona, 2016.

⁸ R. ESPOSITO, *Termini della Politica*, Einaudi, Torino, 2018.

⁹ S. ŽIŽEK, *Virus. Catastrofe e solidarietà*, Ponte alle Grazie, Milano, 2020.

¹⁰ Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 15.

¹¹ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Einaudi, Torino, 1995.

¹² A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

assunte in considerazione dei soggetti che compongono la comunità e volte alla conservazione della comunità in quanto bene per i suoi stessi cittadini, ragionando sulla linea di Aristotele¹³.

Esse però non sono soltanto questo, bensì sono, nell'organizzazione del potere, l'espressione di ciò che si definisce foucaultianamente la "politica dei corpi", ossia l'insieme delle norme e dei poteri che impongono obblighi alle forze degli uomini, codificando la loro azione d'accesso allo spazio pubblici, precisati secondo una modalità e un tempo scientifici.

Al momento in cui si scrive sta per entrare in vigore la "seconda fase" della gestione della pandemia, una fase che durerà a lungo – attualmente disciplinata dal Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 aprile 2020 - Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Essa è caratterizzata dalla presenza di norme che rimettono ai cittadini il compito di prendersi cura della società tramite la disciplina del loro corpo. Le norme infatti ridisegnano la distanza sociale, la vicinanza e la separazione dei corpi nello spazio privato e nello spazio pubblico, con l'obiettivo di controllare il loro accesso e la loro circolazione per evitare un nuovo contagio massivo. In questo scritto si mostrerà pertanto cosa rappresenta questa disciplina e in che misura condiziona la presenza, l'azione e le relazioni dei nostri corpi che in quella distanza dovranno determinarsi perché è a loro che forse toccherà guarire la società.

2. Sulla distanza sociale.

La distanza sociale, intesa quale norma, tiene conto almeno di quattro aspetti: lo spazio a disposizione, la quantità di persone presenti

¹³ ARISTOTELE, *Politica*, Laterza Roma-Bari, 1993.

nello spazio, il posto che occupano e il movimento delle stesse. La legge si occupa dunque, secondo una definizione presa a prestito da Rodotà, del «corpo istituzionalmente distribuito»¹⁴.

Questa norma è richiesta quando la molteplicità dei corpi entra in rapporto con lo spazio. La ripartizione spaziale nella quale organizzarli, precisa Foucault, è fatta per «gèrer la multiplicité, de l'organiser, d'en fixer les points d'implantations, les coordinations, les trajectoires latérales, or horizontales»¹⁵.

Presenza, spazio, movimento, E anche controllare, ripartire e ordinare¹⁶. Se si presta attenzione alle categorie e alle azioni, ci si accorge che la distanza sociale ha le sue regole e che queste sono comuni al concetto di 'disciplina', incluso il processo di organizzazione per un fine. Si potrebbe ipotizzare che la distanza sociale abbia in sé proprio lo statuto della disciplina stessa, alla quale proprio Foucault ha dedicato il corso al Collège de France negli anni 1977-1978.

La disciplina della distanza sociale, ma si potrebbe a questo punto dire la distanza sociale in quanto disciplina, circoscrive dunque uno spazio e determina nello spazio un segmento¹⁷.

Se pensiamo al modo in cui le norme del dpcm separano i corpi, ci rendiamo conto che lo spazio è la porzione di territorio al quale il corpo avrà accesso e che segmento è il tratto di uno o due metri che segnerà i punti di collocazione dei corpi, ossia la distanza consentita.

Individuati i punti dello spazio da occupare, la disciplina della distanza fermerà i corpi su quei punti, quindi, come tale, disegnerà intorno al corpo il dispositivo di una norma che astrattamente gli permetterà di muoversi in una direzione o nell'altra tenendo conto di chi gli è intorno. Il

¹⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 81.

¹⁵ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Gallimard, Parigi, 2004, 14

¹⁶ G. DELEUZE, *Pourparlers, 1972-1990*, Minuit, Parigi, 1990.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, cit.

corpo, in tal senso, compirà il movimento indicato dentro il margine imposto dal segmento, essendo circoscritto intorno a lui il potere e il suo meccanismo, spiega Foucault, «selon un code qui est celui du permis e du défendu»¹⁸.

Di fatto, si potrebbe pensare che la disciplina della distanza abbia il carattere di un vero e proprio codice fisico, quasi naturale¹⁹, e anche il carattere di una costruzione legalistica dalle suggestioni penal-preventive, stante il contenuto delle norme che individuano anche la co-presenza dei congiunti e il numero dei partecipanti alle funzioni funebri.

L'incidenza delle norme della disciplina della distanza si volge alla totalità, ossia alla determinazione oculata nel dirci che cosa non si deve fare e/o come, e alla determinazione soggettivistica, perché essa provoca «l'individualisation de la multiplicité»²⁰, ossia tutti si comporteranno secondo le stesse modalità dell'azione nello stesso momento. Essa iscriverà sui corpi le regole tramite una normalizzazione attuata con un meccanismo classico individuato dal filosofo francese²¹, ossia l'abitudine della norma – ciò a cui si sottometteranno – che li lega al nuovo ordine delle cose, all'ordine di un nuovo tempo e all'ordine politico.

La disciplina della distanza non può dunque trascurare alcun aspetto dell'azione umana se i suoi fini sono il controllo del contagio e la guarigione progressiva della popolazione.

Codificazione dunque, obblighi, costrizioni, normalizzazione. Tutto entra a comporre quella che Han ha chiamato la «società della negatività [...] determinata cioè dalla negatività del divieto»²², una società disciplinare o, per meglio dire, un'altra riproduzione della forma della società

¹⁸ Ivi, 47.

¹⁹ M. STRAZZERI, *Potere sovranità corpo*, in M. Strazzeri (a cura di), *Potere, strategie discorsive, controllo sociale. Percorsi foucaultiani*, Manni, San Cesario di Lecce, 2003.

²⁰ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, cit., 14.

²¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 2014.

²² B. HAN, *La società della stanchezza*, Nottetempo, Roma, 2012, 22.

disciplinare, con le sue strutture e le sue dinamiche, ricca di tattiche che realizzino, insieme ai fini politici, economici e sociali, quello che è il fine che appare sullo sfondo, la docilità del corpo umano²³, l'educazione alla regola di un nuovo gesto. Tattiche, strumenti, misurazioni che separano, controllano e coordinano l'azione umana nello spazio²⁴, che si raffinano a ogni buona occasione, come una pandemia, verso la scientificità di ciò che è una vera «tecnologia politica del corpo»²⁵.

L'individuo che emerge dalla massa molteplice viene disciplinato alla pratica sociale e politica della distanza. Questi deve mantenere in vita il corpo, preferibilmente sano, evitando un contagio grazie alla resistenza passiva del corpo costretto, grazie all'abilità fisica dello spostamento millimetrico e all'atletismo dilettantistico della posizione verticale.

La dolce mitigazione della legge dell'isolamento verso la legge della distanza considera in modo giuridicamente nuovo la persona, e l'artificialità, come suggerirebbe Stefano Rodotà²⁶, la accompagna strutturandola come nuova. Ciò che si produce è un individuo disciplinare che assoggetta la sua forza²⁷ al sacrificio oculato delle traiettorie dello spazio.

Quanto fin qui esposto, tuttavia, è soltanto una parte di ciò che la distanza sociale è dal punto di vista normativo e secondo l'ordine di organizzazione della difesa e del controllo della società²⁸.

La lettura della dimensione giuridico-politica infatti non può non accompagnarsi a una riflessione incidentale, che aggiunge un sovrappiù di senso alla distanza sociale.

Mai come in questi mesi si è sentito il peso delle norme giuridiche

²³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 237.

²⁴ G. DELEUZE, op. cit.

²⁵ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 29.

²⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*. Laterza, Roma-Bari, 2012.

²⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit.

²⁸ G. DELEUZE, op. cit.

sull'esistenza, sulla nostra vita singola e sulle nostre relazioni. Un peso che ha scandito il nostro rapporto con quanto è "prossimo" e "distante", e che lo manterrà ancora, e forse diversamente, proprio prossimo e distante, come le scienze umane e sociali hanno osservato anche in passato²⁹.

È in questa direzione che dobbiamo anche guardare per cogliere un di più della disciplina della distanza sociale, perché essa diventa anche la regola delle relazioni sociali e la regola del corpo fisico presente con la sua fisicità.

La distanza sociale riscrive la presenza del soggetto e il suo essere nel mondo attraverso la vicinanza, e la distanza appunto, del corpo (del soggetto) a/da un altro (soggetto) e agli/dagli oggetti intorno. La vicinanza e la distanza delle persone tra loro e di queste dagli oggetti regolano e alterano il senso relazionale secondo un approccio more geometrico del sociale³⁰.

Ciascuna persona pur avendo appreso con la legge dell'isolamento la riscoperta della propria individualità, ha realizzato di appartenere a una vita di comunità e di relazioni, fin ora vissute superficialmente, ma di cui comunque non può fare a meno³¹.

3. *Toccare*

Nella vita di ogni giorno, ciascuno accede a un universo di legami

²⁹ Si vedano F. INTROINI, *La distanza sociale. Dimensioni teoriche e attualità di un concetto «classico»*, in *Studi di Sociologia*, 45, 1-9, www.jstor.org/stable/23005255, 2007; E. M. Tacchi, *Sviluppi negli studi della distanza sociale*, in *Studi di Sociologia*, 46, 1-387, www.jstor.org/stable/23005228, 2008.

³⁰ F.M. LO VERDE, F. INTROINI, *Studiare la distanza sociale. Definizioni di un quadro teorico di riferimento*, in V. Cesareo (a cura di), *La distanza sociale. Una ricerca nelle aree urbane*, FrancoAngeli, Milano, 2007.

³¹ Z. BAUMAN, op. cit.

vicini e ad altri apparentemente lontani, ma con i quali si creano strati di vita occulta.

E ciascuno ha quella che si definisce libertà di circolazione, ma che al netto delle capacità del corpo che possediamo altro non è che camminare, spostarsi, ma anche trovarsi, e lì conoscere il mondo con percezioni attive e passive.

È l'insieme di ciò che Simmel, parlando proprio dello spazio e della presenza degli uomini che in esso agiscono, ha definito la «sociologia dei sensi»³²: la percezione attiva e passiva dei sensi è un veicolo di conoscenza per il corpo umano, nella relazione che dall'esterno – dagli altri corpi umani e dagli oggetti – va verso di esso, e nella relazione che da esso si propaga verso l'esterno, verso gli altri corpi e gli altri oggetti.

È questo il punto critico della distanza sociale: essa attiene alla nostra vita quale presenza fisica nello spazio e alla nostra vita di relazione.

Esiste infatti un inaggirabile imperativo nell'ambito del codice della distanza sociale: non si deve stare vicini perché è vietato toccare e toccarsi.

Nella specifica situazione di emergenza sociale, dunque, esiste una normatività che si concentra specificamente sull'impossibilità dei corpi di toccare e di toccarsi – normativa a onor del vero già presente in altre forme nel nostro ordinamento³³ –, ed è un'azione questa che non coinvolge soltanto le mani ma che assume il corpo come “oggetto” che può essere toccato da qualsiasi cosa (da un altro corpo o da un oggetto) e che può essere toccato in ogni punto che costituisce il corpo.

Se si ritorna per un momento all'incipit di questo scritto, si comprenderà che la saliera e il gesto cortese del passaggio tra colleghi sono l'emblema di questa di pandemia: un corpo infetto tocca un oggetto, infettandone la superficie. Questo oggetto resta su un altro oggetto – un tavolo – infettandone la superficie e passa nelle mani di un altro corpo, nonostante tra i due corpi in questione durante tutta la permanenza della

³² G. SIMMEL, *Lo spazio dell'interazione*, Armando Editore Roma, 2019, p. 73.

³³ P. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità*, Carocci, Roma, 2019.

signora cinese non ci siano state vicinanze pericolose. Un gesto del tutto spontaneo è il motore di un contagio, e i successivi gesti spontanei di questi soggetti e di coloro che con essi condividono la vita hanno aiutato il virus a fare il resto. Potremmo dirlo con le parole di Foucault: «la vita biologica si riflette in quella politica»³⁴, condizionandola irrimediabilmente.

Il distanziamento sociale incide sulla realtà dei sensi fisici, del senso tattile soprattutto, quel senso che Aristotele ha definito necessario perché comune a tutti gli esseri viventi.

È proprio il filosofo greco a dirci che il tatto non soltanto ci rivela quali opposizioni caratterizzino la materia (freddo/caldo, duro/morbido, per esempio), ma ci rappresenta quella raffinata qualità che lo rende un senso attivo e passivo insieme.

Nei passi B 11 422 b – B 12 424 b del *De Anima*, Aristotele spiega che il tatto è possibile grazie alla carne, il mezzo attraverso il quale un corpo può toccare un altro e attraverso il quale il corpo esterno è palpabile, toccabile³⁵. La carne non è però l'organo del tatto come l'occhio potrebbe esserlo per la vista. La carne è infatti un oggetto esterno all'organo del tatto, essendo quest'ultimo situato all'interno del nostro corpo.

L'essere umano dunque, con tutta la sua carne, è un mezzo che tocca e sente tutto e, al suo interno, riceve le sensazioni provocate dal toccare.

È proprio questa la forza del tatto: il corpo tocca con ogni punto ed è capace di sentire, tattilmente, in qualsiasi punto esso sia toccato. Il corpo umano quindi distanziato dagli altri corpi umani e dagli oggetti finisce per limitare il suo accesso alla percezione e alla conoscenza di ciò che è carne, fuori di sé. Stando così le cose, il corpo deve educare sé stesso a fare a meno del tatto, o anche a ridurre la sua capacità tattile.

Ridimensionando attivamente e passivamente la tattilità degli oggetti e degli altri corpi umani, ci si accorge di vivere con riduzione il senso più importante, il senso, come suggerito da Kant nell'*Antropologia*

³⁴ M. FOUCAULT, *Antologia. L'impazienza della libertà*, Feltrinelli, Milano, 2005, 102.

³⁵ ARISTOTELE, *De Anima*, Loffredo Editore, Napoli, 1991.

pragmatica³⁶, che permette di conoscere la forma dei corpi, di percepirne la presenza nello spazio, che incoraggia a manipolare il mondo e a usare la ragione.

«Corpo toccato, corpo toccante» scrive Jean-Luc Nancy nel frammento n. 57³⁷. Esso esegue operazioni, cammina, afferra e raggiunge, informa sé stesso con quanto lo circonda. È del corpo esistere agendo ‘contro’, secondo il frammento n. 29, ossia esso resiste per stare, si scontra con gli altri corpi, in un perenne stato di attrito, di sfioramento, e di contrasti, che nella distanza sociale a poco a poco svaniscono per fare posto a corpi operosi, impegnati a evitare proprio questo avvicinamento. Corpo, aggiunge Nancy, è «ciò che è fuori, in quanto fuori, accanto, contro, presso, con un (altro) corpo, nel corpo a corpo»³⁸.

Ciascun corpo dunque ha un suo limite e sta con l’altro, ma il modo in cui è capace di farlo, proprio perché corpo, è quello che gli permette di stare da sé e presso sé, su sé stesso, ossia capace di assumere la sua posizione nello spazio ‘contro’ un altro corpo. Il corpo dunque può anche toccare senza toccare, ha questa legge insita nel suo statuto e, con l’interdizione dello spazio, gli si costruisce intorno un altro statuto, quello dell’intoccabile, parafrasando Derrida³⁹. Una legge – non toccare – sopra la legge del tatto che gli appartiene come corpo.

La legge della distanza sociale vuole i corpi presenti ma presso di sé, simultaneamente lì, in quello spazio, senza avvicinarsi e senza toccarsi, li obbliga a imparare una nuova regola.

Eppure, ecco la perversione del divieto di toccare, essi non possono più toccare né toccarsi proprio nello spazio pubblico al quale già appartenevano prima della pandemia. In questo spazio, liberato dal

³⁶ I. KANT, *Antropologia dal punto di vista pragmatico pragmatico*, in G. Formizzi (a cura di), *Antologia di scritti pedagogici*, Gabrielli, Verona, 2004.

³⁷ J. L. NANCY, *Indizi sul corpo*, Ananke, Torino, 2009, 107.

³⁸ J. L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, 114.

³⁹ J. DERRIDA, *Le toucher, Jean-Luc Nancy*, Galilée, Parigi, 2000.

sovraffollamento dei corpi, due nuove norme prendono (il) corpo: il dovere di stare, come occupare un posto, l'unico posto che il corpo può occupare – e il dovere di restare sul posto, l'unico posto dal quale il corpo non si può spostare e non può essere avvicinato da altri.

Non più dunque la libertà del corpo di occupare ogni punto dello spazio pubblico, come singolo o come massa che si spinge indifferente, e che lo attraversa superficialmente, ma a questo punto la pratica dell'autocontrollo della propria forza. Ha ragione Simmel quando afferma che «ciascuno ha il suo posto designato per lui, e riempito soltanto da lui»⁴⁰.

Nello spazio, dove la regola della distanza si è dilatata come interdetto del toccare e dovere di stare e restare nello stesso punto, si riscrive la politica delle relazioni: non più dunque la costruzione possibile di relazioni collegate nello spazio secondo le simmeliane «unitarie affezioni sensibili»⁴¹, ma la geometria immobile della vita.

L'accesso alla vita di relazione avrà dunque bisogno di passare attraverso la distanza costruita sulla porzione dello spazio e la distanza espressa dai corpi. A questi spetta il compito politico di imparare da capo il senso dell'uso del corpo nello spazio condiviso, uscire da esso per mantenerlo “contro” – presente ma lontano – dagli altri corpi e rientrarvi nel possesso per assumere la posizione giusta.

4. Conclusioni

In quanto disciplina, questa legge assume la docilità di un trattamento che guarda il corpo “umanamente”, imprimendo una svolta sull'attenzione alla presenza degli altri corpi intorno e dunque sulla costruzione di quella che Rodotà chiama «una relazione tra corpi

⁴⁰ G. SIMMEL, *Lo spazio dell'interazione*, cit., 13.

⁴¹ Ivi, 31.

reciprocamente ignoti»⁴².

Senza l'ordine geometrico di volumi, gesti e proporzioni si creerebbe indisciplina.

Eppure, sotto il nome di indisciplina si nasconde qualcosa. Si potrebbe dire, guardando bene, che il corpo possieda un'attitudine esponenziale: la possibilità della violazione di ogni interdetto. Si tratta della nostra capacità di essere nel mondo anche come esseri maldestri, distratti, capaci di sfiorare senza accorgercene una mano, un altro corpo, fare un passo e urtare una spalla. L'accidentalità della nostra goffaggine.

La norma, imponendo il rispetto della disciplina geometrica, chiede al corpo di muoversi dentro una virtualità non sua, ma disegnata soltanto per lui, vietandogli dunque di avvicinare e di avvicinarsi a colui che gli sta accanto.

Sebbene sia rigida, sarebbe eccessivo leggere questa norma come una punizione per l'umanità che siamo e per la dignità che portiamo nella nostra autodeterminazione⁴³. E, altrettanto, sarebbe troppo comodo interpretarla come un esercizio per la nostra coscienza sulla presenza fisica, sul dominio del movimento, col quale riportare un po' di ordine.

Davanti a questa norma forse, però, è il rischio del fallimento che dovrebbe avere un'attenzione in più.

Le leggi della comunità, gli interdetti del corpo, la legge istituzionale della distanza, attengono a quella che, in modo intimo, Arendt chiama «la vita in comune degli uomini»⁴⁴, stravolgibile dai fatti imprevedibili e dagli atti umani.

Se, come fa la filosofa tedesca, si presta attenzione alla normale

⁴² S. RODOTÀ, *Il corpo «giuridificato»*. In S. Canestrà, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2011, 53.

⁴³ L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁴⁴ H. ARENDT, *Vita activa*, Bompiani, Milano, 2008, 139.

fragilità e insicurezza dell'uomo, alla sua capacità di improvvisi movimenti, di atti e di parole che possono mutare ogni altra costellazione di atti e parole, vediamo subito messo a repentaglio il compito delegato al corpo politico di ricostruire la sua azione nella comunità.

Ciò a cui dobbiamo dunque tenerci pronti allora, in ogni momento, è una nuova legge della comunità e dell'esistenza condivisa.

Non vanno escluse le opzioni: potrebbe trattarsi di leggi di controllo biometrico molto rigido, quelle che vanno dalla geometria delle mano e delle vene alla misurazione della temperatura corporea e della salute del sangue⁴⁵; potrebbero essere leggi che ridiscuteranno la dignità umana e riscriveranno i confini tra quello che è il seguire e il guidare il consenso nella vita dei corpi⁴⁶; e ancora, leggi che ci coinvolgono in un nuovo senso di vita comune, nel quale sono inclusi progetti verso i quali, in quanto soggetti di diritto della comunità, non si potrebbe non manifestare la disponibilità per realizzarne gli obiettivi⁴⁷.

Tra questi obiettivi c'è certamente quello della guarigione e della ricostruzione di una comunità, accompagnata da un'adeguata commisurazione della prevenzione, della partecipazione e della tutela dei diritti umani⁴⁸ e che, seppur forse destinata alla sua insicurezza, un'insicurezza totale non soltanto da disciplinare e controllare, bensì da governare⁴⁹, deve includere nella sua legge di comunità la massimizzazione del benessere degli individui, assegnare loro un nuovo valore e permettergli di esprimersi confidando in norme che nascano dalla sensibilità

⁴⁵ F. CRISTOFARI, *Gli algoritmi dell'identità: il corpo umano*, in S. Amato, F. Cristofari, S. Raciti (a cura di), *Biometria. I codici a barre del corpo*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁴⁶ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università di Trento, Trento, 2006.

⁴⁷ A. LO GIUDICE, *Il soggetto plurale. Relazione sociale e mediazione simbolica*, Giuffrè Milano, 2006.

⁴⁸ C. PETRINI, *Bioetica, ambiente rischio. Evidenze, problematicità, documenti istituzionali nel mondo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.

⁴⁹ R. CASTEL, *L'insécurité sociale*, Seuil, La République des Idées, Parigi, 2003.

istituzionale⁵⁰, che garantiscano comunque i loro diritti, la loro libertà, contemperandola alle esigenze sociali⁵¹.

⁵⁰ N. SCHIFFINO, *Biopolitique et risque. Quelle action publique en matière de biomédecine, d'OGM et de téléphonie mobile ?*, in *Revue internationale de politique comparée*, 18, 4-29, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-politique-comparee-2011-4-page-29.htm>, 2011.

⁵¹ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2009.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MARIA CARLOTTA RIZZUTO

Cronaca sull'impresa agricola ai tempi del Coronavirus: sulla natura essenziale delle attività produttive

ABSTRACT – In early December 2019 a cluster of cases of pneumonia of unknown cause was identified in Wuhan, a city of 11 million persons in the People's Republic of China. The infection moved rapidly through China, extended into adjacent countries through infected persons travelling by air, eventually reaching multiple countries and continents. Our world has been completely locked down by covid 19, like a general paralysis. The agricultural enterprise has been the only trade to be spared by the deadly virus. Production activities of non-essential goods are incorporated in the difficult concept of essentiality. The legislative intent to protect the life cycle transpires.

KEYWORDS – Essential production activities, agricultural workers, food price increase, made in Italy, protection life cycle

MARIA CARLOTTA RIZZUTO*

Cronaca sull'impresa agricola ai tempi del Coronavirus: sulla natura essenziale delle attività produttive**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Spunti critici sulla disciplina di emergenza per il Covid 19– 3. Difficoltà definitoria delle Attività produttive essenziali – 4 Segue. Attività agricole di fatto non essenziali– 5. Interesse collettivo alimentare e interesse alla salute dei lavoratori agricoli – 6. Scarsa manodopera Italiana ed errato inquadramento dei braccianti agricoli. Il valore del grano batte l'oro nero. Necessità di potenziare il made in Italy - 7. Conclusioni.

1. Premessa

La situazione emergenziale che coinvolge la nostra società merita, forse, qualche riflessione sul ruolo che l'impresa agricola è chiamata a rivestire.

I D.P.C.M.¹ varati dal Presidente del Consiglio dei ministri, ci consegnano tutti il medesimo quadro: misure sempre più restrittive per la

* Dottore di ricerca in «Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo» presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Il 23 febbraio 2020, a seguito dei primi focolai registratisi in Lombardia e Veneto, il Consiglio dei Ministri ha approvato il D.L. 6/2020, poi convertito in legge dalla L. n. 13/2020. Il summenzionato decreto ha dato il via libera anche all'adozione di tutti i successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri miranti ad attuare misure di contenimento in caso di interventi riguardanti più regioni. Il primo D.P.C.M. è stato varato in data 23 febbraio 2020, provvedimento di attuazione rivolto ai Comuni delle Regioni Lombardia e Veneto interessati dalle misure di contenimento del contagio da Coronavirus. Il 25 febbraio è stato firmato un nuovo D.P.C.M. che ha introdotto misure in materia di svolgimento delle manifestazioni sportive di ogni ordine e disciplina, di organizzazione delle attività scolastiche e della formazione superiore, di prevenzione sanitaria presso gli Istituti penitenziari, di regolazione delle modalità di accesso agli esami di guida, di organizzazione delle attività culturali e per il turismo. Il 1 marzo, sempre in

attuazione del D.L. 6/2020, il Presidente Conte ha adottato un decreto volto a recepire e prorogare alcune delle misure già adottate per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, nonché a introdurre ulteriori volte a disciplinare in modo unitario il quadro degli interventi e a garantire uniformità su tutto il territorio nazionale all'attuazione dei programmi di profilassi. Il testo ha distinto le misure sulla base delle aree geografiche d'intervento, in primis quelle applicabili ai Comuni c.d. della "zona rossa", a seguire le altre applicabili nelle regioni Emilia Romagna, Lombardia e Veneto e nelle province di Pesaro e Urbino e di Savona, nelle province di Bergamo, Lodi, Piacenza e Cremona e poi sul tutto il territorio nazionale. Con l'entrata in vigore di questo D.P.C.M., è cessata la vigenza di tutti quelli precedenti, adottati in attuazione del D.L. 6/2020. Il 4 marzo 2020 è stata disposta la sospensione in tutta Italia delle attività didattiche negli istituti scolastici e nelle università dal 5 al 15 marzo al fine di contenere il contagio epidemico. Il D.P.C.M. dell'8 marzo 2020, a seguito del quale hanno cessato di produrre effetti il decreto del 1° e del 4 marzo 2020, ha previsto la creazione di un'area unica, comprendente il territorio della Regione Lombardia e di altre 14 Province (cinque dell'Emilia-Romagna, cinque del Piemonte, tre del Veneto e una delle Marche). A seguito del D.P.C.M. 9 marzo 2020, tutta l'Italia è diventata "zona rossa" e al tutto il territorio nazionale sono state estese le misure di cui all'art. 1 del D.P.C.M. 8 marzo 2020 (tra cui divieto di spostamento e sospensione di tutte le attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché Università e AFAM). È stato previsto, inoltre, il divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Tali disposizioni hanno prodotto effetto dalla data del 10 marzo 2020 e sono efficaci fino al 3 aprile 2020. Il D.P.C.M. del 11 marzo 2020 ha disposto la chiusura di tutte le attività commerciali, di vendita al dettaglio, a eccezione dei negozi di generi alimentari, di prima necessità, delle farmacie e delle parafarmacie fino al 25 marzo 2020. Il 22 marzo è stato emanato il nuovo D.P.C.M. il quale, disponendo la chiusura di quasi tutte le attività commerciali, ha determinato la fuga verso il sud. Lo stesso D.P.C.M. è stato modificato con il nuovo decreto del 25 marzo il quale ha consentito l'esplicitamento di alcune attività quali ad esempio "Attività e altri servizi di sostegno alle imprese" (codice ATECO 82.99.99) consentite limitatamente all'attività relativa alle consegne a domicilio di prodotti. Il D.P.C.M. del 28 marzo 2020 ha disposto 4,3 miliardi a valere sul fondo di solidarietà dei Comuni. Infine, il D.P.C.M. del 10 aprile volto a prorogare l'efficacia del precedente D.P.C.M. del 1 aprile sino al 3 maggio ha confermato la sospensione di tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 3 contenente l'elenco dei codici ATECO, al quale sono state apportate alcune limitate aggiunte rispetto al precedente.

popolazione, volte ad evitare qualsiasi forma di assembramento in luogo chiuso o aperto, divieto di svolgimento delle attività sportive, sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, pur se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici.

L'educazione si ferma, se non passibile di essere esercitata in modalità *e-learning*; lo sport, la religione si arrestano, ammettendo solo quelle manifestazioni personali esternabili all'interno della propria abitazione.

Tutte le attività abbassano la saracinesca, se non esercitabili dal proprio domicilio in modalità *smart working*², applicato, tra l'altro, in

² Il D.P.C.M. 11 marzo 2020, all'art. 1, n. 7, lett. A), prevede che, con riferimento alle attività produttive e professionali, «sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza». Allo stesso modo, il D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ripropone, all'art. 2, comma 1, lett. r) quanto già previsto nel D.P.C.M. del primo marzo 2020 [art. 4, comma 1, lett. a)]. In particolare, statuisce che: «la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via

modo automatico, anche in assenza di accordi individuali, ad ogni rapporto di lavoro subordinato con una considerevole deroga alla disciplina esistente in materia³.

Eppure, ci sono imprese che, sin dall'inizio dello stato di emergenza, sono state "salvate" dalla chiusura: quelle che erogano "servizi essenziali e di pubblica utilità"; sì che sembrerebbe scegliersi quale elemento discrezionale tra sospensione e continuazione, quello dell'erogazione di servizi che siano passibili di subire una qualificazione di essenzialità.

Ora, al di là del difficile significato da attribuire al termine "essenziale", il quale, si presta, invero, a molteplici interpretazioni, è certo, giacché così desumibile dagli allegati dei D.P.C.M., che tra le attività essenziali rientri la produzione di derrate alimentari.

telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro».

³ La disciplina del lavoro agile, prevista nella legge n. 81 del 22 maggio 2017 [Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato], statuisce, infatti, agli artt. 18 e ss. che debba sussistere il consenso del lavoratore. Sul lavoro agile si vedano A. ALLAMPRESE-F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 307; M. D'APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Torino, 2018, 75 e ss.; R. CASILLO, *La subordinazione «agile»*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 19; R. GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *Dir. prat. lav.*, 2017, 2010; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, 26. M. MENEGOTTO, *Coronavirus: trasferte, lavoro agile e telelavoro*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, n. 7, 17 febbraio 2020. Ed, ancora, quale afferma che «il fulcro del d.P.C.M 8 marzo 2020 risiede nel superamento dell'accordo individuale, quale fonte di disciplina e organizzazione della modalità agile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, e, quindi, nel passaggio dalla consensualità all'unilateralità dell'applicazione del lavoro agile [...] in un contesto per così dire "fisiologico", il lavoro agile è concepito come strumento teso a conseguire finalità di *work-life balance*. Diversamente, nel quadro "patologico" dell'emergenza da COVID-19, esso viene individuato quale strumento privilegiato per il contrasto e il contenimento – in specie in ambito lavorativo – del diffondersi del virus, realizzando attraverso di esso un bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti: diritto alla salute (art. 32 Cost.) e diritto al lavoro (art. 4 Cost.)».

Il mondo si ferma, ma la filiera agro-alimentare no.

2. Spunti critici sulla disciplina di emergenza per il Covid 19

Una lettura superficiale della sopraccitata eccezione la ricondurrebbe all'ovvietà dell'interesse perseguito da quest'ultima, là dove, come ovvio, la filiera agro-alimentare è indirizzata a soddisfare l'interesse primordiale e vitale dell'uomo all'alimentazione⁴.

Una più attenta analisi potrebbe, tuttavia, indurre una prospettiva di lettura idonea, per un verso, a rilevare elementi di criticità della disciplina emergenziale e, per altro verso, a contribuire allo studio di profili problematici della impresa agricola, già suscitati dall'interpretazione della

⁴ Nel corso degli ultimi anni, la realtà economico-sociale ha, sempre più, richiesto al territorio agricolo l'assolvimento di una pluralità di funzioni, non sempre o non tutte tra di loro compatibili; anzi, sovente, conflittuali. Accanto alla primigenia funzione produttiva a scopi alimentari, l'imprenditore agricolo è stato investito di ulteriori funzioni produttive destinate ad integrarsi con attività industriali, come la funzione insediativa, ricreativa, biologica, paesaggistica, protettiva e di salvaguardia dell'ambiente. Sulle molteplici funzioni svolte dall'impresa agricola si veda A. QUARANTA, *Energie rinnovabili: la multifunzionalità delle imprese agricole*, in *Ambiente & sviluppo*, 3/2010, 732; L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da) *Trattato di diritto agrario*, Utet, Torino, 2011, 766; G. MAROTTA (a cura di), *Nuovi modelli di agricoltura e creazione di valore*, FrancoAngeli, Milano, 2013, 379, secondo il quale «in via di sintesi, si può dedurre che l'impresa agricola multifunzionale si caratterizza per tre aspetti essenziali: a) una spiccata tendenza alla diversificazione dei servizi che essa offre e all'allargamento delle funzioni che affiancano l'attività esclusivamente agricola; b) un forte radicamento con il territorio su cui insiste l'impresa; c) la conseguente potenzialità dell'impresa agricola a generare, attraverso la sua attività di impresa, "valore sociale". Tutti e tre gli elementi descritti postulano un'accentuazione molto forte del posizionamento dell'impresa agricola in una ampia rete (*network* o filiera), che vede coinvolti non solo altri distinti soggetti imprenditoriali, ma anche istituzioni locali e associazioni sindacali e datoriali».

disciplina generale e che sembrano ancor più accentuati dalla situazione emergenziale.

La regolamentazione predisposta mediante i D.P.C.M. ripropone, a voler indicare qualche elemento di criticità, una non agevole interpretazione e qualificazione delle “attività produttive essenziali”; al contempo, altrettanto problematico appare il bilanciamento dell’interesse alimentare della popolazione con l’interesse alla salute dei lavoratori delle imprese agricole⁵. Notevoli difficoltà derivano dalla intervenuta mancanza di manodopera, la quale non può che condurre ad una più approfondita riflessione sulla tipologia di lavoro dei braccianti agricoli. Ed, ancora,

⁵ Il bilanciamento tra l’interesse alimentare e l’interesse alla salute è alla base di alcune pronunce dei Tribunali amministrativi. In particolare si veda quanto statuito dal Tar Sardegna, 7 aprile 2020, n. 122, secondo il quale «non appare manifestamente irragionevole, nel contesto emergenziale, la contestata scelta di limitare il numero delle volte in cui può essere consentito al cittadino di recarsi in esercizi commerciali per l’approvvigionamento dei necessari beni alimentari (una volta al giorno nei piccoli esercizi e 2 volte alla settimana nei market). Inoltre, “nella valutazione dei contrapposti interessi, nell’attuale situazione emergenziale, a fronte di una compressione di alcune libertà individuali, deve essere accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica». Ed, ancora, interessante la pronuncia del Consiglio di Stato, del 30 marzo 2020 n. 1553, il quale ha osservato che ha osservato che «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall’Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo». Ed ancora, «nelle disposizioni, statali e regionali, adottate e che verranno adottate a ulteriore completamento e integrazione per fronteggiare il “dopo-pandemia”, ci sono misure di tutela del posto di lavoro (oltre alla cassa integrazione), misure di soccorso emergenziale per esigenze alimentari e di prima necessità (non a caso demandate ai Comuni, e dunque anche a quello di ...), tali da mitigare o comunque non rendere irreversibili, anche nel breve periodo, le conseguenze della doverosa stretta applicazione delle norme di restrizione anti-contagio»

delicato sembra il contemperamento tra la tutela alla *privacy* con l'uso, divenuto normale, dello strumento *World Wide Web*, sia in ambito lavorativo sia in quello educativo⁶.

⁶ Per quanto riguarda l'istruzione, il Garante ha sottolineato come «le straordinarie potenzialità del digitale - rivelatesi soprattutto in questo frangente indispensabili per consentire l'esercizio di diritti e libertà con modalità e forme nuove - non devono indurci a sottovalutare anche i rischi, suscettibili di derivare dal ricorso a un uso scorretto o poco consapevole degli strumenti telematici, spesso dovuto anche alla loro oggettiva complessità di funzionamento. Considerando che, spesso, per i minori che accedono a tali piattaforme si tratta delle prime esperienze (se non addirittura della prima) di utilizzo di simili spazi virtuali, è evidente come anche quest'attività vada svolta con la dovuta consapevolezza, anche sulla base delle indicazioni fornite a livello centrale». In tale direzione, il Garante ha statuito che «Nella scelta e nella regolamentazione degli strumenti più utili per la realizzazione della didattica a distanza scuole e università dovranno orientarsi verso strumenti che abbiano fin dalla progettazione e per impostazioni predefinite misure a protezione dei dati [...] il trattamento di dati svolto dalle piattaforme per conto della scuola o dell'università dovrà limitarsi a quanto strettamente necessario alla fornitura dei servizi richiesti ai fini della didattica on line e non per ulteriori finalità proprie del fornitore. Ai dati personali dei minori, inoltre, va garantita una specifica protezione poiché i minori possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e dei loro diritti. Tale specifica protezione deve, in particolare, riguardare l'utilizzo dei loro dati a fini di marketing o di profilazione [...] Per garantire la trasparenza e la correttezza del trattamento, le istituzioni scolastiche e universitarie devono informare gli interessati (alunni, studenti, genitori e docenti), con un linguaggio comprensibile anche ai minori, riguardo, in particolare, alle caratteristiche essenziali del trattamento che viene effettuato. Relativamente ai docenti, scuole e università, nel rispetto della disciplina sui controlli a distanza, dovranno trattare solo i dati strettamente necessari e comunque senza effettuare indagini sulla sfera privata» Si veda <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9302778>. Ed, ancora si veda la Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali adottata il 19 marzo <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9295504>

Per quanto concerne i lavoratori, interessante quanto emanato dalle autorità competenti per la protezione dei dati personali in Francia, Irlanda e Danimarca, le quali si sono

Tali profili di dubbio inducono probabilmente l'esigenza di analizzare più approfonditamente la disciplina emanata al fine di tentare l'individuazione di prospettive ermeneutiche, le quali potrebbero, forse, contribuire anche allo studio della più generale normativa di diritto agrario.

3. Difficoltà definitoria delle Attività produttive essenziali

La lettura dei D.P.C.M., varati dal Presidente del Consiglio, induce a riflettere sul concetto di "attività produttiva essenziale", del quale appare piuttosto arduo fornire una definizione.

Una riflessione sull'etimologia del termine "essentialis" porterebbe a qualificare come tali quelle attività che siano sostanziali e indispensabili; suggerirebbe, cioè, l'attribuzione dell'essenzialità alle attività che siano da considerare necessarie⁷.

Una tale conclusione sembra, però, smentita dal tenore delle norme sopra citate nelle quali è possibile rintracciare, probabilmente, due diversi concetti di essenzialità. Ed, infatti, per un verso, l'aggettivo sembra identificare le attività volte a soddisfare bisogni improcrastinabili dell'uomo, quali quello all'alimentazione, alla cura, all'igiene pubblica; mentre, per altro verso, il termine definisce le attività la cui essenzialità non

espresse in merito al trattamento dei dati personali e sanitari dei lavoratori nell'ambito della contingente emergenza sanitaria si veda in <http://salus.adapt.it/covid-19-e-dati-personali-dei-lavoratori-si-esprimono-anche-i-garanti-di-francia-irlanda-e-danimarca/>

⁷ Come noto, l'art. 1325 cod. civ. elenca gli elementi ritenuti essenziali affinché un contratto sia valido e li individua in accordo delle parti, causa, oggetto e forma quando è prescritta dalla legge. Al contempo, in diritto ritroviamo la qualificazione di essenziale, come attributo del termine. In particolare, l'articolo 1457 cod. civ. afferma che il termine è essenziale quando "deve considerarsi essenziale nell'interesse" della parte; di conseguenza l'essenzialità è una caratteristica che deve risultare o dalla volontà espressa delle parti o dalla natura del contratto. Sul termine essenziale si veda per tutti M. DELLACASA, *Il termine essenziale*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, 325 ss.

risulterebbe intrinseca, ma sembrerebbe, semmai, deducibile dal collegamento funzionale con altre attività.

In tal senso, si evocano quali elementi esemplificativi: le attività di fabbricazione di spago, corde, funi e reti, fabbricazione di imballaggi in legno, fabbricazione di articoli in gomma, fabbricazione di articoli in materie plastiche, fabbricazione di macchine per l'agricoltura e silvicoltura⁸, fabbricazione di macchine per l'industria alimentare, delle bevande e del tabacco (incluse parti e accessori). Queste ultime non sarebbero passibili di subire una qualificazione di essenzialità, ma diventano tali, giacché funzionali all'espletamento di quelle attività più propriamente indispensabili.

La difficoltà di definire l'essenzialità è ancor più ardua in ambito agrario là dove la qualificazione delle attività agricole dirette⁹ si presta a

⁸ La modifica dell'elenco dei codici di cui all'allegato 1 del decreto del presidente del Consiglio dei ministri del 22 marzo 2020 pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 80 il 26 marzo 2020 (decreto del 25 marzo 2020 del ministero dello Sviluppo economico) fa sparire il codice ATECO 28.3 relativo alla "fabbricazione di macchine per l'agricoltura e la silvicoltura". Il decreto del 25 marzo, risultante dal confronto intercorso tra il Mise, il Mef e le sigle sindacali nazionali, consente la possibilità di ultimare le attività necessarie alla sospensione entro il 28 marzo 2020, compresa la spedizione della merce in giacenza.

⁹ Il riferimento al ciclo biologico riprende una formula utilizzata dalla dottrina al fine di eliminare la necessaria presenza del fondo per la configurazione dell'impresa agricola. Ed, infatti, secondo tale corrente dottrinale l'agrarietà dell'impresa dipendeva non dalla presenza o meno del fondo ma dallo svolgimento di un ciclo biologico concernente l'allevamento di esseri viventi animali o vegetali, legato direttamente o indirettamente allo sfruttamento delle forze e delle risorse naturali che si risolve economicamente nell'ottenimento di frutti destinati al consumo sia come tali sia previa una o più trasformazioni v. A. CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1988, 10; ID., *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1975, 75 e ss.; A. GERMANÒ, *Proprietà produttiva ed impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr.*, 1/1994, 597; L. COSTATO, *Relazioni*, in S. MAZZAMUTO (a cura di) *Impresa agricola ed impresa commerciale: le ragioni di una distinzione*, Jovene, Napoli, 1992, 35 e ss., benché lo stesso A. protenda poi «rebus sic stantibus, in mancanza di modificazioni legislative ad hoc, per un'interpretazione dell'art. 2135 cod. civ. che valorizzi il fondo». L'allargamento dei confini

continue rivisitazione e i criteri di connessione e prevalenza rendono sempre più labile il confine tra attività agricole e industriali¹⁰.

della nozione di fondo ha consentito di inserire nel novero delle attività agricole tutta una serie di attività che, benché definite come agricole a livello legislativo, erano state oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza poiché utilizzavano il fondo come mero supporto e non certo come oggetto: la serricoltura, già qualificata come agricola nella L. 3 maggio 1982 n. 203; la funghicoltura, L. 5 aprile 1985, n. 126; le agroenergie, D.lg. 29 marzo 2004, n. 99 e D.lg. 27 maggio 2005, n. 101.

¹⁰ L'art. 2135 cod. civ. menziona il criterio di prevalenza due volte e lo fa secondo accezioni differenti. In una prima accezione l'espressione è riferita alla produzione [la c.d. prevalenza per prodotto,]; mentre, secondo una seconda applicazione, il suddetto criterio è riferito alle attrezzature e alle risorse [la cd prevalenza per attività]. A sua volta, la prevalenza dei prodotti è stata intesa in due ulteriori significati, giacché per un verso, il criterio è stato ancorato a profili di tipo quantitativo, nel senso di qualificare le attività di trasformazione, manipolazione, commercializzazione dei prodotti agricoli come attività agricole per connessione solamente là dove la produzione del bene finale sia avvenuta mediante l'uso prevalente di prodotti della propria impresa agricola rispetto a quelli acquistati da terzi. Per altro verso, il secondo significato, ossia quello di tipo reddituale-valoriale rinvia, invece, alla prevalenza dell'attività dalla quale derivi la maggior fonte di guadagno. In tale ipotesi, la condizione di prevalenza andrà verificata confrontando il valore normale dei prodotti agricoli ottenuti dall'attività agricola principale ed il costo dei prodotti acquistati da terzi; sarà necessario, però, che, sui prodotti acquistati dai terzi, intervenga, comunque, una attività di manipolazione o di trasformazione [Cass. civ., 10 aprile 2015, n. 7238, in *Giustizia Civile Massimario 2015*] e che i prodotti, così realizzati, rientrino nella tipologia di appartenenza dei beni ottenuti dalla trasformazione dei prodotti propri [Cass. civ., 22 aprile 2016, n. 8128, in *Giustizia Civile Massimario 2016*]. È bene ricordare che un'attività connessa, per essere considerata tale, non deve, comunque, alterare la natura dell'attività agricola *ex se* e questo sia dal punto di vista della coerenza merceologica sia per quanto concerne lo scopo dell'impresa, dovendo rimanere pur sempre agganciato ad un comparto agricolo e non deviato verso un'attività di trasformazione, produzione che si allontani troppo dall'attività primaria. Sul criterio di prevalenza si vedano, *ex multis*, A. ROCCHI, L. SCAPPINI, *La misurazione della prevalenza nelle attività connesse "di produzione" in agricoltura*, in *Il fisco*, 9/2017, 852; M. BIONE, *Imprenditore agricolo*, *Dir. priv.*, in EG, Roma, 16/2003, 7; F. PREZIOSI, *Il regime fiscale delle attività agricole connesse*, in *Corr. trib.*, 2004, 3654; S. BARUZZI, *Reddito agrario: prevalenza della materia prima in senso fisico quantitativo e non economico*, in *Il Fisco*, 35/2017, 3378; S. BARUZZI, *Reddito*

D'altronde, il concetto stesso di "cura del ciclo biologico", utilizzato per qualificare un'attività agricola come diretta, induce a considerare essenziale qualunque attività ad essa necessaria e il cui mancato svolgimento potrebbe interrompere il ciclo stesso. In tal guisa, anche l'eventuale attività di produzione di energia rinnovabile¹¹ potrebbe essere passibile di subire una qualificazione di essenzialità nell'ipotesi in cui l'esercizio di quest'ultima fosse funzionale all'espletamento dell'attività produttiva essenziale principale¹².

L'essenzialità di una attività, in ambito agricolo, sembrerebbe, dunque, costituire un giano bifronte: indispensabile per soddisfare l'interesse collettivo all'alimentazione, ma altrettanto essenziale per l'oggetto stesso dell'attività volta alla cura del ciclo biologico, il quale, per sua natura, non parrebbe supportare eventuali interruzioni.

4. Segue. Attività agricole di fatto non essenziali

La compresenza dell'interesse alimentare da un lato e dell'interesse alla cura del ciclo biologico dall'altro, emerge, con maggiore pregnanza, dalla qualificazione di alcune attività agricole come essenziali e, in quanto tali, non soggette a chiusura.

agrario: prevalenza della materia prima in senso fisico quantitativo e non economico, in Il Fisco, 35/2017, 3378.

¹¹ Sulle energie rinnovabili si veda per tutti M. GOLDONI, *Utilizzazione di terreni agricoli per la realizzazione degli impianti energetici: aspetti giuridici*, in M. D'ADDEZIO (a cura di), *Agricoltura e contemperamento delle esigenze energetiche e alimentari*, Giuffrè, Milano, 2012, 39.

¹² Secondo quanto disposto dall'allegato al D.P.C.M. del 22 marzo, le attività di Fornitura di energia elettrica, gas, vapore e aria condizionata codice Ateco 35 oltre ai codici 33-43 (manutenzioni) proseguono la propria attività.

In agricoltura, non si è effettuata alcuna differenziazione sì da fare rientrare nella locuzione di “attività produttive essenziali” qualunque attività agraria, anche là dove la stessa non fosse diretta alla produzione di beni di prima necessità.

Ed, infatti, il blocco non ha riguardato le attività florovivaistiche, concernenti la coltivazione e la vendita di piante, fiori e sementi, giacché fatte rientrare in quelle attività di produzione, trasporto e commercializzazione di “prodotti agricoli”, di cui all’art. 1, comma 1, lettera f), del Dpcm del 22 marzo 2020. Peraltro, tali attività si inseriscono fra quelle produttive e commerciali, specificamente incluse nell’allegato 1 dello stesso Dpcm (“coltivazioni agricole e produzione di prodotti animali”, con codice ATECO “0.1.”), per le quali è stata ammessa sia la produzione sia la commercializzazione; sì che, conseguentemente, anche i punti di vendita di tali prodotti non sono stati oggetto di interruzione.

Anche la viticoltura ha proseguito nello svolgimento delle proprie attività, nonostante molte bottiglie fossero rimaste invendute, le spedizioni tornassero indietro e le botti fossero ancora piene. Ed, ancora, nessuna sospensione è stata applicata per le attività volte alla produzione di energie rinnovabili, seppur con la limitazione dell’installazione di nuovi impianti fotovoltaici.

Al contempo, meritano attenzione le autorizzazioni ad esercitare la cura dei propri prodotti e animali¹³ a coloro che svolgano attività agricole a livello amatoriale.

¹³ La possibilità per gli hobbisti agricoli di potere esercitare la propria attività agricola amatoriale è stata concessa con l’ordinanza n. 11 del 24 marzo 2020 della Regione Sardegna in cui si legge testualmente «È consentita, altresì, limitatamente ad una sola volta al giorno e ad un solo componente del nucleo familiare, l’uscita per la conduzione hobbistica di poderi, orti, vigneti ed ortofrutticole in genere, finalizzati al sostentamento familiare». Sulla stessa lunghezza d’onda, l’ordinanza della Giunta Regionale Toscana n. 36 del 14 Aprile 2020; l’ordinanza della Regione Lazio n. Z00029 del 15 aprile 2020 nella quale si consente «lo spostamento all’interno del proprio comune o verso comune limitrofo per lo svolgimento in forma amatoriale di attività agricole e di conduzione di allevamenti di

In tale direzione, almeno con riferimento alle attività agricole, il concetto di essenzialità sembrerebbe declinare un significato connesso alla tutela di due diversi, seppur strettamente correlati, interessi, i quali si presentano come improcrastinabili e non passibili di una tutela differita: l'interesse alimentare e l'interesse alla cura del ciclo biologico. Al contempo, il soddisfacimento di tali interessi presuppone che possano essere svolte tutte quelle attività che siano strumentali al loro perseguimento.

5. Interesse collettivo alimentare e interesse alla salute dei lavoratori agricoli

Il complessivo quadro di interessi collettivi, connessi all'impresa agraria, ha fatto sì che la stessa fosse esclusa da attività passibili di chiusura. In tale direzione, si è operato un vero e proprio bilanciamento tra l'interesse

animali da cortile è consentito esclusivamente nel pieno rispetto di quanto previsto dai citati Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di tutte le norme di sicurezza relative al contenimento del contagio da COVID – 19 e comunque alle seguenti condizioni: a) per non più di una volta al giorno;^[SEP] b) da un solo componente del nucleo familiare;^[SEP] c) limitatamente agli interventi strettamente necessari alla tutela delle produzioni vegetali e degli animali da cortile allevati, consistenti nelle indispensabili operazioni colturali che la stagione impone ovvero per accudire i predetti animali allevati». Ed, ancora, le ordinanze regionali della Regione Puglia n. 209 del 17 aprile 2020, della Regione Calabria n. 32 del 17 aprile 2020 e della Regione Sicilia n. 17 del 18 aprile 2020 in cui si legge che «È consentita, in quanto riconducibile a “situazione di necessità” finalizzata a sopperire alle esigenze alimentari ed ai lavori di manutenzione per la prevenzione degli incendi, l'attività non imprenditoriale necessaria per la conduzione di terreni agricoli e per la cura degli animali. Per le finalità di cui al comma precedente, l'uscita nell'ambito del medesimo Comune o verso un Comune diverso da quello in cui attualmente si trova l'interessato, è consentita una sola volta al giorno e ad un solo componente del nucleo familiare, ovvero ad un soggetto all'uopo delegato. È, altresì, autorizzata l'attività di manutenzione di aree verdi e naturali, pubbliche e private. Le attività di cui al presente articolo sono consentite solo nei giorni feriali».

alla cura, diretta o indiretta, del ciclo biologico; e, conseguentemente, dell'interesse collettivo all'alimentazione e l'interesse alla salute dei lavoratori delle medesime imprese agricole.

Ed, infatti, per un verso, gli interventi del governo si sono orientati nel senso di mantenere operativa la filiera agro-alimentare, sì da garantire le forniture per i negozi alimentari; per altro verso, hanno ridotto, seppur in maniera controllata, la produzione, sì da salvaguardare un livello adeguato di protezione dei lavoratori delle imprese agrarie.

In virtù del panorama delle attività non soggette a provvedimenti di chiusura, anche le imprese agricole hanno dovuto predisporre un complesso di misure volte a tutelare la salute dei propri lavoratori.

Con il “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro” del 14 marzo¹⁴, sono state approntate tutta una serie di

¹⁴ Per quanto concerne le informazioni da fornire ai lavoratori, il protocollo prevede che agli stessi debbano essere consegnati dei *depliant* indicanti: l'obbligo di rimanere al proprio domicilio in presenza di febbre (oltre 37,5°) o altri sintomi influenzali e di chiamare il proprio medico di famiglia e l'autorità sanitaria; la consapevolezza e l'accettazione del fatto di non poter fare ingresso o di poter permanere in azienda e di doverlo dichiarare tempestivamente laddove, anche successivamente all'ingresso, sussistano le condizioni di pericolo (sintomi di influenza, temperatura, provenienza da zone a rischio o contatto con persone positive al virus nei 14 giorni precedenti, etc.) in cui i provvedimenti dell'Autorità impongono di informare il medico di famiglia e l'Autorità sanitaria e di rimanere al proprio domicilio; l'impegno a rispettare tutte le disposizioni delle Autorità e del datore di lavoro nel fare accesso in azienda (in particolare, mantenere la distanza di sicurezza, osservare le regole di igiene delle mani e tenere comportamenti corretti sul piano dell'igiene); l'impegno a informare tempestivamente e responsabilmente il datore di lavoro della presenza di qualsiasi sintomo influenzale durante l'espletamento della prestazione lavorativa, avendo cura di rimanere ad adeguata distanza dalle persone presenti. Al contempo, il suddetto Protocollo indica le modalità di ingresso presso l'azienda. In particolare, statuisce che: Il personale, prima dell'accesso al luogo di lavoro potrà essere sottoposto al controllo della temperatura corporea. Se tale temperatura risulterà superiore ai 37,5°, non sarà consentito l'accesso ai luoghi di lavoro. Le persone in tale condizione - nel rispetto delle indicazioni riportate in nota - saranno momentaneamente isolate e fornite di mascherine non

linee guida volte ad agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio.

In particolare, sono stati favoriti il ricorso agli ammortizzatori sociali¹⁵, con la conseguente riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, il lavoro agile, le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti, la distanza interpersonale di almeno un metro come principale misura di

dovranno recarsi al Pronto Soccorso e/o nelle infermerie di sede, ma dovranno contattare nel più breve tempo possibile il proprio medico curante e seguire le sue indicazioni; il datore di lavoro informa preventivamente il personale, e chi intende fare ingresso in azienda, della preclusione dell'accesso a chi, negli ultimi 14 giorni, abbia avuto contatti con soggetti risultati positivi al COVID-19 o provenga da zone a rischio secondo le indicazioni dell'OMS; Per questi casi si fa riferimento al Decreto legge n. 6 del 23/02/2020, art. 1, lett. h) e i). Il contenuto del suddetto protocollo è stato integralmente recepito dal successivo Protocollo del 24 aprile 2020 il quale lo ha integrato nel senso di inserire che « L'ingresso in azienda di lavoratori già risultati positivi all'infezione da COVID19 dovrà essere preceduto da una preventiva comunicazione avente ad oggetto la certificazione medica da cui risulti la "avvenuta negativizzazione" del tampone secondo le modalità previste e rilasciata dal dipartimento di prevenzione territoriale di competenza. Qualora, per prevenire l'attivazione di focolai epidemici, nelle aree maggiormente colpite dal virus, l'autorità sanitaria competente disponga misure aggiuntive specifiche, come ad esempio, l'esecuzione del tampone per i lavoratori, il datore di lavoro fornirà la massima collaborazione».

¹⁵ Il ricorso agli ammortizzatori sociali dovrebbe assicurare il supporto al reddito dei dipendenti di tutti i datori di lavoro interessati dalla sospensione o riduzione dell'orario di lavoro discendente da eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica, benché entro specificati limiti di spesa il cui controllo continuo è delegato all'INPS.^[1] È stato riconosciuto un catalogo di strumenti: la cassa integrazione guadagni ordinaria (art. 19 – *inde* CIGO); l'assegno ordinario (art. 19); la cassa integrazione guadagni in deroga (art. 22 – *inde* CIGD).^[1] La CIGO e l'assegno ordinario possono essere rispettivamente richiesti anche ove alla data del 23 febbraio 2020 fossero in corso programmi per causali CIGS (art. 21 d.lgs. n. 148 del 2015; art. 44 d.l. n. 109 dl 2018) o per assegno di solidarietà (art. 31, D.Lgs. n. 148/2015), previa la loro sospensione (cfr. artt. 20 e 21). Sul sistema degli ammortizzatori sociali si veda M. GAETANI, M. MARRUCCI, *Il sistema degli ammortizzatori sociali dopo il Jobs Act*, Milano, 2017.^[1]

contenimento, secondo misure indirizzate a permettere alle imprese di tutti i settori la messa in sicurezza dei luoghi di lavoro¹⁶.

Eppure, proprio per le modalità con le quali esplica le sue fasi lavorative, l'impresa agricola non consente di applicare tali strumenti; sì che parrebbero residuare come uniche misure adottabili, specificatamente in ambito agrario, quella dell'adozione di strumenti di protezione individuale¹⁷ e quella della sanificazione dei luoghi di lavoro¹⁸.

¹⁶ Sul rimedio del lavoro agile si veda M. TURRIN, *Il lavoro agile quale misura per fronteggiare l'emergenza COVID-19*, in *www.rivistalabor.it*, rubrica "Aggiornamenti", 3 marzo 2020; M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, 293

¹⁷ Per quanto concerne l'uso dei dispositivi di protezione individuale, il Protocollo del 14 marzo, nonché il successivo Protocollo del 24 aprile, prevedono che "L'adozione delle misure di igiene e dei dispositivi di protezione individuale indicati nel presente Protocollo di Regolamentazione è fondamentale e, vista l'attuale situazione di emergenza, è evidentemente legata alla disponibilità in commercio. Per questi motivi: le mascherine dovranno essere utilizzate in conformità a quanto previsto dalle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità; data la situazione di emergenza, in caso di difficoltà di approvvigionamento e alla sola finalità di evitare la diffusione del virus, potranno essere utilizzate mascherine la cui tipologia corrisponda alle indicazioni dall'autorità sanitaria; è favorita la preparazione da parte dell'azienda del liquido detergente secondo le indicazioni dell'OMS (https://www.who.int/gpsc/5may/Guide_to_Local_Production.pdf). Qualora il lavoro imponga di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative è comunque necessario l'uso delle mascherine, e altri dispositivi di protezione (guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc.) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie.

¹⁸ Con particolare riferimento alla pulizia e sanificazione, l'azienda assicura la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica dei locali, degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni e di svago; nel caso di presenza di una persona con COVID-19 all'interno dei locali aziendali, si procede alla pulizia e sanificazione dei suddetti secondo le disposizioni della circolare n. 5443 del 22 febbraio 2020 del Ministero della Salute nonché alla loro ventilazione; occorre garantire la pulizia a fine turno e la sanificazione periodica di tastiere, schermi *touch*, mouse con adeguati detergenti, sia negli uffici, sia nei reparti produttivi; l'azienda in ottemperanza alle indicazioni del Ministero della Salute secondo le

Ed, invero, per un verso, in molte fasi della propria attività, i lavoratori agricoli difficilmente riescono a rispettare la distanza minima prevista; per altro verso, in molte ipotesi, la sanificazione degli ambienti di lavoro (basti pensare ai campi) condurrebbe all'esito paradossale di contaminare gli stessi prodotti alimentari.

In agricoltura, dunque, traspare un elevato rischio biologico, il quale avrebbe dovuto spingere al ridurre al minimo indispensabile, per l'appunto attività essenziali, la produzione del comparto agricolo; sì da limitarla ai beni di prima necessità.

La scelta relativa alla continuazione di attività diverse, quali la vivaistica, il vitivinicolo e così via, suggeriscono evidentemente la sussistenza di una ragione giustificativa ulteriore rispetto a quella di garantire l'alimentazione, la quale potrebbe, forse, essere rinvenuta nella tutela di qualsiasi ciclo biologico in sé dei beni produttivi agricoli non sottoponibili, in quanto beni deteriorabili, ad alcuna sospensione.

6. Scarsa manodopera Italiana ed errato inquadramento dei braccianti agricoli. Il valore del grano batte l'oro nero. Necessità di potenziare il made in Italy

La mancata interruzione delle attività agricole, con le complicazioni ad essa connessa, dovrebbe, forse, indurre a realizzare percorsi volti a procacciare l'autosufficienza alimentare.

In particolare, l'emergenza ha determinato per un verso, notevoli difficoltà nel rinvenire la manodopera necessaria allo svolgimento delle proprie attività agricole; per altro verso, l'arresto delle esportazioni ha cagionato l'aumento smisurato dei prezzi dei prodotti.

modalità ritenute più opportune, può organizzare interventi particolari/periodici di pulizia ricorrendo agli ammortizzatori sociali (anche in deroga).

La chiusura delle frontiere ha comportato un vero e proprio blocco per la libera circolazione “delle braccia dell’agricoltura”, troppo spesso rappresentate da lavoratori stagionali.

Da tempo ormai, il “lavoro nobile” nei campi è svolto in Italia, come in Europa, prevalentemente, da persone di nazionalità extracomunitaria, le quali arrivano appositamente dai propri Paesi per la raccolta e la semina di fine marzo.

Proprio questo fenomeno ha spinto il governo alla proroga dei permessi di soggiorno per i soggetti già presenti in Italia. In particolare, secondo quanto statuito dal decreto legge n. 18, del 17 marzo 2020, *tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020, conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020*, sì da adottare una misura tesa ad evitare il rientro degli stranieri presenti sul territorio nazionale. Tale misura era auspicata da Confagricoltura la quale, tra l’altro, ha richiesto all’Unione Europea di creare, per questi lavoratori, una sorta di “corridoio verde”, al fine di permettere loro la mobilità all’interno della Unione europea.

D’altronde, la stessa Coldiretti ha lanciato l’allarme, affermando che la chiusura delle frontiere nell’Unione Europea ha determinato la mancanza di quasi un milione di lavoratori agricoli stagionali per le imminenti raccolte nelle campagne dei principali Paesi agricoli, di guisa che l’Unione Europea potrebbe rischiare di perdere quest’anno l’autosufficienza alimentare e il suo ruolo di principale esportatore mondiale di alimenti per un valore di 138 miliardi di euro, con un *surplus* commerciale nell’agroalimentare di 22 miliardi¹⁹.

In tale direzione, emerge che le attività agricole, seppur gestite da imprenditori nazionali, trovano il proprio motore propulsivo nelle braccia straniere, spesso irregolari.

¹⁹ Si veda <https://www.coldiretti.it/lavoro/coronavirus-europa-senza-un-mln-di-stagionali-agricoli>

Proprio il Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (2020-2022) pone l'accento sull'annoso problema del lavoratore agricolo, formalmente assunto, ma, per il quale, il datore di lavoro denuncia all'istituto previdenziale un numero di giornate lavorate inferiore rispetto a quelle realmente svolte. Ed, ancora, nella relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva relativa all'anno 2019²⁰ affiora come nel settore agricolo i lavoratori in nero siano pari ad una percentuale del 50%.

L'emergenza Covid ha, probabilmente, evidenziato come la situazione dei lavoratori del settore primario richieda una maggiore attenzione da parte del Legislatore.

Al contempo, non si può trascurare che la mancanza di manodopera sia una delle cause dell'ulteriore profilo di criticità, ossia l'aumento di prezzi dei prodotti agricoli.

Alla crisi economica e al crollo dei mercati finanziari, determinata dall'emergenza, si è contrapposto, in modo netto, l'aumento delle quotazioni delle materie prime agricole. In particolare, il valore dell'oro nero è stato superato dal fior di farina, il cui prezzo ha subito un incremento dello 0,7%. Ed, ancora, i contratti *future* per il conferimento del grano a maggio sono aumentati di circa il 6%; la soia è salita di circa il 2%; la Russia ha trattenuto per intero la produzione di grano; il Kazakistan ne ha vietato l'esportazione; il Vietnam ha sospeso la redazione di nuovi contratti per l'esportazione concernenti il riso. Infine, ulteriore *input* all'aumento dei

²⁰ Nella Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva relativa all'anno 2019 si scrive testualmente: «Nel settore primario il sommerso è completamente imputabile all'utilizzo di occupazione non regolare. Il sistema fiscale cui sono sottoposte le imprese agricole, infatti, è caratterizzato dalla presenza di regimi forfettari, riduzioni dell'imponibile, applicazione di aliquote ridotte, che rendono difficilmente configurabile la presenza di una dichiarazione mendace del reddito di impresa».

V.http://www.dt.mef.gov.it/modules/documenti_it/analisi_programmazione/documenti_programmatici/def_2019/Allegato_NADEF_2019_Relazione_evasione_fiscale_e_contributiva.pdf

prezzi è stato determinato dalla corsa all'accaparramento dei generi alimentari dei supermercati dove, secondo una analisi sui dati dell'IRI²¹, sono raddoppiate gli acquisti di farina, saliti del 47,3% quelli di riso bianco e del 41,9% quelle di pasta di semola.

In tal guisa, per un verso, le complessità nei trasporti e la chiusura delle frontiere e, per altro verso, la corsa spasmodica dei cittadini, volta a procacciare i beni alimentari di base dagli scaffali degli esercizi commerciali, ha fatto divenire strategica la disponibilità dei beni agricoli, i quali, ben potrebbero, però, essere forniti dal territorio nazionale.

La situazione attuale non potrebbe che sollecitare la necessità di realizzare rapporti di filiera virtuosi con accordi che possano valorizzare i primati del *Made in Italy*²² e assicurare la sostenibilità della produzione sul territorio italiano con impegni pluriennali e il riconoscimento di un prezzo di acquisto "equo", fondato sui costi effettivi sostenuti.

Il Covid 19 sembrerebbe aver rammentato l'esigenza di maggiore controllo sull'inquadramento dei braccianti in ambito agrario sì da evitare situazioni di precarizzazione²³. Al contempo, la chiusura delle frontiere suggerirebbe la necessità di nuovi stimoli per il ritorno del lavoro agricolo alle braccia nazionali e per un maggiore incentivo del *Made in Italy*²⁴.

²¹ <https://www.iriworldwide.com/it-IT>

²² Sul made in Italy si veda F. MASSIMO, L'"export" agroalimentare dei prodotti "made in italy", in *Agricoltura*, 5 / 2015, 15.

²³ Si è proposto uno strumento, i *voucher*, ai quali si sono fermamente opposti i sindacati sul presupposto che questo sia uno strumento che precarizza il lavoro e che risulta anche essere improprio, in quanto l'utilizzo di questi strumenti è previsto per il solo lavoro accessorio e non per il lavoro ordinario. Ciò risulta lesivo della dignità dei lavoratori agricoli, che a maggior ragione in questo momento, dovrebbero vedere riconosciute le piene tutele contrattuali, oltre che le misure di sicurezza previste dal Governo, così come avviene per altri lavori ritenuti essenziali in questa fase di emergenza.

²⁴ D'altronde, la stessa Commissione Europea sottolinea, nella sua comunicazione, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della Covid 19 (2020/C 126/01) che «occorre un approccio graduale all'apertura delle frontiere interne ed

7. Conclusioni

La statuizione, avente ad oggetto la continuazione dello svolgimento di tutte quelle attività che, direttamente o indirettamente, sono essenziali per garantire l'interesse collettivo dell'alimentazione, fa emergere, con maggiore pregnanza, gli elementi differenziali tra impresa agricola e impresa commerciale, impossibilitate ad essere ricondotte ad *un unicum*²⁵.

L'impresa agraria mira a tutelare ulteriori e più penetranti interessi, al di là del bilancio di esercizio, del rischio di impresa, pur sempre presente e dal quale non si può prescindere, non fosse altro che per la denominazione di impresa e conseguente applicazione della relativa disciplina.

Intrinsecamente indirizzata a soddisfare il bisogno dell'alimentazione, l'impresa agraria è stata, con il tempo, investita della funzione di tutelare molteplici altri interessi meritevoli di tutela, i quali sono stati considerati – in virtù della loro natura di interessi collettivi o diffusi – prevalenti rispetto all'interesse individuale del singolo stesso imprenditore e da bilanciare con l'interesse alla salute dei lavoratori, i quali, nonostante l'emergenza sono stati chiamati, comunque, ad espletare, pur con tutte le

esterne per arrivare in seguito a ripristinare il normale funzionamento dello spazio Schengen».

²⁵ Ed, invero, già in passato, la dottrina non è stata unanime nel ritenere l'imprenditore agricolo e l'imprenditore commerciale come soggetti differenti. Dell'idea che l'imprenditore agricolo fosse una categoria specifica si veda G. FERRI, *Proprietà produttiva ed impresa agricola*, Saggi, Torino, 1992, 15; F. GALGANO, *Imprenditore commerciale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Utet, Torino, 1992, 27. Di contrario avviso, nel senso si ritenere esatta la previsione di due distinte categorie di imprenditore: agricolo e commerciale invece E. ROMAGNOLI, *L'impresa agricola*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trat. Dir. priv.*, Utet, Torino, 1986; A. GERMANÒ, *Riedizione della tesi dell'inesistenza della «impresa agricola» come impresa in senso tecnico: una critica*, in *Riv. dir. agr.*, 1/1993, 351; A. JANNARELLI, *L'imprenditore agricolo e le origini del libro V del codice civile*, in *Quad. fiorentini*, 30/2011, 511.

precauzioni e l'applicazione dei protocolli di sicurezza necessari, le attività lavorative indispensabili a garantire la continuazione dell'attività produttiva.

Il proseguimento di attività diverse da quelle volte a garantire beni di prima necessità si interseca perfettamente con gli obiettivi che, da tempo, il legislatore nazionale ed europeo tentano di conseguire. I concetti di economia circolare, agricoltura biologica, sviluppo sostenibile – sempre più presenti nelle legislazioni – mirano a realizzare, in modo equilibrato, l'interesse ambientale e l'interesse alimentare, secondo un indirizzo teleologico destinato a preservare nel complesso la tutela del ciclo vitale.

L'analisi della disciplina emanata e la scelta di mantenere aperte attività produttrici di beni non essenziali, come quella florovivaistica²⁶, potrebbe suggerire un profilo funzionale dell'impresa agricola, più accentuatamente incentrato sulla cura del ciclo biologico inteso, come ciclo vitale dei prodotti, il quale, se reciso, sarebbe compromesso senza margini di ripresa. La intrinseca deteriorabilità di alcuni beni non può che richiedere una maggiore attenzione sui sistemi di protezione e fruizione di questi ultimi, i quali, una volta sottoposti ad un cattivo uso, non sarebbero più passibile di utilizzazione.

La protezione del ciclo vitale in quanto tale – come categoria più ampia in cui un ruolo cardine è certamente ricoperto dalla cura di quello funzionale all'alimentazione e, dunque, alla vita di ogni essere umano – spostata forse l'attenzione sui possibili strumenti che il Legislatore potrebbe apprestare ai fini di una ripresa economica nazionale. Un percorso in tal senso è suggerito a livello comunitario: la promozione di un Green Deal²⁷,

²⁶ D'altronde la possibilità per gli hobbisti agricoli -concessa con ordinanza Presidente della Giunta Regionale Toscana n. 36 del 14 Aprile 2020 la quale rappresenterà un monito anche per le altre regioni- di potere esercitare la propria attività agricola amatoriale induce a ritenere che l'interesse tutelato sia, per l'appunto, quello del ciclo vitale.

²⁷ Nelle intenzioni della Commissione Europea, il Green Deal «trasformerà l'Unione Europea in una società giusta e prospera, con un'economia di mercato moderna e dove le

una serie di misure volte a rendere più sostenibili e meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia e lo stile di vita dei cittadini europei.

L'emergenza Covid, le numerose morti che, in ogni parte del mondo, si susseguono a ritmo incessante e si concludono, a detta del Foscolo, con una "illacrimata sepoltura", portano con sé l'insegnamento che l'uomo sembra prostrarsi dinanzi ad un microrganismo, lo fa sentire "come d'autunno sugli alberi le foglie", gli nega il valore incommensurabile della

emissioni di gas serra saranno azzerate e la crescita sarà sganciata dall'utilizzo delle risorse naturali». Obiettivo principale è quello di fare la propria parte per limitare l'aumento del riscaldamento globale, che secondo le stime del Gruppo intergovernativo sul cambiamento climatico (IPCC) dell'ONU deve rimanere entro gli 1,5 °C rispetto all'epoca pre-industriale, per non causare danni enormi al pianeta e quindi alla specie umana. Per rispettare questo limite, stabilito dagli Accordi di Parigi del 2015, l'Unione Europea si è impegnata ad azzerare le proprie emissioni inquinanti nette entro il 2050, e a rispettare obiettivi intermedi per il 2030 e il 2040. Da questo obiettivo principale, a cascata, ne derivano altri più specifici. Il primo e più importante sarà quello di rendere più pulita la produzione di energia elettrica, che al momento è responsabile del 75 per cento dell'emissione dei gas serra all'intero dell'Unione Europea (il più famoso dei quali è l'anidride carbonica, la cosiddetta CO₂). Significa soprattutto potenziare la diffusione delle energie rinnovabili e al contempo smettere di incentivare l'uso di combustibili fossili: sarà un problema soprattutto per i paesi dell'Est Europa, dove la diffusione delle energie rinnovabili è ancora limitata. La Polonia, per esempio, ancora oggi ottiene l'80 per cento della propria energia elettrica dal carbone, uno dei combustibili più inquinanti ancora in circolazione: per questa ragione è l'unico paese che non ha ancora accettato ufficialmente di azzerare le proprie emissioni nette nel 2050. In tutti i paesi dell'est la costruzione di centrali a energia solare o eolica è praticamente nulla, a differenza di quello che succede nell'Europa centrale. Un altro obiettivo importante sarà rendere più sostenibili tutta una serie di attività umane che al momento consumano una grande quantità di energia, o che producono una quota eccessiva di inquinamento: significa introdurre nuove regole per costruire o ristrutturare case e industrie in giro per l'Europa, rendere meno inquinanti i processi produttivi, potenziare i trasporti pubblici e su rotaia, promuovere la biodiversità – cioè materialmente proteggere boschi e specie animali dall'estinzione – rendere ancora più diffusa l'economia circolare, e riservare una quota stabilita dei fondi europei per iniziative sostenibili.

libertà e, probabilmente, segnerà un viatico per scelte politiche dei sistemi giuridici.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

PERSIO TINCANI

Un ricordo per José Calvo

PERSIO TINCANI*

Un ricordo per José Calvo

«Como las cosas humanas no sean eternas, yendo siempre en declinación de sus principios hasta llegar a su último fin, especialmente las vidas de los hombres, y como la de don Quijote no tuviese privilegio del cielo para detener el curso de la suya, llegó su fin y acabamiento cuando él menos lo pensaba; porque o ya fuese de la melancolía que le causaba el verse vencido o ya por la disposición del cielo, que así lo ordenaba, se le arraigó una calentura que le tuvo seis días en la cama, en los cuales fue visitado muchas veces del cura, del bachiller y del barbero, sus amigos, sin quitársele de la cabecera Sancho Panza, su buen escudero».

Lo scorso mese di giugno una malattia incurabile e veloce ha messo fine alla vita dell'amico José Calvo Gonzáles, professore ordinario di Filosofia del diritto all'Università di Malaga; aveva compiuto sessantaquattro anni. Così questo spagnolo, dalla figura vagamente cavalleresca, dal baffo antico, grande fumatore, lettore vorace, viaggiatore instancabile tra i due mondi, ottimo commensale, è entrato nel mondo insondabile dei nostri ricordi. Le cose umane non sono eterne, come ci ricorda il brano che apre l'ultimo capitolo del suo amato *Don Chisciotte*, ma forse non è pretendere troppo desiderare che durino un po' di più, o che perlomeno alla fine vi sia più luce.

Come altri amici, avevamo saputo della sua malattia. Una notizia data quasi come un dettaglio, una cosa per la quale non valesse la pena di spender tante parole; tanto sarebbero state inutili, perché è uno di quei casi in cui i medici si trovano nella condizione di pronunciare assieme la

* Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Bergamo.

prognosi e la condanna. E perciò è stato strano per noi ricevere la notizia della sua morte con sorpresa, ma così è stato. Perché della sua malattia sapevamo, del fatto che non vi fosse uscita sapevamo, ma la personalità umana e scientifica di José contraddiceva ogni giorno l'immagine del malato con decorso tanto certo quanto infausto, così che finivamo per dimenticarcene tutti. E da quell'Hidalgo che la sua figura proiettava la morte si viveva come una sfida, ma da non prendersi troppo sul serio, una sorta di duello al convento dei Carmelitani Scalzi. Sì, perché davvero José è stato attivo e “duellante” letteralmente fino alla fine. Il suo ultimo libro è uscito poche settimane prima della sua morte, ma questo può non voler dire molto. Dice molto, invece, sapere che José non ha mai smesso di studiare, di scrivere, di commentare nel giro di pochi giorni (quando non di qualche ora) le cose che i tanti amici gli mandavano per avere da lui un parere o anche una correzione. La sua innata vis polemica, sempre garbata anche quando sosteneva posizioni che considerava non discutibili, era sempre quella di prima; il suo stile a cavallo tra il disincanto e la burla ha continuato a interessarci e a divertirci nei suoi numerosi post sui social network, il luogo dove tutti siamo diventati più prossimi.

Quest'anno, José Calvo sarebbe dovuto venire a Bergamo, con una borsa di studio per docenti stranieri in visita. Sarebbe stato qui a giugno, ma l'emergenza sanitaria della pandemia aveva rimandato tutto all'anno prossimo. La notizia della sua morte è arrivata proprio a cavallo della data in cui, nei nostri piani originari, José sarebbe stato qui in Italia. Non c'è nessun significato che si possa leggere nelle cose che succedono per caso, ma in qualche modo ciò lascia un senso di definitivo: non ci sarà più una visita di José, questa storia si è chiusa.

Nel panorama della filosofia del diritto spagnola José Calvo si era inizialmente distinto per la sua attenzione a questioni connesse all'interpretazione, alla semiotica in generale, e poi alla teoria neoistituzionalistica ed alla teoria del discorso. Di questi interessi sono testimonianza i libri *La institucion juridica*, Università di Malaga, 1986, *El*

dicurso de los hechos, Tecnos, 1993, *Derecho y narracion*, 1996. Ma in séguito, ormai da decenni, aveva concentrato i suoi studi in quell'ambito che dagli anni Settanta in avanti si classifica come "Diritto e letteratura", un panorama di studio vastissimo e stimolante. Si tratta, dovremmo cominciare ad ammetterlo, di un settore che non sempre è praticato con serietà. Sembra talvolta una sorta di *refugium peccatorum*, una provincia tematica nella quale si esercitano gli ingegni orai stanchi del lavoro più propriamente concettuale ed analitico proprio della ricerca filosofica paradigmatica. Forse non possiamo più rimandare la stesura di un manifesto almeno metodologico, ma questo è un altro discorso. A José quella denominazione non piaceva, la trovava ambigua o per lo meno imprecisa: che cosa significa, diritto nella letteratura o letteratura nel diritto? A quel nome tradizionale preferiva quello di "Cultura letteraria del diritto", e spiegava questa sua preferenza con argomenti, appunto, che indicavano una precisa scelta di metodo, di strumenti di analisi. Studiare il diritto è studiare la società, quella stessa società della quale, in modo diverso, la letteratura è lo specchio. Non importa davvero andare a scovare le tracce di diritto in questo o in quel romanzo, ma forse importa di più capire che il diritto e il romanzo sono insieme i prodotti e i costruttori della società nella quale emergono e si stabilizzano: non capire questo significa non capire né il romanzo né il diritto; si potranno imparare, certo, per poi ripeterli a guisa di quei pappagalli ai quali Giovan Battista De Luca paragonava i giuristi dell'epoca sua, nel proemio del *Dottor Volgare*, e alzi la mano chi leggendo quelle righe non ha pensato che quel variopinto piumaggio non vestirebbe a pennello tanti tronfi colleghi (e che almeno qualche volta non lo abbiamo indossato noi stessi, per far prima). A "Diritto e letteratura" sono ascrivibili una importante serie di volumi prodotti da José, tra cui possono menzionarsi *El alma y la ley: Tolstoi entre juristas*, Comunicacion social 2010, *El escudo de Perseo: La cultura literaria del Derecho*, Comares 2013, *La destreza de Judith: Estudios de cultura*

literaria del Derecho, Comares 2018, *Proceso y narracion*, Palestra editores 2019.

José aveva la mente variopinta, che è una cosa diversa. Sia perché aveva costruito in anni di lavoro e di passione una tavolozza sconfinata, ma soprattutto perché colorato, variopinto, era l'atteggiamento con il quale affrontava l'oggetto dei suoi studi. Guardate la sua bibliografia: bastano i titoli per capire che avere un metodo non significa pretendere di tirare in piedi pareti o di tracciare confini, ma al contrario significa possedere e maneggiare uno strumento che permette di passare sopra ogni fossato e di scavalcare ogni recinto, per il puro dovere di guardare che cosa c'è al di là e di capirlo, rendendo il mondo, o almeno *il nostro* mondo, più bello. C'era in José anche il gusto del particolare, potremmo dire ella "maddalena" proustiana e dell'osservarla, e godersela nella descrizione con un affanno quasi fenomenologico. E se Proust fosse stato precursore di Husserl? José sembrerebbe annuire, là dove per esempio si esercita in un saggio sui passaggi in cui Kafka descrive la mano, e l'importanza che questa, la mano, può avere nell'estetica del grande scrittore di Praga. José fu anche ospite del dottorato giuridico catanzarese, al quale contribuì con un bel seminario, ancora una volta su temi di "diritto e letteratura".

E così torniamo da dove siamo partiti, da Cervantes: le cose degli uomini non sono eterne e ciascuna di esse si svolge fino al suo definitivo compimento. Di quello che è stato, niente resta, niente sopravvive se non nella memoria – scriveva un altro, un paio di millenni fa – e la memoria è per noi ascoltare cose che ormai non suonano più, o vedere cose ormai buie. Ci sono quei libri negli scaffali, e c'è questo ultimo libro di José che adesso è ancora troppo presto per leggere. E non c'è nessuna gioia nell'urna, perché non è vero che l'eredità di affetti è in grado di portarvene. C'è solo la memoria, questa finzione dalla quale ci facciamo ingannare perché fingiamo di credere che sia un modo per truffare il tempo. È tutto quello che abbiamo, e non è poca cosa. O così speriamo.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MATTEO MONTI

**Affrontare la *vexata quaestio* della secessione
rifuggendo dai dilemmi morali: una prospettiva
interdisciplinare**

C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO (a cura di),

*Between democracy and law: the amorality of
secession*, Routledge, New York, 2019



Affrontare la *vexata quaestio* della secessione rifuggendo dai dilemmi morali: una prospettiva interdisciplinare

C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO (a cura di), *Between democracy and law: the amorality of secession*, Routledge, New York, 2019

Il libro “Between democracy and law: the amorality of secession” è un volume collettaneo che parte da una premessa precisa e fondante: nei contributi del volume i processi secessionisti sono studiati e analizzati senza focalizzarsi sul dato della moralità/immoralità della secessione. Si tratta di una premessa importante e non banale in un’epoca in cui le spinte secessioniste hanno condotto parte della dottrina a posizioni non agnostiche o influenzate da fattori contingenti. In altre parole, ci si trova davanti ad una sorta di dichiarazione di intenti, che esprime un antefatto metodologico chiaro. La disamina dei processi secessionisti svolta in questo volume rifugge sia dalla ricerca dei fondamenti morali della secessione come diritto, sia dall’esposizione di quelli correlati all’indivisibilità dello stato come principio supremo, concentrandosi così sul dato positivo e sulle modalità con cui il fenomeno secessionista può e viene affrontato negli ordinamenti contemporanei. Come esplicitato dagli Autori «[t]his does not imply confining morality to a sort of pre-legal and pre-political sphere or considering moral claims irrelevant, however. Simply, we try to go beyond this debate about the moral justification of secession and in this sense we assume that there might be a margin for an amoral (i.e. non-moral) approach to the relationship between democracy and law»¹. La suddetta

* Dottore di ricerca in diritto pubblico comparato alla Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.

¹ C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO (a cura di), *Between democracy and law: the amorality of secession*, Routledge, New York, 2019, 1.

premesse consente anche di tenere insieme sensibilità diverse e studiare ed esplorare il tema da varie prospettive e angolature; un altro importante elemento di questo volume è infatti quello della interdisciplinarietà che connota il lavoro.

Il libro si divide in quattro sezioni, la prima riguardante il nesso fra democrazia e secessione, la seconda incentrata sugli strumenti di democrazia diretta usati o utilizzabili per esprimere una volontà secessionista e le ultime due dedicate rispettivamente al ruolo degli attori non istituzionali (movimenti) nei processi secessionisti e ad alcuni casi studio specifici.

La prima parte si apre con il contributo di Costanza Margiotta che analizza il fenomeno della secessione e della sua legalità, ricercandovi una base giuridica positiva e analizzando nel mentre in maniera critica i pilastri della *democratic theories of secession*. In correlazione con il capitolo precedente Joxerramon Bengoetxea si concentra sui caratteri normativi dell'evento fattuale della secessione, da una "norm-user perspective", cercando di leggerlo attraverso una ricostruzione dogmatica che non si chiuda in sé stessa in maniera autoreferenziale. Secondo una diversa prospettiva Carlos Closa si sofferma sulla distinzione fra democrazia e principio maggioritario, evidenziando come la risposta ai processi secessionisti non possa esaurirsi con un ricorso a un voto. Il contraltare ideale del discorso di Closa è il capitolo a firma di Daniel Innerarity e Ander Errasti, i quali sottolineano che se è senz'altro vero che la democrazia non corrisponde e si esaurisce con il momento elettorale, ossia il voto, la stessa non può non tenere in considerazione la volontà delle maggioranze di determinate unità subterritoriali.

La parte seconda del libro si concentra di conseguenza sul principale strumento usato o invocato dalle maggioranze secessioniste per ottenere l'indipendenza, ossia lo strumento per eccellenza della democrazia diretta: il referendum. In continuità con le problematiche sollevate dai contributi della prima parte, gli autori di questa seconda sezione appuntano la propria

attenzione su come uno strumento teso ad esprimere una mera maggioranza numerica contingente, quale è il referendum, potrebbe inserirsi nella gestione di una un processo secessionista in una democrazia costituzionale. È proprio da questo aspetto che Giuseppe Martinico parte per esplorare come lo strumento del referendum, se inquadrato in un complesso sistema di limiti democratici, analogamente a quanto accaduto nella *Reference Re Secession of Quebec*, potrebbe essere usato in una funzione anti-populista. Stéphane Beaulac, in linea con quanto scritto da Martinico, approfondisce il tema della “maggioranza chiara”, prerogativa richiesta dalla *Reference Re Secession*, ossia uno degli aspetti più spinosi correlati alla pronuncia canadese inerente la legittimità costituzionale di una secessione. Infine, compiendo una sorta di zoom out, Matt Qvortrup analizza in quale modo e a quali condizioni a livello internazionale risulta più agevole il riconoscimento della legittimità di un referendum secessionista, aggiungendo all’analisi costituzionalista una componente di realismo politico.

L’uso dello strumento referendario non può tuttavia essere circoscritto a un mero momento di voto o ad una semplice questione procedurale, essendo i risultati fortemente influenzati da attori che istituzionali non sono. In questo senso la parte terza del volume si apre con lo studio di Donatella della Porta, Francis O'Connor e Martín Portos che centrano il proprio contributo su come sia avvenuta la mobilitazione delle (quasi) maggioranze secessioniste nei casi prototipi catalano e scozzese. Mattia Guidi e Mattia Casula guardano invece ai tentativi di esternalizzazione della questione secessionista catalana e al ruolo giocato dall’Unione Europea, con attenzione alla narrazione posta in essere anche sui social networks dai movimenti secessionisti.

La quarta parte, infine, evidenzia come il legame fra secessione e democrazia non si esprima in maniera uniforme, soprattutto fuori dai paradigmi statali o in quegli ordinamenti non ascrivibili alla tradizione giuridica occidentale. In questo senso risulta di grande interesse l’analisi di

Nikos Skoutaris sul rapporto fra Brexit e secessione, correlata a quella di Luigi Crema sulla questione dell'annessione della Crimea.

Seguendo questa impostazione, il libro risulta caratterizzato da una metodologia chiara, volta ad affrontare il tema della secessione senza guardare alle sue implicazioni morali, anche se come evidenziato da Margiotta questo non significa rinunciare a considerazioni altre rispetto a questo tema: «I am convinced that secession is frightening because we have not been able to think about politics beyond the state. In fact, if carried through to its extreme consequences, secession may result in the end of the state: secession if applied ad infinitum may dissolve the system of states»². Se tuttavia è vero che un diritto alla secessione – l'*ultimo diritto* come scriveva l'autrice anni fa³ – potrebbe portare alla fine del sistema westfaliano, Margiotta ricorda anche come le dinamiche secessioniste attuali porterebbero solo alla ricostituzione del paradigma statale con altri confini. E allora se «secession is not a status but a process»⁴ come scrive Bengoetxea, è forse altrettanto vero che una teoria della secessione dovrebbe accettare, almeno fin tanto che ciò sia possibile, la “symmetric divisibility” – ossia la possibilità di ulteriori secessioni all'interno del territorio– di cui parla Carlos Closa (con tutti i problemi che ciò comporta in un ordinamento multilivello come quello UE, secondo quanto rilevava l'Autore già qualche anno fa⁵. Come sottolineato da Innerarity e Errasti, dunque se la secessione va letta come un processo, “Decide on what?” diventa allora la domanda da porsi. E in tal senso non può che apprezzarsi la sezione tematica sul referendum. In particolare la lezione della *Reference*

² C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO, op. cit., 10.

³ C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁴ C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO, op. cit., 32.

⁵ C. CLOSA (a cura di), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union: Troubled Membership*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Re Secession of Quebec – su cui il libro di Delledonne&Martinico⁶ – è analizzata da quest’ultimo in una chiave inedita, ossia attraverso il suo potenziale anti-populista. Ed è proprio una precisa ricostruzione di questo istituto - che tenga conto della complessità della decisione da sottoporre al corpo elettorale e dell’enorme impatto che essa potrebbe avere – che porta Beaulac ad analizzare “*Why searching for “majority”*” e “*What, How Much and How Many*”. Contraddistingue questo lavoro collettivo questa attenzione alla “complessità”, che pervade tutto il volume, e che contrappone una lettura multiforme della questione secessione alla semplicità della narrazione posta in essere da molti movimenti secessionisti, che semplificano in maniera esponenziale una questione che possiede come poche altre tutti quei crismi che caratterizzano la complessità della realtà contemporanea. E d’altronde se nell’era delle critiche di Edgar Morin⁷ a visioni mono disciplinari e lineari appare necessario un apporto trasversale (transdisciplinare) ai diversi temi, questo libro vi risponde con le analisi di Qvortrup, di della Porta & O’Connor & Portos e di Guidi & Casula. Infine i contributi sui casi di studio di Skoutaris e di Crema contribuiscono alla creazione di un approccio che coinvolge anche la prospettiva del diritto europeo e di quello internazionale, rispetto allo studio di una tematica troppe volte ridotta e risolta nel *derecho a decidir*, come mero momento di espressione del corpo elettorale.

A voler trovare un limite e un difetto a questo volume, che di meriti invece ne ha molti – dalla metodologia prescelta all’approccio interdisciplinare, con l’apporto di politologi, filosofi del diritto, sociologi, comparatisti, internazionalisti etc.-, si potrebbe evidenziare come nella sezione relativa al referendum e nelle successive parti, non si tenga abbastanza in conto di un fattore che appare rilevante, sia in relazione allo

⁶ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO (a cura di), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, Palgrave, Londra, 2019.

⁷ E. MORIN, *La testa ben fatta. Riforma dell’insegnamento e riforma del pensiero*, Raffaello Cortina, Milano 2000.

svolgimento delle campagne elettorali che per la mobilitazione di forze “anti sistema”⁸, ossia il ruolo giocato dalla Rete e dalle Internet platforms nella polarizzazione dell’elettorato e nella propaganda secessionista.

Si tratta, in conclusione, di un volume molto interessante che, raccogliendo il contributo di diversi saperi, concorre sicuramente ad approfondire un tema di stringente attualità, secondo una chiave di lettura interdisciplinare che aiuta a delineare aspetti dei processi secessionisti e di gestione degli stessi che spesso sfuggono agli approcci del diritto costituzionale e comparato. Tuttavia, forse, è la stessa premessa da cui parte il volume – quella dell’amoralità – il lascito più importante dello stesso, poiché risulta utile per affrontare un tema centrale per molte democrazie multinazionali senza tuttavia perdersi in dibattiti e visioni irreconciliabili circa il fondamento morale della secessione.

⁸Per molto tempo rimaste confinate ai margini del dibattito pubblico, su cui si veda R. WEILL, *Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity Clauses Worldwide*, in *Cardozo Law Review*, 40/2018, 905 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

ATTILIO ALESSANDRO NOVELLINO

A proprio agio nell'Altro

B. C. HAN, *Che cos'è il potere?*, Nottetempo, Milano,
2019, pp. 135

ATTILIO ALESSANDRO NOVELLINO*

A proprio agio nell'Altro

B. C. HAN, *Che cos'è il potere?*, Nottetempo, Milano, 2019, pp. 135

La difficoltà preliminare di ogni studio sul potere è legata alla problematicità della definizione del suo oggetto. E in questa operazione l'analisi potrebbe paradossalmente risolversi.

Se anche Niklas Luhmann, uno fra i più influenti studiosi contemporanei del fenomeno, è costretto a riconoscere che il potere, almeno in parte, è fondato sul fatto che «non si sa esattamente cosa esso sia»¹, ciò significa che la questione definitoria investe allora la sfera argomentativa costituendone anzi elemento centrale.

Alla confusione teorica derivante dalla coesistenza di nozioni giuridiche, politiche e sociologiche del potere tra loro confliggenti o antitetiche, Byung-Chul Han, docente di Filosofia e Studi Culturali alla *Universität der Künste* di Berlino nonché autore di acuti saggi critici su diversi aspetti della società contemporanea, cerca di porre rimedio attraverso la configurazione di una teoria del potere analitica quanto flessibile.

“Che cos'è il potere?”, che può essere considerato il punto di partenza della produzione intellettuale del coreano e precede cronologicamente le altre sue opere, essendo stato pubblicato originariamente in lingua tedesca nel 2005, si muove sui temi classici della filosofia politica e fornisce una

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

¹ B. C. HAN, *Che cos'è il potere?*, trad. it. di S. Buttazzi, Nottetempo, Milano, 2019, p. 7.
Sul punto si veda N. LUHMANN, *Klassische theorie der macht. Kritik inher Prämissen*, in *Zeitschrift für Politik*, 2, 1969, 149.

comparazione dei principali teorici occidentali del potere fra cui Luhmann, Hegel, Nietzsche, Schmitt, Arendt, Foucault.

Attraverso l'analisi critica del pensiero filosofico contemporaneo Han esamina il potere secondo un aspetto logico, semantico, metafisico politico ed etico elaborando una personale nozione di potere che si dimostra capace di far luce su aspetti non immediatamente evidenti del suo modo di operare nella società.

Messa a fuoco una formula di base che consente di individuarlo nelle molteplici forme del suo manifestarsi, il filosofo coreano di lingua e cultura tedesche, sottrae il potere alla retorica e alla staticità di certe trattazioni scientifiche presentandolo come un fenomeno della forma e dello spazio, capace di fendere trasversalmente le relazioni umane.

Se diverse sono infatti le possibili combinazioni dei suoi elementi strutturali, numerose le porte attraverso le quali può avere accesso al comando, variabile l'intensità della sua trasmissione, unica è la finalità del potere: occupare uno spazio (*Raum*) nell'Altro.

Il potere istituisce un luogo che è allo stesso tempo fisico e metafisico.

Per chiarire il legame esistente tra potere e dimensione spaziale, senza per questo abbracciare le teorie del potere elaborate dai due filosofi tedeschi dai quali anzi si discosta nettamente², Han cita Carl Schmitt e Martin Heidegger.

L'archetipo di ogni procedimento giuridico istitutivo di un ordinamento e l'origine di ogni diritto è, secondo Schmitt, l'occupazione territoriale. Solo la conquista rende la terra propriamente luogo, crea uno spazio di diritto attraverso una localizzazione³. Il riferimento al luogo ricorre nell'analisi del potere compiuta da Martin Heidegger che si propone

²Una scarsa capacità di approfondire la spazialità del potere secondo Han contraddistingue la teoria del potere di Schmitt quanto quella di Heidegger, entrambi giudicati altresì incapaci di valutare l'aspetto produttivo e positivo del potere e della tecnologia come espressione dell'umana ricerca del potere.

³ C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it. di E. Castrucci, Adelphi, Milano, 1991, 27-28.

di indagarlo nella sua essenza da un punto di vista metafisico⁴. Il termine *Ort*, luogo, indica infatti originariamente la punta della lancia, estremità che «riunisce attirando verso di sé»⁵, il potere rivela una tendenza alla riduzione verso l'Uno. Nella visione heideggeriana ciò che è riunito sembra potersi liberamente dispiegare nel suo essere facendo riferimento solamente al *nomos*, all'ordinamento generato dal luogo senza alcuna violenza, per Han invece la capacità di attirare tutto a sé rimanda all'ipseità del potere, al suo radicale volersi. Le forze che affluiscono verso la punta della lancia formano un *continuum* la cui stabilità varia in ragione dell'intensità della mediazione, costrizione violenta e subordinazione irrompono nel luogo del potere a causa di una mediazione carente. La teoria di Heidegger secondo Han si rivela incapace di cogliere questo passaggio.

Il filosofo coreano ritiene che ogni struttura del potere, la proprietà come il capitale, la sovranità come l'istituzione, presupponendo l'ipseità del luogo, sia ipsocentrica. Questo rende la localizzazione un fenomeno del potere.

Il luogo così inteso non è necessariamente legato alla terra, nell'epoca della globalizzazione lo spazio digitale rappresenta oggetto di appropriazione e conquista da parte delle strutture di potere transazionali ed economiche. Il mercato globale opera tramite una localizzazione non terranea.

Il potere instaura una relazione complessa che non risponde alla causalità e che il modello coercitivo non riesce pienamente a descrivere.

Se già su un piano biologico la vita sembra sottrarsi alla logica causa-effetto poiché all'impulso esterno deve conseguire una reazione indipendente che, tramite un intervento o una decisione interna all'organismo, inneschi un processo organico, la vita intellettuale nel cui

⁴ M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, trad. it. di A. Caracciolo, Mursia, Milano, 1959.

⁵ Ivi, 45.

registro si sviluppa il rapporto di potere non può essere analizzata secondo una prospettiva lineare.

Tra *Ego* e *Alter*, figure classiche la cui relazione rappresenta per Han paradigma epistemologico per l'analisi delle dinamiche di potere, può instaurarsi una continuità attraverso la quale il primo riesce a sentirsi a proprio agio nel secondo, portare a compimento le proprie decisioni e tornare a sé in questo, secondo un movimento che richiama quello dello spirito in Hegel⁶.

Sebbene questa possibilità possa realizzarsi anche mediante la costrizione, perché *Ego* disponga stabilmente di un *continuum* del sé, di uno spazio confortevole nel quale la presenza dell'Altro non gli impedisca, dopo essersi propagato, anche di riconoscersi tornando a sé, è necessario far ricorso alla mediazione.

Non è possibile, dunque, guardare al potere come un campo di tensioni i cui poli antitetici sono libertà e costrizione.

Costrizione e libertà appartengono alla gamma delle possibili manifestazioni del potere rappresentandone gli estremi e si collocano lungo una linea di trasmissione alimentata dalla mediazione.

Laddove la mediazione è carente si rende necessaria l'imposizione. Nel caso in cui essa sia invece del tutto assente il potere è costretto a far ricorso alla violenza. O meglio la violenza lo sostituisce poiché non rendendo possibile alcuna continuità interiore tra *Ego* ed *Alter* si colloca all'esterno del perimetro del potere. La violenza riduce la complessità, interrompe bruscamente qualsiasi relazione comunicativa, si rivolge all'Altro senza riconoscergli alcuna dignità, tenta di eliminarne l'agire, punta «alla

⁶ La logica che presiede la religione in Hegel è logica di potere, Dio edifica un *continuum* che non ammette alcuna interruzione e non conosce alterità nella quale non riesca a sentirsi a proprio agio. Il potere si pone dunque a «fondamento della religione».

B. C. HAN, op cit., 81.

completa cancellazione dell'alterità»⁷. Una continuità forzata si rivela però fragile.

Il potere si dimostra capace di saper selezionare strategie ben più sottili per avvicinare l'Altro operando, nel tentativo di raggiungere una stabilità nel controllo profonda e radicata, secondo modalità che possono avvicinarsi a quelle della seduzione.

Non a caso Han, dopo aver collocato il potere nell'ambito proprio delle strutture della comunicazione, seguendo in questo il percorso tracciato da Luhmann, impiega la sua nozione *medium* comunicativo simbolicamente generalizzato, cioè codice di simboli generalizzati che regola la trasmissione di prestazioni selettive e che, agendo in supplezza rispetto al linguaggio, svolge una funzione ulteriore di motivazione suggerendo l'accettazione di prestazioni altrui e rendendole prevedibili, per giungere ad un approdo teorico differente.

Il potere secondo il coreano non tende alla neutralizzazione della volontà ma su questa opera, plasmandola e orientandola in suo favore.

«Non è il “devo comunque”, bensì il “voglio” a dimostrare che in campo vi è un potere superiore. La risposta a questo tipo di potere non è infatti un “no” interiore, ma un enfatico “sì”»⁸.

Per ottenere ciò non ha bisogno di richiamarsi alla sanzione negativa, il potere deve conquistare l'anima dell'Altro, colonizzare il suo volere, trasudare dalle sue stesse azioni.

Il correttivo proposto consente ad Han di profilare come potere libero anche quello operante nelle più alte sfere della socialità.

Un'organizzazione che dispone di una elevata concentrazione di potere, quale è l'ordinamento giuridico nella sua configurazione statuale, sebbene possa scegliere di ricorrere alla violenza o di utilizzare la coercizione per rispondere alle violazioni di legge, non per questo può dirsi basata sulla sanzione.

⁷ Ivi, 32.

⁸ Ivi, 10.

Nello stato di diritto non è la violenza ad essere «precondizione di un verificarsi positivo del potere»⁹ bensì è la legge a renderlo possibile, a fungere da strumento operativo dell'ordinamento giuridico, a orientare l'individuo verso l'obbedienza e non verso il crimine, a edificare i contorni della sua libertà, «il diritto è il mio volere, la mia stessa azione, la mia libertà»¹⁰.

Il diritto, strumento attraverso il quale lo stato realizza il *continuum* del sé che gli consente di agire senza dover impiegare la forza ma aggregando, come un catalizzatore, nessi selettivi improbabili, è un esempio evidente della produttività del potere, caratteristica che Han mette in luce allontanandosi dall'estremismo nichilistico e distruttivo di cui spesso è accusato.

La lettura che il pensatore coreano offre del pensiero di Nietzsche in merito al rapporto tra potere e giustizia apre una prospettiva luminosa.

Sebbene la teoria del potere del filosofo della volontà di potenza sia a tutti gli effetti una polemologia, animata com'è dall'impeto del sé, dalla tensione alla sopraffazione, riduca anche l'espressione linguistica comunicativa e l'operazione concettuale dell'attribuzione di senso a tentativi di invadere l'Altro o piegarne la volontà, essa sviluppa una dialettica che si proietta oltre il sé.

Conquista, sfruttamento e offesa connotano l'esperienza umana della vita ma ripugnano la «calma dell'anima forte», la cui riflessione, contrassegno di nobiltà e virtù, scopre qualcosa di più elevato a cui tendere.

Un potere di vasto orizzonte, capace di conoscere l'emozione più delicata, di volgere lo sguardo verso ciò che è piccolo, di esprimere affabilità

⁹ Ivi, 25.

¹⁰ Ibidem.

mite «nei confronti del tanto, del vario, del restante o del vagante», che «a ognuno, vivo o morto, reale o pensato, vuol dare il suo»¹¹. La giustizia.

Attraverso un movimento contrario a quello che a sé tutto attrarre, la giustizia opera sul potere cercando di allentarne la tensione verso l'Uno. Essa potrebbe essere paragonata ad una lente che consente allo sguardo del potere di acquisire maggiore profondità, penetrare nelle cose e allo stesso tempo dominarle dall'alto, cogliere le sfumature, farsi sensibile ai dettagli, mitigarsi, rendersi affabile, accettare persino di rinunciare al giudizio. Il giusto tende ad un'affabilità sconfinata, è pronto a mettere in discussione la propria convinzione, è disposto all'ascolto e al sostegno dell'Altro.

Precisati gli aspetti logici e semantici, chiarito che del potere la giustizia potrebbe essere allo stesso tempo contraltare etico e manifestazione liminare, qualche cenno si rende necessario sul piano politico e su quello metafisico.

Pur essendo espressione dell'agire di concerto e collocandosi in una dimensione legata alla comunicazione orientata all'intesa che nella *polis* trova la sua localizzazione, in accordo con il pensiero di Arendt e con la lettura che ne offre Habermas¹², il potere, secondo Han, nella sua configurazione politica non può essere del tutto compreso, se di esso si trascura l'elemento strategico.

«La comunicazione politica non si può separare dall'azione strategica», la prassi politica quale atto inteso a «plasmare o influenzare attivamente l'agire comune»¹³ non asseconda solamente la tensione alla

¹¹ Han cita a questo proposito di F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, trad. it. S. Giametta, Adelphi, Milano, 1975, p. 276. e *Umano troppo umano I e Frammenti postumi 1876-1878*, trad. it. M. Montinaro e S. Giametta, Adelphi, Milano, 1975, 303.

¹² A tal proposito Han cita ¹² H. ARENDT, *Sulla violenza*, trad. it. di A. Chiaruttini, Mondadori, Milano, 1971. e J. HABERMAS, *Profili politico-filosofici*, trad. it. di L. Ceppa, Istituto italiano per gli studi filosofici, Guerini e Associati, Milano, 2000.

¹³ B. C. HAN, op. cit., 11.

socialità razionale attraverso le forme di una comunicazione orientata all'intesa ma persegue interessi o valori ben precisi.

La trasmissione di informazioni operata sul piano politico non può mai essere separata dall'azione strategica, in questo senso l'azione politica ha sempre a che fare col potere ed è caratterizzata dal bilanciamento, dal compromesso, nel senso etimologico del termine di decisione rimessa al vaglio di un arbitro, più che dalla ricerca del consenso. La politica è quindi pratica del potere e del decidere e nelle sue manifestazioni più elevate genera un *continuum* inteso alla propagazione e all'affermazione del sé collettivo scaturente dall'accordo, dal conflitto o dall'intreccio delle volontà e delle relazioni umane nelle quali si dipana la dialettica della storia.

Ciò che resta costante nelle diverse manifestazioni del potere è dunque il tentativo di spingere il sé in uno spazio esterno nel quale sentirsi a proprio agio e quindi essere libero nell'Altro. Non sono solamente libertà e potere ad essere legate però alla dimensione relazionale, essa è condizione dell'essere. Tanto per Tillich, che secondo Han precede Arendt nell'elaborazione della tesi del potere scaturente da un progetto di azione collettiva, quanto per Hegel¹⁴ l'esistenza dell'essere può darsi solo là dove esso è circondato dall'Altro e a contatto con questo, resistendo alla tensione negativa in lui evocata dalla relazione, resti se stesso. Perdersi nell'altro vuol dire continuarsi anche mediante tensioni negative, autodeterminarsi a fronte di una negazione interna ed esterna.

Alle lucide figure sulle quali Hegel edifica il suo pensiero Han riconosce il merito di aver messo in luce un isomorfismo tra soggetto e oggetto, una prossimità concettuale che non consente di considerarli distinti e che l'interiorizzazione può far coincidere. Attraverso la conoscenza, la ragione consente all'universale di manifestarsi nella totalità che riunisce

¹⁴ A tal proposito Han rimanda a P. TILlich, *Die sozialistische Entscheidung*, 1956, in *Gesammelte Werke, vol. 2: Christentum und soziale Gestaltung, Frühe Schriften zum Religiösen*, Evangelisches Verlagswerk, Stuttgart, 1962 e G. W. F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, trad. it. di V. Cicero, Bompiani, Milano, 2000.

soggetto e oggetto in un *contium* entro cui, se la mediazione è intensa, non c'è violenza ma verità.

L'unità compatta dell'essere, condizione in cui solo gli animali possono continuamente esultare, che non ammette separazioni, spaccature, che non riconosce alcuna distinzione tra sé e l'Altro, non rappresenta l'unica esperienza esistenziale interdotta al potere, come sostenuto da Bataille¹⁵ che agli occhi di Han perviene a questa conclusione attraverso l'ingenua proiezione di un'immagine umana sull'animale.

La condizione più adatta per la fioritura di una continuità dell'essere che non faccia sparire forme e differenze, nella quale nulla resta isolato e l'Altro può farsi al contempo Io, è secondo Han la «*profonda stanchezza*»¹⁶ dello spirito affabile che unisce e concilia l'umanità nei suoi «istanti estremi», evocata nel *Saggio sulla stanchezza* di Peter Handke¹⁷.

Se esistesse davvero un legame fra ovvietà, oblio e dimensioni del potere¹⁸, se stanare il potere, portarlo fuori dai suoi nascondigli volesse dire sancire l'inizio del suo declino, a un lavoro come quello di Byung-Chul Han bisognerebbe quantomeno riconoscere la virtù del coraggio.

¹⁵ G. BATAILLE, *Teoria della religione*, trad. it. di R. Piccoli, SE, Milano, 1995.

¹⁶ B. C. HAN, op. cit., 86.

¹⁷ P. HANDKE, *Saggio sulla stanchezza*, trad. it. di E. Picco, Garzanti, Milano, 1991, 52.

¹⁸ HAN cita in proposito U. BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, trad. it. di C. Sandrelli, Laterza, Roma-Bari, 2010.