



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

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



ISSN 2421-0730

NUMERO 1 - GIUGNO 2021

FASCICOLO 1

INDICE

MASSIMO LA TORRE, *Editoriale, Il lavoro “liquido”, l’algoritmo, e la società delle mascherine* pag. 4

ANDREA PORCIELLO, *Presentazione* pag. 15

SAGGI

WILLIAM E. SCHEUERMAN, *Constitutional Democracy and the Imperial Presidency in the United States* pag. 20

DANIEL INNERARITY, *El desafío democrático de la pandemia* pag. 35

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI, *Democrazia e post-verità* pag. 48

SALVATORE BERLINGÒ, *Laicità «pos-moderna» nella nuova Europa: un itinerario performativo dell’amicizia (euro)mediterranea?* pag. 63

VALERIA CICONTE, *Emergenza Covid-19: stato dell’arte sulle sperimentazioni e sull’obbligo di vaccinazione* pag. 78

ELISABETTA ERRIGO, *Spunti critici in tema di tutela della Privacy nei rapporti di diritto sportivo* pag. 98

LUCIANA LA BANCA, *Autonomia privata e atipicità delle sanzioni civili: la configurabilità di una clausola penale pura* pag. 114

ALESSANDRO MANFREDI, *Big Tech e trattamento dei dati personali. Il caso WhatsApp e la sentenza Schrems II* pag. 157

MARIA LAURA GUARNIERI, *Sulla nozione di titolo esecutivo europeo* pag. 176

ANDREA PORCIELLO, *Una giustificazione metaetica del valore intrinseco della natura: il soggettivismo sofisticato (una variante)* pag. 218

MARIA CARLOTTA RIZZUTO, *L’impresa agricola tra tradizione e innovazione* pag. 248

LORENZO SINISI, *La disciplina canonica del fenomeno confraternale dal Medioevo agli inizi dell'Età contemporanea: brevi note storico-giuridiche* pag. 275

AQUILA VILLELLA, *I poteri del proprietario tra regole astratte, interessi concreti e diritto comune delle situazioni patrimoniali* pag. 293

ATTILIO ALESSANDRO NOVELLINO, *La devianza. Dalla genesi scientifica del concetto all'ipotesi di un modello alternativo di società* pag. 305

DISCUSSIONE

ANNACHIARA CARCANO - FRANCESCO MANCUSO, *In cauda beneficium: le sfide post-globali e la pandemia*. M. PANEBIANCO, *Lo Stato post-globale. Ascesa e resistenza dello Stato globale Covid-free*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 pag. 324

CHARLIE BARNAO, *Nazismo e managerial science. Una relazione pericolosa* pag. 341

LUIGI MARIANO GUZZO, *L'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici, tra diritto canonico e diritto dello Stato* pag. 359

JOSÉ LUIS VILLACANAS BERLANGA, *Sobre lo justo, la justicia, y el Derecho. A propósito del libro de Massimo La Torre, Il diritto contro se stesso*, Olschki, Florencia, 2020 pag. 377

CRONACHE

JACOPO VOLPI, *Cronaca del seminario «Italian Life. Un romanzo sull'Italia del presente (e la sua università)»* pag. 399

RECENSIONI

VINCENZO OMAGGIO, *Crisi del positivismo giuridico e crisi del diritto In dialogo con Massimo La Torre*. M. LA TORRE, *Il diritto contro se Stesso*. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi, Leo S. Olschki, Firenze, 2019 pag. 411

EMANUELE GUARNA ASSANTI, *The "Public Corporate Governance" in Italy: from a company-based perspective to "a public shareholder" vision*. G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016 pag. 419

CHIARA PIZI, *Le motivazioni umane alla base della transizione verso la sostenibilità: un'analisi interdisciplinare*. F. EKARDT, *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Springer Nature Switzerland AG, 2020 pag. 429

MARIELLA ROBERTAZZI, *Il diritto tra colpa e pena*. U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, 2019 pag. 435

IVAN VALIA, *A proposito di bilanciamento e sistema delle fonti*. L. DI CARLO (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 170 pag. 447

MICHELE ZEZZA, *Il transumanesimo e i suoi limiti*. F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 pag. 457



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

Massimo La Torre

Editoriale

Il lavoro “liquido”, l’algoritmo, e la società delle mascherine

MASSIMO LA TORRE*

Editoriale

Il lavoro “liquido”, l’algoritmo, e la società delle mascherine

Siamo ancora dentro il tunnel della pandemia, anche se pare di intravedere ora uno sprazzo di luce che ci segnala l’uscita. Le vaccinazioni proseguono, e le infezioni altalenanti risultano meno letali, almeno in questa nostra bene o male privilegiata parte del mondo occidentale. E tuttavia è difficile riuscire a pensare che tutto tornerà come prima, come prima che il COVID-19 facesse la sua tragica apparizione sulla scena delle nostre esistenze. Mi pare possa ora dirsi che il Novecento è finito proprio qui, nel 2020, con la pandemia, e non nel 1989, con la caduta del muro di Berlino. Invece di un “secolo breve” – come lo etichettava Eric Hobsbawm, lo storico britannico¹ – allora si dovrebbe piuttosto parlare del “secolo lungo”, un secolo che si prolunga oltre il Novecento².

La fine di un’epoca e l’arrivo di una nuova è segnalato da novità nella vita quotidiana, e da differenze di immagine e di condotta sociale. Il Novecento si caratterizza per esempio per l’imporsi dell’uniforme militare di campagna, verde in genere, funzionale, rispetto a quelle colorate, e sempre cerimoniali, dell’Ottocento. Accadde subito dopo l’agosto del 1914 allorché le truppe francesi dai pantaloni rossi sgargianti si rivelarono un bersaglio perfetto per le armi dei soldati tedeschi. Dal rosso si passò rapidamente all’uniforme grigio-azzurra del *poilu*, il soldato semplice francese che sarà macellato in massa sul fronte occidentale. E dopo la Grande Guerra le lunghe trecce delle donne si tagliarono e le acconciature si fecero più agili, capelli corti, e con la chioma si tagliò anche la gonna, e questa non strascicò più per terra. Gonne corte, ed anche giacche corte per gli uomini; niente più redingote che arrivava fin quasi al ginocchio. E poi l’imporsi almeno nelle città più importanti del traffico di automobili. Le carrozze pian piano sparivano dal paesaggio urbano. Le barbe e i favoriti venivano dismessi dai visi dei giovani europei ed americani. E così al walzer si contrapponevano altre danze e musiche, il jazz, il ritmo, il

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

¹ E. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l’era dei grandi cataclismi*, traduzione di B. Lotti, Collana Storica, Rizzoli, Milano, 1995 (ed. orig: *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Michael Joseph ed., London, 1994).

² Cfr. anche G. ARRIGHI, *The Long Twentieth Century: Money, Power, and the Origins of Our Time*, Verso Books, London, 1994.

movimento sincopato. Tutto ciò sanciva una nuova modernità, un diverso stile, rispetto al romantico e serio Ottocento. E dopo il secondo conflitto mondiale il rock'n roll è uno sviluppo della rivoluzione musicale introdotta dal jazz, una sua rielaborazione. L'arte e la musica si danno come "avanguardia", rottura della regola, e la ricerca del "nuovo" diventa quasi ossessiva in ogni forma artistica.

Il passaggio del capo del 1989 non comporta modifiche sostanziali a questo paesaggio culturale. Vi sono, certo, grandi capovolgimenti politici. Socialismo e Stato sociale sembrano ora non essere più supportati dallo spirito del tempo, ma la vita quotidiana, almeno nell'Europa occidentale, non subisce troppi soprassalti. Se non fosse per la presenza di migranti, di stranieri, degli "extracomunitari", sempre crescente. Ma insomma c'era stata qualche anno prima la grande ondata migratoria dei contadini del Meridione italiano verso il più prospero Settentrione industriale. L'emigrazione è tutt'altro che un fatto nuovo. Dal secondo dopoguerra però si alimenta l'idea che col 2000, anzi forse già con gli anni Ottanta, si entrerà in una nuova società dai tratti avveniristici, forse inquietanti come nel 1984 di Orwell. Il nuovo millennio è la soglia per un nuovo mondo. E c'è la promessa delle macchine volanti, delle automobili che volano, com'è il futuro raffigurato per esempio in un film che nutre l'immaginario del nuovo millennio, *Blade Runner*: replicanti e macchine che volano. Ma la promessa delle automobili con le ali non è stata finora mantenuta.

Varcato il nuovo millennio il nostro paesaggio urbano rimane inalterato; così anche la nostra vita quotidiana. Se non fosse per computers e smartphones. Questi ultimi soprattutto, che ci accompagnano costantemente, e che sempre abbiamo in mano, e guardiamo, e digitiamo, fanno la differenza. Di maniera che, se arrivasse un Lillipuziano e dovesse rispondere alla domanda che cosa è quello strano oggetto su cui siamo sempre chini, e su di esso dovesse scrivere un rapporto al suo monarca, probabilmente direbbe che si tratta di un idolo, della immagine di un dio. Stessa risposta che si dette riguardo all'orologio da tasca di Gulliver. E sì perché quell'oggetto era sempre fissato, in adorazione sembrava all'osservatore lillipuziano, prima di compiere una qualche azione importante. E stessa cosa oggi accade a noi col telefonino, permanentemente tenuto in mano e compulsato.

Ma la grande novità oggi, quella ancora più evidente, è data dalla mascherina. Una foto delle nostre strade e della nostra vita adesso ci ridà indietro la presenza di visi celate da maschere, anzi mascherine. È la protezione contro il virus che ci è stata raccomandata e prescritta, e noi

l'accogliamo di buon grado. È una prescrizione che seguiamo, più o meno volentieri. Non ci guardiamo più gli uni agli altri in faccia. La mascherina sul nostro volto ci fa grosso modo tutti uguali. Alla socialità si impone una ulteriore distanza, e questa ha ora un modo essenziale di "sciogliersi" per un verso (dandoci uno spazio senza mascherina) e di densificarsi per altro verso (aumentando e certificando la distanza), ed è la rete, la comunicazione mediante lo schermo, fornita da varie piattaforme informatiche, zoom, meet-google, ecc. Si lavora in tanti da casa, davanti al computer e ci si parla e ci si guarda dinanzi al telefonino. Interminabilmente rinchiusi dentro quello che una volta era il nostro spazio più privato e che ora è divenuto l'unica nostra efficiente sfera pubblica. Il privato si è fatto d'un colpo tutto pubblico. Ma non sembra possa dirsi che valga anche il contrario.

Lenin pare dicesse che il comunismo era equivalente ai soviet più l'elettrificazione del paese. Noi potremmo ora affermare che il futuro che è presente, il nuovo secolo, il ventunesimo, è la mascherina più il computer, o lo smartphone, una congiunzione di oggetti che fanno a settica la nostra vita di relazione, in cui siamo separati doppiamente, da uno schermo luminoso e da un cencio su bocca e naso. Ci si vede ma non ci si vede veramente, elettronicamente e igienicamente, secondo una cifra che pare annunciare l'avvento di un ordine "immunitario", nel quale tra l'altro la mancanza di contatto è l'unico modo di salvarsi e di proteggersi. L'autonomia si trasforma in assoluta privatezza, ed anzi addirittura solitudine, confinamento, persino abbandono. In questa nuova congiuntura la condizione umana si altera in quella che la modernità ha portato al centro della sua esperienza: il lavoro.

In un libro debordante di intelligenza David Graeber³ ci presenta il fenomeno dei *bullshit jobs*, i "lavori inutili", "assurdi", o "lavori spazzatura", occupazioni di cui si fa fatica a cogliere il senso e l'utilità, come ormai proliferano nella nostra organizzazione dell'economia e della vita sociale. I *bullshit jobs* possono dividersi in almeno due categorie, lavori che vendono una merce o una prestazione di cui si sa l'inutilità o la ridondanza, o addirittura la nocività. E questi non sono una vera novità nel paesaggio capitalistico. Vi sono poi i lavori che mancano di senso proprio, collocandosi nella serie sempre più lunga e farraginoso e "insensibile" e immateriale dei passaggi burocratici che si sono ora moltiplicati nell'organizzazione dell'azienda e delle amministrazioni, già che tutto, dal settore privato a quello pubblico, è ora concepito come gestione razionale di informazioni, secondo logiche di direzione manageriale e in vista di

³ D. GRAEBER, *Bullshit Jobs*, Simon and Schuster, New York- London, 2018.

risultati numericamente catalogabili. Il *bullshit job* è per esempio tipico di quelle agenzie che affibbiano bollini di “qualità” a tutto ciò che si muove nella società e che in questa intraprende azioni, e che ora “monitorano” la produzione di documenti e il passaggio di questi e la loro elaborazione all’interno di una struttura di lavoro, il cui risultato non viene però valutato secondo le conseguenze pratiche di questa, bensì a partire solo dalla documentazione che attesta il lavoro e il suo corretto formato. Il lavoro “immateriale”, il cui prodotto non né un artefatto concreto né un vero e proprio “servizio”, dispiegandosi in gran parte nelle nuvole del mondo digitale, ed incrociandosi con la ricaduta burocratica di questo mondo algoritmizzato, dunque inflessibilmente regolato, finisce per farsi insensato.

Si tratta invero dell’introduzione di una nuova specifica forma di governabilità, o di governance, parola ora tanto alla moda che sostituisce l’obsoleto termine di “governo” o quello anch’esso diventato antico di “amministrazione”, o quell’altro, per certi versi dal suono più umano, di “gestione”. Per ottenere un qualsiasi risultato bisogna riempire di formulari, mettere una x su caselle varie, attaccare degli allegati, apporre firme. E del pari per essere valutati si passa nuovamente da questa trafila. E con l’affermarsi dell’informatica, o di pari passo con lo sviluppo di questa, una tale minuta burocratizzazione della vita si diffonde per ogni dove e si fa più rigida, meno interpellabile, inflessibile. Si passa ora dall’algoritmo. Bisogna inserire un *identity name*, inserire ancora una password, si riceve sul telefonino un codice, va inserito il codice, e poi ancora altre informazioni riservate, la propria data di nascita, il codice fiscale, poi è necessario l’IBAN, e se ci si sbaglia una volta tutto ricomincia daccapo, e ci si sbaglia il PIN o il codice tutto si blocca. Salta e bisognerà passare da un centralino di telefono, che è un computer e che ti risponde mediante una voce metallica dettata da un algoritmo. E questo per quasi ogni contatto con la banca, l’agenzia delle entrate, per una borsa di studio, per comprare una cosina per internet. O per avere un biglietto aereo, uno ferroviario, per fissare una visita medica. E poi per ottenere un riconoscimento del lavoro fatto e del proprio merito, oppure per insegnare un corso, per stabilire un orario di lezioni, per gestire una sessione di esami laurea, per dare voti agli studenti. Per non parlare poi di un concorso.

Il *bullshit job* è quello che si produce e si universalizza negli interstizi di questo sistema burocratico ed anonimo, rispetto al quale la “gabbia d’acciaio”, preannunciata da Max Weber agli inizi del secolo scorso, sembra cosa da ragazzini. In particolare, questo, il *bullshit job*, è una specie di meta-lavoro, si presenta spesso nella forma di un “servizio”, non di una forma di

produzione di qualche bene. Ma si tratta di un servizio mediato, indiretto, la cui utilità risulta distante dall'esperienza dell'operatore che la compie la prestazione. È una prestazione che serve altre prestazioni, in quanto le riorganizza, le rivaluta, le rappresenta e le calcola, e le proietta in qualche documento più o meno ufficiale. Alla fine, allora, il meta-lavoro diventa più importante del lavoro. Valutare e organizzare l'insegnamento diventa più importante dell'insegnamento stesso. Quest'ultimo quasi scompare dal panorama, e invece si ha a che fare con l'agenzia e gli agenti della valutazione, i consulenti, i vari passacarte, i centralinisti, i gestori della rete, i programmatori dell'algoritmo. Lo stesso vale per altre aree di lavoro pubblico e privato, per la salute per esempio, dove la prestazione sanitaria effettiva è accompagnata da una massa sempre più pesante di meta-prestazioni di controllo e gestione e revisione burocratica. Ovviamente sempre in nome della efficienza della prestazione, la quale però è calcolata secondo criteri meramente aziendali. Ma anche la ragioneria, disciplina, se si vuole, solida, antica, cede al sopravvento del marketing o del planning, o di tante altre "operazioni" ricoperte di magnifici e rimasticati vocaboli inglesi dietro i quali si cela però nuovamente il *bullshit job*.

Marx aveva anticipato qualcosa di simile allorché parla della merce come feticcio. La "merce", il prodotto della forma capitalistica di produzione, una volta entrata in circolo nel mercato altamente concorrenziale, assume un valore proprio al di là del suo valore d'uso. Il valore d'uso, mercificato, e poi feticizzato, si impone innanzitutto sul valore-lavoro. Ciò tra l'altro, questa feticizzazione che passa nelle relazioni mercato, dove il prodotto assurge alla dignità incontestabile di feticcio, si accompagna ad un elevato e radicale processo di burocratizzazione. A riprova, se mai ce ne fosse bisogno, e confermando le tesi di Karl Polanyi, che il mercato non è un fungo che si produce spontaneamente nell'evoluzione dell'economia, bensì è il risultato di un processo di disciplinamento del mondo sociale. La proprietà e il mercato delle terre, e il lavoro salariato vendibile come merce, si dà tra l'altro in Inghilterra, perché ci sono le *enclosures*, le espropriazioni, o diremmo oggi le "privatizzazioni" dei *commons*, le terre un tempo di proprietà comune, dove i contadini potevano liberamente e collettivamente coltivare e portare le bestie a pascolare. Il Circumlocution Office di cui parla Dickens nel romanzo *Little Dorrit*, un enorme ufficio della burocrazia britannica del primo Ottocento, è un anfiteatro labirintico in cui si accumulano le carte e queste passano da una stanza all'altra, ma nulla avviene veramente nel mondo esterno, se non ostacoli e divieti. Ed è il tempo glorioso del capitalismo manchesteriano, del

libero mercato nascente e selvaggio, della cosiddetta “accumulazione primitiva” del capitale.

Il mercato altamente concorrenziale e le privatizzazioni mai finite ed instancabilmente perseguite nell’Unione Europea hanno come contraltare una massa di decisioni delle corti di Lussemburgo e una miriade di direttive ed altre prescrizioni, regolamenti, ecc., della Commissione europea. Non c’è mercato libero senza una potente burocrazia – questo è l’insegnamento di Karl Polanyi⁴ ripreso a suo modo dall’ordoliberalismo, il quale ultimo punta tutto su questa santa alleanza di due fenomeni che sembrerebbero a prima vista tra loro in conflitto. E la più o meno gentile supervisione legalistica del mercato ha un effetto rilevante, ed a suo modo rivoluzionario, sulla natura del lavoro che ora ci tocca. Trionfa il meta-lavoro, che è quello che si fa per soddisfare la governabilità della supervisione burocratica. E questo è un lavoro “liquido”, poiché ad esso non corrisponde infine un prodotto capace d’avere valore d’uso. Si passerà più tempo a programmare e disegnare e normare e riempire dei registri d’una qualsiasi attività che a portare a termine e curarsi dell’attività medesima. Allora, come dice David Graeber, «one ends up spending so much more time picking, assessing, monitoring, and arguing about what one does than one spends actually doing it»⁵.

La pandemia radicalizza tutto ciò. Il lavoro a distanza, mediante la intermediazione dello schermo e del computer, si fa ancora più lontano dalla “realtà effettuale”. Si dematerializza in senso quasi assoluto. La sua natura di meta-lavoro si dà già nella sua mancanza di riferimento materiale ad una socialità condivisa con gli altri su un medesimo spazio fisico. Il valore del lavoro diviene così ancora più astratto ed incerto, ed è consegnato esclusivamente alla valutazione della eventuale operazione di *auditing*, o all’impatto che esso ha su un ulteriore passaggio astratto, nel vedersi riflesso ed inserito in un tabulato o in un a tavola numerica di Excel.

Com’è noto, Hannah Arendt considera il lavoro all’interno di una più generale visione di ciò che è l’azione umana. Nel suo importante saggio *On Human Condition*⁶ la studiosa tedesca ci presenta una tripartizione, ormai famosa, dell’azione umana, della *vita activa* dell’uomo comune impegnato nel mondo, contrapposta tradizionalmente alla vita contemplativa del sapiente astratto dal mondo. La *vita activa* si darebbe essenzialmente nella

⁴ K. POLANYI, *The Great Transformation*, Farrar & Rinehart, New York, 1944.

⁵ D. GRAEBER, *Bullshit Jobs*, cit., p. 183.

⁶ H. ARENDT, *On Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958.

forma del lavoro, labour, dell'opera, work, e dell'azione, action. Lavoro e opera sarebbero retti da una razionalità strumentale. La condotta lì realizzata avrebbe un fine esterno alla condotta medesima, la quale risulterebbe essere così solo un mezzo per conseguire un risultato concreto. Nel "lavoro" il risultato è il mantenersi in vita; mentre nell' "opera" si tratterebbe di uno specifico oggetto. L'"azione" in senso stretto, l'action, l'azione, sarebbe invece retta da una razionalità non-strumentale, giacché qui il fine dell'azione in senso lato sarebbe il compimento della stessa azione. In un certo senso, l'"azione" della Arendt sarebbe l'unico tipo di condotta umana collettiva a soddisfare l'esigenza della seconda formulazione dell'imperativo categorico di Kant, per cui l'essere umano va sempre trattato come fine e mai solo come mezzo.

Ora, il "lavoro" sarebbe l'azione che consiste nella messa a punto della riproduzione del ciclo vitale degli esseri umani, il lavoro agricolo come esempio preminente. L'opera sarebbe la produzione di un artefatto, che è anche il risultato di un "disegno", di una forma ideata, per esempio il piano di una casa, o il design di un oggetto. L'azione in senso stretto, l'"azione", sarebbe per esempio ed essenzialmente la politica, od anche, se si vuole, una rappresentazione teatrale, o l'esecuzione di un brano musicale da parte di un'orchestra. Il diritto in questa tripartizione si collocherebbe nella dimensione dell'"azione"; è infatti eminentemente una pratica, non un oggetto.

Il lavoro salariato si darebbe allora qui o nella forma del lavoro in senso stretto, "labour", o in quello dell'opera, del "work". Si tratterebbe di un'azione penosa, faticosa, che avrebbe come fine in genere un certo oggetto o una cosa. Si tratterebbe di un travaglio, di una esperienza dolorosa, che si pensa per certi versi prossima al travaglio di un parto, il quale pure ha poi come esito un "prodotto", l'espulsione – se si vuole – del feto che è ora qui il nuovo nato. Il lavoro sembra così avere come modello il parto, o una certa idea di questo. Ce lo dice ancora una volta David Graeber: «The word production comes from a Latin verb meaning "to push out": so the image seems to be that just as women push out babies fully formed, factories are a kind of male imitation of childbirth»⁷.

In questa concezione del lavoro, comunque contrapposto alla "vita activa", che si sostanzia solo nell'azione, non rientra una parte essenziale di ciò che è pur tuttavia attività lavorativa, la cura, il servizio prestato agli altri. Così che alla concezione del lavoro, work essenzialmente, ritagliata sul

⁷ D. GRAEBER, *Anarchy-In a Manner of Speaking: Conversations with Mehdi Belhaj Kacem and Assia Turquier-Zauberman*, Diaphanes Anarchies, Zurich, 2020, p. 19.

parto sfugge paradossalmente ciò che finora è stato considerato il lavoro tipico della donna, il prendersi cura della casa, del figlio, del vecchio, del marito. Il lavoro come espulsione di oggetti si presta alla quantificazione. Non calcolabile numericamente è invece la cura, che più che alla quantità di un prodotto, si commisura alla qualità del servizio fornito. Invero, si potrebbe riconcettualizzare l'insieme dell'esperienza del lavoro come esperienza della cura. L'operaio in fabbrica allora sarebbe un soggetto che si prende cura della macchina, così come il contadino servirebbe e curerebbe la terra. Ma questa riconcettualizzazione urta contro un'attribuzione di valori che si vuole monetizzabile, ovvero quantificabile numericamente, per "prodotti", "pezzi", e "prezzi", unità di conto e di valore messe a disposizione di colui che le vuole registrare, contabilizzare, e acquisire e consumare. Si ricordi che l'unità di riferimento (e la giustificazione finale) del mercato è per l'appunto il "prezzo", che si sostituisce al valore d'uso ed a quello lavoro, mediante un più o meno misterioso rinvio alla soddisfazione di una preferenza egocentrica. E così, significativamente, in sintonia con questa vera e propria *Weltanschauung*, l'agenzia nazionale che valuta la ricerca dell'università in Italia, elabora la cosiddetta VQR, la Valutazione della Qualità della Ricerca del singolo docente, a partire di una serie di "prodotti" di questo. È come allora se ad ogni docente venisse attaccato un "prezzo".

Nondimeno, nonostante l'astrattezza del "prezzo", il labour e il work operano nel mondo empirico; l'operaio e il contadino toccano e plasmano le cose. Si sporcano, si bagnano di sudore, si macchiano di liquami e liquidi di vario tipo, si impregnano di vari odori. Talvolta dunque puzzano, e le loro mani finiscono per farsi ruvide, callose; il loro visi bruciati dal sole, o dall'altoforno. Questo qualche volta pure li uccide. Ma la società industriale matura, dove alla fabbrica si sovrappone la borsa, ed ancor più quella post-industriale, rifuggono dalla fisicità. Il valore economico non è fornito dal lavoro, come rozzamente credevano Lincoln e Marx, e forse più Lincoln che Marx, e ancora in parte può leggersi nell'articolo 1 della Costituzione repubblicana italiana. Il valore nello scambio del mercato, che sopravviene al fatto della produzione, è reso astratto, e lo si lega e misura alle preferenze marginali che si danno nell'incontro di domanda ed offerta. La dottrina "marginalista" più che scienza invero è ideologia, espellendo il lavoratore dallo spazio economico, e facendo come figura fondativa e giustificatrice di questo spazio l'acquirente, il consumatore. Valore economico di una cosa non è più l'uso, come sembrava essere nella società contadina, ma nemmeno il lavoro, come si illude sia la società operaia. È il valore di un

consumatore dentro un gioco di mercato, e si sostanzia nella scommessa che un certo profitto potrà farsi nel futuro. Il lavoro scompare dalla determinazione del valore, così anche la materialità della cosa, che si fa merce-feticcio. Sopravvenienza superiore è poi il danaro a sua volta "lavorato", trasformato in una merce ancora più astratta e distante. Ciò mediante la triturazione, la "macellazione", e dei debiti e delle ipoteche e la loro ricomposizione in titoli di borsa, in una specie di salsicce finanziarie, "derivati", il cui valore è tutto ipotetico e fondato in buona sostanza su una scommessa, una fantasia ed un'immagine di ricchezza.

In un'altra sua ricerca⁸ David Graeber definisce il "valore", «the false coin of our dreams», la moneta falsa dei nostri stessi sogni. Il valore, e il valore economico non pare fare eccezione, è dunque la proiezione di un nostro "fantasma", una cosa desiderata, un "sogno" per l'appunto, nella società neoliberale d'oggi una certa idea di "ricchezza" che si fa permanentemente (ora soprattutto con lo schermo del computer o dello smartphone) baluginare davanti ai nostri occhi. Il lavoro è retrocesso come produttore di lavoro, rispetto invece alla capacità d'essere una merce, un oggetto delle nostre brame (l'incremento di soddisfazioni dei "marginalisti"), brame lanciate nel tavolo di gioco d'una arrischiata partita di poker dove le fiches sono in buona sostanza le ore della nostra esistenza.

Tutto ciò si sospinge verso una meta-realtà che infine trova nello "spettacolo" il suo suggello. Si ricordi a questo proposito l'incipit de *La Société du spectacle* (Paris 1967) di Guy Debord: «Toute la vie des sociétés dans lesquelles régnent les conditions modernes de production s'annonce comme une immense accumulation de spectacles». E lo spettacolo "precipita" e si condensa nello schermo e nella resa elettronica dei rapporti sociali. In tale contesto il lavoro diventa "liquido", perde la sua solidità, l'aggancio alla materialità del mondo che ci circonda ed alla socialità che lo tiene insieme, e si scioglie al fuoco del desiderio del consumatore e delle leggi del mercato. Questo quadro si radicalizza nella situazione presente, nella quale l'astrattezza del valore del lavoro e del suo prodotto, trova l'ulteriore giustificazione dello schermo e della mascherina. L'anonimità del lavoro, la sua "digitalità", ne esalta la liquidità, l'immaterialità e l'asocialità, ma anche ce lo rende opaco ad una operazione di empatia. Mentre ci si può ancora identificare col contadino o con l'operaio della fabbrica, pur non essendolo noi, assai più difficile risulta collegarsi simpaticamente ad un soggetto che ci si presenta con la voce metallica di un

⁸ D. GRAEBER, *Toward an Anthropological Theory of Value. The false coin of our own dreams*, Palgrave, New York, 2002.

centralino telefonico, con una lettera accompagnata a un formulario da riempire, o vestito di uno scafandro e con mascherina che non ci fa vedere il viso e la fatica. Si fa fatica a riconoscere umanità ad una firma digitale.

Tutto è schermato. Di maniera che l'universo pandemico, che questo schermo accentua e rende più rigido, ed onnipresente, invece di indurci all'empatia dell'altro, del lavoro, e della fatica, alla fratellanza verso il prossimo, sembra poter avere l'effetto contrario, distanziandoci ulteriormente dall'umanità tutt'altro che virtuale di chi ci aiuta e lavora per noi. Lo schermo digitale pare non poter darci contezza e riflettere il valore della cura. E la solidarietà, se filtrata dall'algoritmo, si fa mero adempimento burocratico.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

ANDREA PORCIELLO

Presentazione

1/2021

ANDREA PORCIELLO*

Presentazione

È ormai da qualche anno che ho l'onore di scrivere le presentazioni dei nuovi numeri di *Ordines*, la presentazione che mi accingo a scrivere, però, è per me diversa dalle altre, ha un significato del tutto speciale. Sì, perché *Ordines* nel frattempo è "cresciuta", ha ottenuto un riconoscimento importante e, almeno in parte, insperato, la tanto agognata Fascia A nell'Area 12, Scienze giuridiche. Importante perché, benché l'accettazione ed il riconoscimento non siano tutto, di certo rappresentano un aspetto importante del lavoro accademico. In effetti, non esiste autore, a prescindere da quale sia il suo campo d'interesse, che non desideri essere riconosciuto (e se è possibile apprezzato) quantomeno dalla comunità degli studiosi che si occupano di problemi e di tematiche simili. Non è una questione di vanità, o forse lo è soltanto un po', è piuttosto una questione di "sentirsi parte" di qualcosa, di poter condividere una passione con persone che parlano la stessa lingua, in fin dei conti è una questione di "non sentirsi soli". Perché, di converso, l'isolamento, la lontananza, benché quando coltivate per brevi periodi possono favorire la ricerca e la concentrazione che essa richiede, quando divengono distacco definitivo dalla comunità spesso producono frustrazioni, anche e soprattutto scientifiche.

Ebbene, è proprio questo lo spirito con cui abbiamo appreso la notizia del conseguimento della Fascia A: non si tratta di un trofeo da esporre in bellavista, ma del segnale che attraverso il lavoro fatto in questi anni siamo riusciti ad offrire un contributo alla nostra comunità di riferimento e che questa comunità riconosce adesso *Ordines* come un luogo in cui poter dialogare ad alto livello di diritto. Le riviste scientifiche, in fondo, si realizzano per gli altri, non per sé stessi, perché servono, oltre che a contribuire al dibattito, proprio a far questo, ad unire, a coinvolgere, a favorire lo scambio delle idee e delle relazioni, a creare "appartenenze". E *Ordines*, e tutto il lavoro che essa ha richiesto in questi anni, credo concretizzi tali ambizioni, o almeno questa è la mia speranza.

Un risultato che è poi anche insperato visto che la rivista voluta e pensata da Massimo La Torre, come lui stesso ama spesso dire, consiste in

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

un'impresa che è "artigianale", "fatta in casa", che si è nutrita e che continua a nutrirsi delle energie di un gruppo di giovani e generosi collaboratori che in modo disinteressato hanno messo a disposizione le loro abilità ed il loro lavoro con l'unico obiettivo, numero dopo numero, di rendere *Ordines* un prodotto, per quanto è possibile, sempre migliore. E a quanto pare, in un momento in cui tutto sembra essere burocratizzato, industrializzato, fatto in serie, questo approccio "artigianale e casalingo" sembra aver pagato, da iniziale necessità è divenuto virtù, cifra stilistica, consentendo fra l'altro una libertà ed una flessibilità altrimenti impensabili. In questo senso, mi piace pensare che *Ordines* in fondo non ha "padroni", è semplicemente ciò che vuole essere, ossia una rivista che trova nella filosofia del diritto il proprio nucleo tematico fondamentale, ma che è pronta ad accogliere volentieri contributi aventi ad oggetto il diritto positivo, l'economia, la sociologia purché siano scritti in modo intelligente e adottino un angolo visuale attento a ciò che intanto avviene in Europa e nel mondo.

Benché abbiamo pensato e costruito la rivista in modo artigianale, oltre che in "provincia", fin dall'inizio abbiamo cercato di rifuggire i localismi, abbiamo tentato di pensare in grande sia per ciò che concerne la sua organizzazione, sia per quanto riguarda i suoi contenuti. Il modello adottato ha certamente risentito dell'influenza del nostro dottorato di ricerca, anch'esso fatto in casa e con risorse esigue, ma che negli anni ha ospitato teorici del diritto, giuristi ed economisti di fama mondiale. Non è un caso, dunque, che la rivista, benché ancora giovane, preveda oggi un prestigioso comitato scientifico internazionale ed un nutrito comitato editoriale, giovane e dinamico, rappresentativo di tante importanti università italiane. E quanto ai contenuti, siamo lieti di constatare che sempre più spesso giungono in redazione proposte di pubblicazione anche dall'estero, soprattutto in inglese ed in spagnolo. La mia personale speranza è che *Ordines* continui ad essere ciò che è stata fino ad ora, che possa mantenere la sua artigianalità nell'organizzazione, la sua libertà nei suoi contenuti e che sempre di più possa dare voce e spazio agli studiosi più giovani, italiani e stranieri, nei quali riponiamo massima fiducia.

Se tutto ciò suonasse eccessivamente autocelebrativo, pregherei il lettore di cogliere in queste poche parole ciò che esse realmente vogliono manifestare, ossia la sincera felicità nel vedere una "nostra" creatura muovere i primi passi nel mondo accademico e addirittura riscuotere i primi, e speriamo non ultimi, consensi.

Il numero che qui mi accingo a presentare è assai ricco e vario.

L'apertura è affidata come di consueto a Massimo La Torre e al suo *Editoriale*, questa volta dedicato ad alcune importanti conseguenze della pandemia e della sua gestione, *in primis* ai vari schermi (mascherine e monitor) dietro i quali siamo costretti oggi a "nasconderci" e ai lavori inutili, i *bullshit jobs* di cui parla Graeber, che, negli interstizi di questa esistenza immunizzata, anonima e burocratizzata, si stanno diffondendo ogni giorno di più con grande rapidità.

I primi tre saggi sono dedicati alla democrazia e ad alcune delle sfide che essa è chiamata a sostenere nel mondo politico contemporaneo. In particolare, William E. Scheuerman, in *Constitutional Democracy and the Imperial Presidency in the United States*, prende in considerazione la democrazia statunitense ed alcuni suoi atavici e congeniti problemi strutturali, tali da farla apparire agli occhi dell'autore, non come un modello democratico da seguire, ma come una democrazia limitata, una quasi democrazia. Daniel Innerarity, nel saggio *La sfida democratica della pandemia* esplora, invece, le limitazioni, questa volta contingenti, poste alla democrazia contemporanea in tempo di emergenza pandemica, quella che l'autore definisce "pandemocrazia". E Francisco Javier Ansuategui-Roig, nel contributo *Democrazia e post-verità*, si concentra sul rapporto tra verità e democrazia ed in modo particolare sul tipo di verità cui una democrazia contemporanea può realisticamente aspirare.

Nel solco di questi saggi, Salvatore Berlingò, nel suo contributo dal titolo *Laicità «pos-moderna» nella nuova Europa: un itinerario performativo dell'amicizia (euro)mediterranea?*, ci parla di uno dei fondamentali presupposti di qualunque assetto politico che possa essere definito come democratico, il presupposto dell'amicizia, declinata innanzitutto nei termini di ospitalità e di apertura alle differenze.

Nel saggio di Valeria Ciconte *Emergenza Covid-19: stato dell'arte sulle sperimentazioni e sull'obbligo di vaccinazione* si affrontano alcuni importanti problemi legati alla situazione pandemica, in particolare relativamente ai vaccini e alla prospettiva della loro obbligatorietà.

Di seguito abbiamo collocato quattro saggi di area civilistica e processual civilistica: Elisabetta Errigo si è occupata di tutela della privacy nei rapporti di diritto sportivo, Luciana La Banca di autonomia privata e atipicità delle sanzioni civili, Alessandro Manfredi di privacy e trattamento dei dati personali e Maria Laura Guarnieri della nozione di titolo esecutivo europeo.

In questo numero, peraltro per la prima volta, ho proposto un mio contributo relativo alla questione ambientale, il suo titolo è, *L'idea di valore*

intrinseco della natura: una giustificazione metaetica. E ancora di ambiente, in modo particolare di agricoltura sostenibile, si occupa Maria Carlotta Rizzuto nel contributo *L'impresa agricola tra tradizione e innovazione.*

La sezione "Saggi" si chiude con i contributi di Lorenzo Sinisi sulla disciplina canonica del fenomeno confraternale, di Aquila Villella sui poteri del proprietario, di Attilio Novellino sulla devianza sociale.

Nella sezione "Discussione" troviamo i lavori di Annachiara Carcano e Francesco Mancuso, che hanno commentato il recente testo di Massimo Panebianco *Lo Stato post-globale. Ascesa e resistenza dello Stato globale Covid-free*, di Charlie Barnao sulla relazione (pericolosa) tra nazismo e scienza manageriale, di Luigi Mariano Guzzo sull'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici, ed infine, quello di Villacañas Berlanga sull'ultimo libro di Massimo La Torre dal titolo *Il diritto contro se stesso.*

Nella sezione "Cronache" Jacopo Volpi ha scritto in merito al seminario di dottorato che si è svolto a Catanzaro il 17 maggio 2021 sul tema «Italian Life. Un romanzo sull'Italia del presente (e la sua università)», con l'autore Tim Parks.

A conclusione del numero, come di consueto, consistente spazio è poi dedicato alle recensioni. In particolare, Vincenzo Omaggio ha offerto la sua lettura del libro di Massimo La Torre *Il diritto contro se stesso*, Emanuele Guarna ha recensito il libro di Giovanni Maria Caruso *Il socio pubblico*, Chiara Pizi ha commentato il testo di F. Ekaradt, *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics*, Mariella Robertazzi si è occupata del lavoro di Umberto Curi dal titolo *Il colore dell'inferno*, Ivan Valia ha commentato il volume curato da Leonardo Di Carlo *Bilanciamento e sistema delle fonti* ed infine Michele Zezza ha recensito il libro di Fernando H. Llano Alonso, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo.*



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

WILLIAM E. SCHEUERMAN

Constitutional Democracy and the Imperial Presidency in the United States

ABSTRACT - This paper seeks to relate some of the events surrounding the 2020 US elections – and the Trump presidency more generally – to what are viewed as congenital problems of the US American version of constitutional democracy, which is thus described as a system of limited democracy with extensive minority rule. The US constitutional system, it is further argued, potentially offers the basis for transforming US limited democracy into a much more unambiguously authoritarian system.

KEYWORDS - President of the United States, Limited Democracy, Minority Rule, Authoritarian Populism, Presidency of Donald Trump

1/2021

WILLIAM E. SCHEUERMAN*
**Constitutional Democracy and the Imperial Presidency
in the United States****

My plan for this talk is pretty simple: I would like to offer a *post-mortem* on the US elections. I realize everybody on the planet has been talking about these elections and I suspect, like me, you are sick of doing so. I understand that fully, but what I want to try to do is relate some of the things that we've seen since November to what I would view as congenital problems of the US American version of constitutional democracy, which I'm going to describe as a system of *limited democracy* with extensive minority rule. And I'm loosely taking this term, *limited democracy*, from Friedrich Hayek's *Law, Legislation and Liberty*, where he advocates severe limitations on popular rule. I'm going to suggest that in the US we have something that increasingly has come to look like Hayekian limited democracy.

I will need to focus on the bad news, despite the fact that this is Inauguration Day, and we have a new government in the US. But first some good news. The US presidential election last November was characterized by massive turnout, 66.7%, despite all the difficulties of voting in the United States. One should not underestimate those difficulties: given COVID, given voter suppression, people sometimes had to file complicated paperwork to vote by mail, etc. It was often very difficult to vote. They had to wait, as I did with my wife, for over an hour in a long line, with COVID raging out of control. You might say that 66.7% is mediocre by global standards. That's true. But as you'll hear in a few moments, there are structural aspects of the US system which discourage voting. It's not just that we're somehow naturally apathetic: there are institutional sources for our low turnout rates.

Biden's victory turns out to be very solid by historical standards, 51.3% to 46.8%. As you know, there was also this very important race in Georgia, a US Senate race, also historically unprecedented. The core of the old Confederacy elected a progressive African-American and a young progressive Jewish candidate, with massive African-American turnout. So, there's some good news, of course, and also, of course, good news that today in the US we'll have a new government.

* Professor of Political Science at Indiana University.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima

But there's also bad news, as I said. Obviously, Donald Trump's historically unprecedented failure to concede, his refusal to cooperate with his successor in the least—indeed: to impede the new government—his reliance on falsehoods to delegitimize the election results, his alliance with right wing media and social media to foment conspiracy theories. I just saw that even today 70% of Republican voters think the election was rigged in favor of the Democrats. And then, last but not least, Trump's crucial role in egging on Republicans to reject the election outcome and foment uncivil disobedience. Quite rightly, the media is calling the January 6th events an «insurrection». But even after he incited mob violence, over 100 Republican House members still voted to overturn a free election; a handful in the Senate did as well.

Unfortunately, I don't think Trump or Trumpism will disappear. Trumpism is the US variant of *authoritarian populism*. And like other variants of authoritarian populism—and of course, you're familiar with this in Europe, in Italy and elsewhere—it has many social-economic, social-psychological and political roots. None of these roots are likely to vanish in the near future. The term that I really have come to like is from an Italian historian who teaches in the US, Enzo Traverso. He speaks of *post-fascism*. I don't think he does a very good job developing the term theoretically, but I think it's useful because the point he's making is that these are movements of the far right which occupy very similar, if not the same, space as mid-century fascist movements. But, of course, they're different, just as contemporary leftist parties are very different from mid-20th century versions of socialism and social democracy. They've had to adapt; they've had to update, and I think this is what we're seeing. And again, Trumpism is a variant of this.

One interesting question for which the US will serve as a real-life experiment is this: to what extent do these movements rely on specific charismatic leaders and figureheads? There's some really interesting literature on this: political scientists and sociologists suggest you need to have this kind of leader as a kind of embodiment of these movements. When, of course, the leader's charisma is challenged, when it's not corroborated—this is an old theme you can find Max Weber talking about—this poses a problem not just for the leaders, but for the movements. This is something we'll be able to learn more about in the US context. Can Trumpism survive, in other words, Trump's electoral defeat? If Trump opts not to run again for the presidency, can somebody else successfully pick up Trumpism's torch?

1/2021

However, that's not really what I'm mostly interested in today. The main question I want to put on the table is this: how has the US constitutional system allowed for and perhaps invited Trumpism? How has it opened the door to authoritarian populism? It is not a mere accident, just to start with a simple fact, that an authoritarian populist was able to take power in the US without having won the popular vote. (As you know, he got 46.1% in 2016, and he got a little bit more this time.) The main thesis that I want to try to defend today is that Trump, Trumpism, and the specter of authoritarian populism which he has come to represent in the US, all highlight the structural vulnerabilities of the specifically US version of constitutional democracy, which I describe as a system of limited democracy, with far reaching possibilities for minority rule.

The fundamental problem is that the US constitutional order includes too many deeply anti-popular and anti-democratic elements. This fact is crucial for understanding what's going on. The US system is actually less democratic, less popular than it was at the time of the US founding, which is truly astounding, since, of course, the US founding happened in 1789. The US represents a kind of *Model T*—you all know what the Model T is, this wonderful Ford model that was universally sold all over the place—it's the Model T version of liberal democracy. We are an old democracy, of course. This Model T version has undergone some updates. We have a kind of Mercedes Benz muffler, let's say, attached to it. We've had all kinds of fancy repairs over the years. Nonetheless, the system as a whole is increasingly incongruent with any defensible ideas of modern democracy. Like the Model T, our democracy was innovative at one historical juncture, but it now lags badly behind democratic developments elsewhere.

More recent democracies, including your own, have been able to learn and adapt from recent political experience. There are historical learning experiences which have been institutionalized in your systems. The built-in constitutional rigidity of the US system—I'll say more about this, we have perhaps the most rigid system of constitutional amendment on the planet—makes this kind of learning and adaptation extraordinarily difficult; this is a huge problem. So, let me address what I will call the constitutional basis of authoritarian populism—in other words, how the US constitutional system potentially invites authoritarian populism.

Just to clarify—again, an obvious point, but I think I should make it nonetheless—every liberal democracy (this is partly why we call them *liberal* democracies) contains anti-majoritarian features. There are checks and balances and anti-majoritarian decision-making mechanisms, of

course. However, these elements in the US system increasingly outweigh the system's more democratic elements. This imbalance is now so great that we effectively have a system of limited or narrowly circumscribed democracy, in other words: minority rule.

Now, of course, there are robust basic rights protections in the US, a thriving civil society, a strong system of free speech. There are many flourishing liberal elements and of course, there are still some democratic elements. But the system's anti-majoritarian elements seem ascendant.

So, where then can we see how the system invites authoritarian populism? This is my main claim: Trumpism illustrates the system's flaws and its possible perils. Indeed, as I'll note in just a moment, what's frightening about all of this is that it's not far-fetched to suggest that some smarter version of Trump might have been much more dangerous. He or she might have succeeded in destroying some of the democratic fundamentals of the US political system.

Let me start by talking about gerrymandering, our ridiculously partisan system by means of which electoral districts are created. They're created by state legislatures, and there are very few restrictions on them, which basically means that the state legislatures can game the system to suit their immediate political preferences. I'm living in the very conservative state of Indiana. It's considered a solidly *red state*, as we say. Nonetheless, the Democrats in most elections—state, federal elections—end up with between 42 and 48% of the votes. Nonetheless, our congressional representation is now seven Republicans and two Democrats, because our Republican state legislatures have set up these districts in such a way as to neutralize the votes of the opposition. So, this is a problem and, again, an old-fashioned Model T aspect of our system that needs to be changed.

Let's turn to the US Senate. As you all know, each state gets two senators. This came out of compromises at the US founding. In order to gain the consent of small, less populous states, the large, more populous states had to agree to this. If you go back and look at the *Federalist Papers*, the founders were not happy with this compromise; they saw it as a pretty lousy compromise. Nonetheless, they decided, perhaps correctly, that it was essential at the time. And as a result, this is an unamendable feature of the US Constitution. If you look at Article 5, we cannot change this. In Schmittian language—which I hate to use, but I'll use it here—this is sort of a *fundamental existential decision* that was made.

Here's the problem: the population differences between the most and least populous states are greater than they were in 1789. Wyoming, with

550.000 people—the size of a decent-sized Italian city—has the same number of senators as California with 40 million—the size of a European nation-state. At this point, about 25% of the US Senate is now elected by 5% of the US population. What this means is that the less populous States can and regularly do obstruct popular legislative proposals. There's no question this skews public policy towards those residing in the less populous states, i.e., disproportionately white rural voters, so this means quite a bit in terms of public policy.

Of course, there are also internal Senate rules, most infamously: the *filibuster rule*. It allows for a minority of senators (41) to stop legislation on many crucial issues. The filibuster obviously augments the US Senate's anti-popular elements. And, of course, this is all highly consequential for another one of our institutions, which I would see as a fundamental to our system of limited democracy and emerging system of minority rule, namely the US Supreme Court, another historical oddity in many ways. We Americans have a sort of Model T constitutional court, and that fact has far-reaching ramifications.

The newest Supreme Court justice, Amy Coney Barrett, was elected on the basis of a 52 to 48 vote in the Senate. The 52 Republican senators who voted for her, in fact, represent 18 million fewer voters than the 48 Democratic senators. That's a flagrant example of minority rule and limited democracy. Indeed, the US Supreme Court now has three of its nine members selected by Trump—who never received a popular vote majority; he won the electoral college vote, of course—who then gamed the system with GOP Senators who do not represent a majority of US voters. Each of Trump's three justices was ratified by a very narrow Senate vote. Not surprisingly, our increasingly extreme Supreme Court and its extreme right-wing views—and all the surveys show this—are out of sync with the vast majority of American citizens. So, for example, 77%—this is a reliable poll—of US citizens favor some version of legalized abortion, though some want stricter regulations than others, obviously. Yet we now have a Supreme Court that's clearly anti-choice. There's no question the next year or so there are going to be consequential Supreme Court decisions that undermine a woman's right to have an abortion. Most US citizens also favor what we call in the US *active government*—what Europeans would call the social state of the welfare state. The Supreme Court is clearly hostile, in many key ways, to the administrative state. Indeed, this is why Brett Kavanaugh, not just because of his conservative views on moral issues, but

also his hostility to the administrative state, was selected by Trump and his Republican allies.

The US Supreme Court justices have lifetime tenure; this is also an institutional oddity. I don't think any other system has this. The consequences, of course, are that the justices can resign whenever politically opportune for them to do so, which is hugely problematic. We have plenty of examples of this. So most recently, Justice Kennedy—we now know—retired under the Trump Administration because he had been informally guaranteed who his successor would be—he was amenable to Justice Kavanaugh. Even more outrageously, back in 2000 during the contested election between Bush and Gore, Gore won the popular vote, but the Supreme Court ruled 5 to 4 in *Bush v. Gore* in favor of Bush. There's no question that the swing vote was Sandra Day O'Connor. There were suspicions about this at the time, but it's all become pretty clear now through journalism since then that, yes, she had decided she wanted a successor who was going to be a Republican. She was unwilling to tolerate a Democratic president; she wanted to retire, and this likely had quite a bit to do with her swing vote in the 5-4 decision.

Let's talk about the presidency. There's no question that authoritarian populism seems to require strong, supposedly charismatic figureheads able to exercise executive power in far-reaching and not always lawful ways. If there's anything fundamental to authoritarian populism, it's an executive who at least claims to represent or embody the will of the followers and allegedly the will of the people.

There are a lot of things we could talk about. There's a piece I wrote in 2005 for the journal *Polity* where I tried to argue that the preoccupation in presidential democracies with charisma constitutes a sort of secular replacement for the divine sanction that was once typically associated with powerful premodern monarchs. So, if you go back and look at the history of political thinking about monarchy, one had to justify the extraordinary power that monarchs had, and that was typically done by means of some sort of notion that the monarch was superhuman, or at least had some sort of special connection to divinity. I think this is something which really needs to be explored in more depth: why the present-day fascination with charisma, the obsessive search for these charismatic leaders? This is not just something we're seeing in authoritarian populism, obviously, although it's perhaps most striking there.

The US presidency, as it presently operates, offers a fertile institutional basis for authoritarian populist executives, even when they lack a clear

1/2021

popular mandate. We see this, once again, in lots of ways. Let me address those features of the presidency which make our system prone to what we have seen the last couple of years and, specifically, during the last few months. Look at our crazy system of presidential selection, the electoral college. Sandy Levinson, in a wonderful book I would recommend—*Our Undemocratic Constitution*—refers to the Electoral College as undemocratic and he says *perverse*. I think this is right. So, as you know, there's no direct popular election of the president. Instead, there's the election of these electors who then select the president. Now, one thing most people do not know, except for scholarly experts, is that this system was born and was shaped by American slavery. And I'll just give you, very quickly, the history here. In the original constitution, slaves counted as 3/5 of persons, so the southern states, the slave states had a problem, right? They didn't want the direct election of the president because it made more sense for them, strategically, to have slaves counted as 3/5 persons and then to have representation based on this indirect mechanism. If you had direct election, since three fifths of their population was not going to be voting, that might have worked to their disadvantage.

There are many further problems with the Electoral College. In 2016, the popular vote winner lost the electoral vote. Here's another way in which the system is rigged increasingly towards white rural voters: each state's electoral votes are based on its number of House and Senate representatives. Which means, of course, that these less populous, mostly rural and whiter states get, in a sense, a *surplus*. They get a bump, because they all have two senators, even if they're like Wyoming with 550,000 people. Last, and certainly not least, of course, the system is *winner-take-all*, though there are two exceptions, Maine and Nebraska.

Finally, and this is something we've recently talked quite a bit about in the US—previously, the experts did, but it only became hugely significant the last couple of months—electors are not really constitutionally obliged to follow the popular vote. As we just saw with former President Trump, this invites all sorts of political shenanigans. Here's an interesting counterfactual: if Trump had more successfully convinced Republicans to get electors in the states to resist the popular vote, my hunch is that the Courts would have ruled that facticity has become normativity. In other words, that the longstanding practice of electors following the popular vote overrides everything else. But we really don't know for sure.

What then are the political consequences of this crazy system of presidential selection? Well, most obviously, as we saw in 2016 and 2000, and I'm sure we'll see again in the future, there's a clear path to victory for candidates with a strong base of support among the least diverse, least urban parts of the US population. This is our version of what the British called *rotten boroughs*. That's what we have: a system with plenty of rotten boroughs. It also means—and some astute political commentators in November were saying this—if the Democrats want to win the election, they really need to have a *surplus*, a supermajority, given the way the system seems to be rigged against them. They really need to have a 5% advantage in the popular vote, as James Carville (one of President Clinton's political advisors who's now a political commentator) noted, in order to avoid a possible electoral college tie and Republicans challenging the results.

Here are some of the long-term consequences of the system—and why I believe that our electoral turnout was impressive, even if it looks mediocre for Europeans. One obvious consequence is that the most important political campaign in the US, the presidential campaign, only takes place every four years and then effectively only in so-called *battleground states*, a small collection of states. So, the most important element of political competition essentially does not occur in large swaths of the country. Think about that. I'm living in a state that's one of these non-battleground States, I've gotten a real sense of this. I mean, I had a colleague who tried to get a Hillary Clinton bumper sticker four years ago, and she was told by the Clinton campaign that there were none for our state—it's just not a priority. In effect, the parties and key political players neglect much of the country.

We can argue about how much competition democracy needs, but even on some minimalist Schumpeterian conception there has to be *some* measure of elite competition. Otherwise, there are no incentives for people to act as citizens in the first place, if they believe elections are essentially predetermined, or their input just does not seem to matter. This is what I think we can clearly see in the US, and it does closely relate to authoritarian populism. This is a sort of naive, old fashioned argument, but I agree with it: political activity and participation are crucial to political self-education. If those things do not happen, you're going to see political apathy and low levels of political knowledge. And guess what? That's going to become a breeding ground for demagoguery. And that's exactly what we're seeing in the US, in part because of our disincentives for ordinary people to care about politics: a breeding ground for people susceptible to conspiracy theories.

Another crazy aspect of our system of presidential selection is the way in which the transition of power works. If I understand correctly, it's the longest in the world. Clearly, this is a problem for democracy: Trump lost last November and was still president months later. And again, it invites, as we have seen more clearly than ever before, shenanigans, political game playing, and even an attempted insurrection. Now, we've always had norms and customs and *mores*—Tocqueville understood this about the US—that counteracted this danger. But it's turning out that they may be more fragile than we thought. Last but not least—and this is something we see again, most shockingly, with Trump—the outgoing government has plenty of time to plant political landmines for the incoming government in a way that's not possible in most modern democracies. This is exactly what Trump has been up to, if you look at the news.

Let me talk about presidential powers. If you look at the US Constitution, Article 2, the executive power clause, it is one of the simplest and shortest: «The executive power shall be vested in a president». Executive power is never defined; the term is very ambiguous, and there are reasons for this, historically. The framers feared an overpowering Congress more than they feared the executive. They had a pretty minimalist notion of the executive, so this is probably why it's never really defined.

At any rate, the short, ambiguous formulation has almost nothing to do with the realities of the modern US executive who now possesses enormous powers. We can talk about the sources of this shift. It appears to be global in character: in many liberal democracies, executives have gained extraordinary power. As an anti-Schmittian interested in Schmitt, one of the things I found fascinating reading Schmitt was that he's on to this: he accurately chronicles a worldwide trend towards the augmentation of executive power. However, and I think Schmitt understood this as well, this trend is most striking and most radical in *presidential democracies*, where the president is elected separately from the legislature. Of course, there are many sources for the growth of presidential power: war, social and economic crises, the US becoming a global power, an imperial power, incessant crises and emergencies, real or otherwise. The result is what Arthur Schlesinger called an *imperial presidency*. Herman Finer, writing many decades ago, nicely captured the problem (I paraphrase): «Presidents combine the roles of chief legislator or prime minister, party leader, honorary king or queen; he or she oversees the administrative apparatus, is responsible for dealing with emergencies, oversees the budget, conducts foreign policy, serves as military commander in chief and also is the symbol

of national unity and strength». This is an awesome and unachievable expectation, and if you're looking for the *Achilles' heel*, there are many weaknesses of the system, but if you're worried—as I think we should be—about the possibility of authoritarian populism reemerging in the US and being more successful next time, obviously, the presidency would have to be a candidate.

Let's talk about some of these presidential powers, e.g., the pardon powers, again something unusual about the US system—and I'd say unusual about the federal US system versus what happens in the individual states. So, Article 2: «The president [...] shall have power to grant reprieves and pardons for offenses against the United States, except in cases of impeachment». Of course, Trump has been trying to figure out what that means, there's been debates about that, but the bottom line is we have an extremely broad presidential pardon. It has royalist roots; this was just a mistake that the framers made. It is also, I believe, unmatched today, even within the US system. Individual US state governors also have pardon powers, but they're often hemmed in by various mechanisms, e.g., boards that have to review the pardons. There are ways in which you can check what governors do, in other words. The president doesn't really face such checks.

There are obvious dangers here, as we saw with Trump, who has made massive use of the pardon to benefit corrupt people he happens to like, but also to the advantage of political allies, including some who arguably were involved in an anti-democratic political conspiracy, potentially involving the Russians, to steal an election. There's clearly a danger here.

There is no reference to formal emergency powers in the US Constitution. However, on the books today, there are at least 100 special emergency provisions that are available to the president, many offering substantial discretionary power with little oversight from Congress—there's a wonderful 2019 piece in *The Atlantic* by Elizabeth Goitein summarizing these. These are truly awesome powers, and there's unfortunately a long and relatively unsuccessful history in the US of checking them. Deploying executive emergency power in the US system is a long-standing practice, but there's no question it was radicalized under Trump. I'll just mention one example: his so-called border emergency, which justified construction of Trump's infamous border wall. At the end of 2018, Congress had actually worked out a compromise which allowed for some funding for the wall, Trump then signed the legislation, but then

1/2021

shortly thereafter he announced, essentially, «I don't care about the legislation. I'm going to go ahead and build this thing and I'm going to use emergency powers to do so». The only justification he actually offered is this: «I'm going to get it done faster this way».

Unfortunately, there's a long history in the US of judicial caution in the face of many of these executive claims, particularly when the policy at hand has some sort of foreign or international aspect to it. This is related to longstanding judicial deference towards the president in foreign affairs. Subsequently, the Supreme Court essentially allowed the so-called border emergency to go unchecked.

There are some distinctive traits to Trump's use of presidential powers. There's a very useful book about Trump by Susan Hennessey and Benjamin Wittes, it's entitled *Unmaking the Presidency*, and what they say is, I think, quite smart. They note that he has basically dismantled many of the internal institutional checks on the presidency which have developed over the course of the last century. He's basically vandalized those; the result has been processless decision-making. The executive branch has developed many complicated mechanisms of self-restraint; Trump has discarded them, whenever possible.

Executive power is always personalized; this is related to the widespread preoccupation with executive charisma. But personalization has clearly gone further with Trump. There's no division in his mind between the formal office of the presidency and his personality. Finally, we should mention his disdain for the traditional view of the Department of Justice as a site for independent legal enforcement: he clearly saw Attorney General William Barr as a sort of a personal lawyer. Even though Barr was shockingly docile to the president, it did not suffice, and he was pushed out. Trump's implicit theory of executive power is authoritarian, monarchical, and thus his enthusiastic embrace of its most royalist features, e.g., pardon power.

Trump has clearly seen the president's job as akin to a kind of CEO, the ultimate decider, a winner who should not be restrained by losers. And there's no question that he has exacerbated the trends that we have seen previously, dramatically exacerbated towards not just presidentialism, but I think what we could call *hyper-presidentialism* with extreme personalistic traits. One disturbing lesson of the Trump presidency is that we can begin to discern how presidential power of this type potentially offers the most likely institutional basis for transforming US limited democracy into a much more unambiguously authoritarian system.

Of course, one might respond to my remarks so far by saying, «wait a minute, he lost, he's gone». Isn't there a more optimistic story that we can tell ourselves? The more conventional story we're hearing—already from pundits and I think we'll hear it from academics very quickly—is, basically: «the US system of checks and balances worked, our separation of powers worked, elections mattered». Elections do matter, there's no question about that. The 2018 election mattered, the 2020 election obviously has mattered, so this, of course, is true. But I fear this optimistic assessment obscures some truly disturbing things that we've seen. So let me just push back a little bit against what I think basically is an accurate claim, but one that is overstated.

First, on many key issues Trump did not simply circumvent but actively opposed Congress and still got his way, with relatively limited political and legal pushback. I mentioned the border wall, but this trend is even more striking if you look at regulatory agencies, which he filled with cronies who have done all kinds of really shocking damage—the Environmental Protection Agency under Trump became the Environmental Pollution Agency for all effective purposes; Food and Drug Administration dominated by agribusiness, etc. He has had plenty of leeway to do some pretty atrocious things.

Second, when serving the Republican Party's agenda—which, like Trump's, unfortunately and ominously, increasingly seems sympathetic towards voter suppression and stacking the federal courts with right-wing judges, pillaging regulatory agencies, etc.—the US Senate worked together quite enthusiastically with Trump. So, we have seen an alliance between an autocratic president and a political party that itself increasingly seems skeptical about universal suffrage. This is a disturbing trend, and it doesn't fit neatly with the nice story we'd like to tell ourselves about checks and balances. The Republican Party seems to be benefiting from limited democracy and minority rule. It wants to obstruct any challenges to that system, and this is a key reason for the alliance with Trump.

Third, Trump has worked effectively to undermine many long-standing institutional customs, mores, and norms. I mentioned Tocqueville, who thought these things were, and he was right, crucial to American democracy—more recently, Levitsky and Ziblatt talk about *guardrails* in their little book, *How Democracies Die*. Well, Trump has dismantled, or at least paralyzed, many of these guardrails.

Another reason why I think we have to push back against this overly optimistic story: we now have the most right-wing US Supreme Court in US history with an extremely expansive view of executive power. There

1/2021

have been some cases, but it has not pushed back against him as aggressively as many of us hoped. And again, since many of the most extreme of the judges are also relatively young, they're going to be on the political scene awhile. So, if you're worried about another version, a smarter version of Trump, this should be a reason to worry you.

You might say: «Why not change the US system? Why not amend it?». Well, again, this is Sandy Levinson, *Our Undemocratic Constitution*: «The US Constitution is the most difficult to amend of any constitutions currently existing in the world today». I think that's right: if you look at the changes to our system, when did they occur? In the context of a terrible civil war. The 1930's were another moment of constitutional change, but not by means of formal constitutional mechanisms. Article 5 has been irrelevant for the real constitutional changes. This is something Bruce Ackerman, as you know, has written a lot about.

So, here is my final point. I don't think we should be sanguine about the US system and its supposedly self-correcting tendencies, the checks and balances that partly worked to check our emerging authoritarian populist president. Unfortunately, they have not in fact worked very well. Fortunately, the voters weighed in and there was enough civic virtue; and, yes, still enough crucial Republicans ready to stand up for these institutional mechanisms and longstanding practices to keep things from getting worse. Yet, things could have been very different.

What then about Trump's impeachment? As you know, Trump is now facing a second impeachment trial. This has not been a very effective mechanism to check him. I don't want to sound too dreary, but it seems to me it is likely that the second impeachment trial against him will also fail. And what does that mean? It seems to me it means that impeachment as a way to control a lawless president will have been defanged in the US.

I just heard a smart commentator on NPR, National Public Radio: «You might as well take a black marker and cross that part of the Constitution out, because if inciting an insurrection does not suffice, what does?». If inciting insurrection is not impeachable, what is? What do you have to do? Think about that. So, his legacy, potentially the worst aspect of his legacy, would be to demonstrate the irrelevance of impeachment as a check on presidential power, which really is worrisome.

So, Americans, fortunately, did the right thing in November, let's not forget that. But we've also been very lucky. Trump has not been a very clever politician able to fully exploit the constitutional order's anti-democratic elements. Let's not kid ourselves: future wannabe authoritarian

populists or authoritarians will be more clever than Trump. Given the right conditions, they might succeed. He has vividly brought to our attention all of the weaknesses of our system.

US democracy needs major political institutional changes, unfortunately. So, I am going to end on a somewhat pessimistic note: it seems very unlikely that we will get such an overhaul for many reasons (e.g., Article 5's rigidity, political polarization, etc.). For the foreseeable future, we will have to continue traveling in our old beaten-up Model T. Let's just hope our old jalopy doesn't break down altogether.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

DANIEL INNERARITY

El desafío democrático de la pandemia

ABSTRACT - In this paper, the Author proposes an articulate reflection upon democracy in the time of the Covid-19 pandemic, trying to answer the question whether democracy is able to manage such crisis. The Author addresses this subject taking directly into account three main issues, namely the problem of the exception, the problem of efficiency and the problem of social change. The Author argues that the widespread discussion of a serious fragility of democracy is mostly an exaggeration. Democracy is in fact deeply solid, due to its fundamental learning-capacity which the Author stresses at the end of the paper.

KEYWORDS - Democracy - Covid-19 - exception - efficiency - social change.

1/2021

DANIEL INNERARITY*

El desafío democrático de la pandemia

Voy a hacer una reflexión sobre la democracia en tiempos de pandemia, porque se ha venido diciendo que la actual crisis sanitaria pone a prueba muchas cosas y algunas de ellas no volverán a ser lo que eran. Entre esas cosas que pone a prueba está la democracia. La pregunta a la que quiero responder es: ¿Es la democracia capaz de gestionar una crisis de este estilo? ¿Sí o no? Hay quien, además, está ya dando por entendido que una crisis como esta va a acabar con el capitalismo o, por otro lado, hay quien piensa que todo lo contrario: lo que va a hacer es reforzar las estructuras de dominación en eso que se llaman democracias iliberales. Las medidas de excepción aprobadas parecen suponer un precedente peligroso y un recorte de libertades que serían aceptables por poblaciones atemorizadas. De hecho, ya han surgido coronadictaduras en parte de Israel, en Hungría... que aprovechan las circunstancias excepcionales para acentuar sus perfiles iliberales. Al mismo tiempo, por si fuera poco, las democracias liberales cosechan una larga lista de fracasos colectivos, lo cual parece hacer especialmente seductora la idea de un sistema político que prescindiera de los formalismos democráticos en beneficio de la eficiencia, especialmente de la eficiencia en relación con la gestión de la crisis.

Bueno, creo que nos encontramos en una encrucijada interesante. Acabamos de asistir al cambio de gobernante en los Estados Unidos, después de un episodio inquietante como fue el asalto del Capitolio. Creo que la fragilidad de la democracia de la cual tanto se ha hablado últimamente está un poco exagerada. Yo creo que la democracia es mucho más sólida de lo que ciertos discursos dan a entender, pero, en cualquier caso, estamos en un buen momento para hacer una reflexión sobre esta cuestión. Creo que algunos de mis colegas filósofos no lo han hecho especialmente bien. Yo creo que buena parte de las intervenciones de algunos colegas nuestros en relación con la pandemia han sido incluso un poco frívolas. Hay quien en seguida ha llamado la atención sobre una nueva ola autoritaria, una monitorización biométrica continua y por supuesto no ha faltado nunca Žižek prometiendo el final del capitalismo, esta vez ya definitivamente. Bueno, creo que a pesar de ese tono un poco maximalista

* Professore di Filosofia politica e sociale, ricercatore "Ikerbasque" presso l'Università dei Paesi Baschi.

podríamos plantear la cuestión en tres grandes tipos de problemas y luego al final haré una reflexión global.

Los tres grandes problemas en los que se puede sintetizar la cuestión serían: el problema de la excepción, el problema de la efectividad y el problema del cambio social. El primero de ellos, el problema de la excepción. Hace tiempo que un paisano vuestro, Giorgio Agamben, ha utilizado esta idea de la excepción incluso en alguna intervención en estos meses pasados hablaba de la «invención de la pandemia» como una disculpa para establecer un estado de excepción. Me parece que Agamben contradice la evidencia de que si se proclama ahora un estado de excepción es porque no lo había antes, y, por tanto, si Agamben – cito sus propias palabras – sostiene que «la epidemia muestra claramente que el estado de excepción se ha convertido en la condición normal de la democracia», no termino de entender por qué antes no lo era. Viene a decir Agamben que esta *virocracia* nos hace entender que la lógica de la excepción es la lógica misma de la democracia sin excepción. Otro filósofo como Sloterdijk tantas veces prefiere una metáfora brillante que un buen argumento y ha profetizado el sometimiento a una dictadura médico-colectivista de manera que el sistema occidental se desvelará como igual de autoritario que el sistema chino.

Yo creo que ninguno de estos y algunos otros filósofos – que no voy a citar para no extenderme demasiado – parece haberse percatado de que las emergencias decretadas por los gobiernos europeos están muy condicionadas en cuanto a lo que se refiere a la lucha contra el COVID-19, están limitadas en el tiempo y no crean nuevos delitos: tres condiciones de las que carece, por ejemplo, el excepcionalismo decretado por el gobierno de Ucrania. Yo aquí recomendaría seguir una máxima de tipo cartesiano: comparo, luego pienso. Comparemos para pensar bien si esta excepción es justificable o no lo es. En mi opinión, las situaciones de excepción no suspenden la democracia ni tampoco siquiera su dimensión deliberativa y polémica. El pluralismo sigue intacto y el normal desacuerdo continúa existiendo. Lo hemos visto. Hemos visto cómo hay un gran desacuerdo. Estoy hablando de Italia, un país que tiene en este momento ese gobierno sostenido por un hilo, desde una España tremendamente polarizada que la pandemia no ha hecho más que polarizar. Es decir, creo que también en tiempos de pandemia el pluralismo sigue vigente (y la discusión, la polémica y la diversidad de opiniones). De hecho, sería inaceptable cualquier medida de lucha contra la pandemia presentada como si no hubiera alternativa, como si fuera científicamente indiscutible. De hecho, al

1/2021

menos en España, pero me consta que en otros países también, las disposiciones basadas en autoridades científicas son igual de discutidas por los partidos de la oposición que si no tuvieran esa justificación científica, con lo cual me parece que entra dentro de la normalidad y no tanto de la excepcionalidad. Sigue habiendo distintos planteamientos acerca de cómo afrontar esta crisis, especialmente en lo que se refiere a cómo equilibrar las urgencias sanitarias con los efectos económicos que puedan seguirse de las medidas adoptadas; no es una cuestión pacíficamente compartida. Estar en una situación de alarma no significa privarse de la razón y, por tanto, privarse de los beneficios de una deliberación y, a veces, de una confrontación de argumentos serena y leal.

La democracia, incluso en los momentos de alarma, necesita contradicción y exige justificaciones. Cualquier medida exige una justificación. Luego, la aceptaremos o no, pero exige una justificación. El pluralismo no es solo una exigencia normativa, sino también un principio de racionalidad. Concluiré luego con esto al final de mi exposición. Una democracia le debe tanto a los críticos como a los gobernantes. Si se genera un contexto de confianza mínima, ese saber distribuido que la democracia quiere organizar y ese poder a veces incluso muy descentralizado, no son impedimento para la toma de decisiones, sino más bien – esta sería mi tesis fundamental – un procedimiento para minimizar los errores. Hay menos errores en sistemas de inteligencia abierta, distribuida, controvertida, polémica, plural, que en sistemas de otro tipo. Mi tesis es que las situaciones de alarma no suspenden el pluralismo: lo que suspenden es su dimensión competitiva. Moderan o deben moderar la dimensión competitiva del pluralismo, pero no lo suspenden como tal. Sería un tremendo error que las urgencias del momento nos llevaran a impedir el contraste entre puntos de vista y competencias.

Las democracias no fueron creadas para el estado de excepción, sino para la normalidad. Una sociedad democrática no soportaría ni siquiera la sospecha de que los derechos no van a volver. Hemos aceptado ciertas limitaciones en nuestra movilidad y en nuestro modo de vida porque sabemos que van a volver. Yo creo que esto explica y, en cierta medida, disculpa las reticencias y los retrasos de los gobiernos a la hora de adoptar medidas drásticas al inicio de las crisis, cuando no hay muertos, cuando no hay evidencias, cuando no hay una situación especialmente crítica, ya que la ciudadanía es muy reticente a aceptar una limitación de sus libertades cuando no es evidente la gravedad de la situación. La cuestión decisiva es cuánto dura la justificación de las correspondientes medidas.

Una democracia constitucional institucionaliza la desconfianza hacia cualquier extensión de las prerrogativas del poder, porque tenemos la memoria histórica de que el poder suele estar tentado de quedarse con esas prerrogativas. Siempre es más fácil conceder nuevas competencias a quienes tienen a su cargo nuestra seguridad que devolverlas. La experiencia que tenemos nos ha enseñado mucho a este respecto.

La misma historia de la palabra *cuarentena* tiene su origen en una retención de ese tipo. Seguramente, los italianos lo conocéis mejor que yo. Cuando la peste se extendía por Europa en 1348, las autoridades de Venecia cerraron el puerto de la ciudad a los barcos procedentes de áreas infectadas y forzaron a los viajeros a treinta días de aislamiento que finalmente se convirtieron en cuarenta, de ahí la palabra. Es decir, la palabra cuarentena ya indica que alguien se sobrepasó con las medidas. Por tanto, es bastante lógico que las democracias se caractericen por administrar con celo cualquier delegación de poder y condicionar toda facultad excepcional a un plan, a unos objetivos y a un plazo de tiempo.

El segundo problema de las democracias parece ser su eficacia. Su eficacia a la hora de resolver problemas urgentes, cuando el tiempo y la autoridad son recursos dramáticamente escasos. Comparadas con nuestra lentitud a la hora de tomar decisiones, la debilidad de nuestro control social y el recato a la hora de invadir la privacidad de las personas, los sistemas totalitarios parecerían mejor equipados para este tipo de situaciones y, dado que las turbulencias y las crisis van a ser la nueva normalidad, la tentación de ahorrarse los formalismos y los derechos democráticos resulta ahora muy poderosa. Esta contraposición entre autoridad y efectividad está en el origen tanto de la seducción como del temor hacia China y hacia su modelo político. A este respecto, me parece más acertado el juicio de Fukuyama que el de Harari o el de Han. Los gobiernos democráticos tienen muchos problemas de ineficacia, pero ni estos problemas se deben a que tienen que respetar la voluntad popular y los procedimientos legales (no es que tengamos problemas de eficacia porque tengamos que respetar la voluntad popular y los procedimientos legales), ni las autocracias son un modelo de eficacia. Hay que tener en cuenta que el debate sobre este tema se superpone en el plano global a una batalla de relatos por la reputación y en medio de una gigantesca manipulación informativa. El mundo es hoy en día, entre otras cosas, una batalla de reputación, y la autoridad del gobierno chino no es un modelo de nada. Otros países y localidades han realizado confinamientos sin sacrificar valores democráticos. Tardaremos mucho en saber la crueldad que tuvo lugar en el espacio cerrado de Wuhan y, en

1/2021

general, en conocer los datos reales de la pandemia en China. Yo creo que este es el verdadero núcleo de la cuestión: la relación entre poder e información.

Los regímenes autoritarios tienen un problema con la información en un doble sentido: hacia fuera y hacia dentro. El primero de ellos, hacia fuera, es evidente. De hecho, estamos pagando sus consecuencias. Hubiéramos preferido que nos suministraran información verdadera a tiempo que mascarillas a destiempo. Algún día habrá que activar los escasos procedimientos globales de que disponemos para exigir sus responsabilidades en la causa y en la extensión de la pandemia. Por tanto, primer problema de información hacia fuera. El segundo problema es la información interna, y pone de manifiesto que reprimir la información no es una muestra de fortaleza, sino más bien un presagio de futuras debilidades. El autoritarismo del régimen, la ausencia de libertad de expresión y los obstáculos a la circulación de información están en el origen de los errores de la gestión de la crisis en China. Hay que tener en cuenta que las disfunciones inherentes al sistema leninista no permiten a la información circular eficazmente entre las escalas administrativas locales y el poder central. La disciplina impuesta a los cuadros administrativos locales por el poder central tiene como consecuencia que no lleguen a Pekín más que las buenas noticias o se maquillen las malas. Esta es la razón de que las medidas contra la epidemia en China se han revelado caóticas y contraproducentes, especialmente cuando, como recordaréis, la policía de Wuhan prefirió arrestar y reprimir a los médicos que habían lanzado las alertas primeras que escuchar las advertencias y prevenirse contra el riesgo epidémico.

Cuando hablo de libre circulación de información, no me estoy refiriendo a la mera circulación de datos, porque el régimen chino podría compensar con la monitorización totalitaria de sus sistemas de recopilación de datos y procesamiento inteligente, sino a esa información de calidad que permite conocer la verdadera realidad de la situación y tomar las decisiones acertadas. Esa información que solo se genera allí donde se respetan los valores fundamentales de tolerancia hacia la crítica y confianza: dos valores que en principio rigen en nuestros sistemas democráticos. Un régimen puede disponer de toda la información que proporcionan los *big data* y tener una mala información. No hay que perder de vista que las autoridades han adoptado en China medidas espectaculares únicamente a partir del momento en el que las disfuncionalidades estructurales del régimen político se convertían en una verdadera amenaza. Creo que la eficiencia

totalitaria – si es que existe eso – nunca tiene como objetivo la protección de los ciudadanos, sino la supervivencia del régimen. O, dicho de otra manera, pone por encima la supervivencia del régimen sobre la protección de los ciudadanos.

Yo creo que los sistemas democráticos alejaríamos la tentación del totalitarismo en nombre de la eficacia, por cierto, si le diéramos más valor a los resultados sin comprometer el de los procedimientos. Este es nuestro gran dilema: ¿Cómo conseguimos revalorizar la idea de eficacia sin comprometer el valor de los procedimientos? Creo que este es un valor (el de la efectividad o eficacia) que tiene poco prestigio en nuestras democracias frente a otros como la igualdad o la participación, pero creo que aquí tenemos un grave problema para el que no tengo una solución. Lo enuncio así: Mientras sigamos cosechando tantos fracasos en temas cruciales como la seguridad, la igualdad, la promoción del empleo de calidad, etc., seguirá siendo una tentación para muchos de nuestros conciudadanos prescindir de los formalismos o echar la culpa a los formalismos democráticos y, por tanto, abrazar otro sistema político autoritario pensando que ahí se va a encontrar con menos errores.

El tercer y último gran asunto, después de los que he planteado (la excepción y la eficacia), sería el de la transformación y el cambio. Pienso que las democracias tienen un problema serio con lo que podríamos llamar la «producción intencional de transformaciones sociales». Llámense reformas o transiciones. Es muy sintomático que las grandes sacudidas o grandes *shocks* que experimentan las democracias son de carácter exógeno. La crisis económica del 2008 o esta actual, que ha movido a toda la sociedad europea en una línea de transformación digital y ecológica como el programa *NextGeneration* de la Unión Europea. Debe de ser el hecho de que vivamos en democracias donde realmente se agitan mucho las cosas pero se transforman poco lo que explica que cuando llega una catástrofe aparezcan muchas esperanzas de que, por así decirlo, la naturaleza cambie lo que nosotros no somos capaces de cambiar, y aparezca gente que diga: «Bien, por fin, gracias a una catástrofe, vamos a conseguir realizar aquellos avances, aquellas transformaciones que en situaciones normales éramos incapaces». Bueno, tenemos el ejemplo un poco patético de Žižek, al que me referí antes, que ahora anuncia que con esto por fin va a llegar el comunismo, al mismo tiempo que Alain Badiou dice que no va a cambiar absolutamente nada... Hay un debate acerca de si en el fondo vamos a poder confiar en que la naturaleza, por así decirlo, haga el trabajo que nosotros no hemos sido capaces de hacer. Podríamos decir que, ahora que

1/2021

no hay posibilidades de reforma ni de revolución, todas nuestras apuestas se dirigen hacia algo así como un vuelco, como un giro imprevisto catastrófico, un accidente de la historia en forma de crisis sanitaria o medioambiental que afortunadamente nos pusiera en la dirección correcta de la historia.

Creo que son esperanzas desconectadas de cualquier sentido de la realidad, pero, además, sobre todo una curiosa expectativa en relación con el modo de transitar hacia las situaciones deseadas. La gran transmutación se espera de que el fracaso produzca mecánicamente su contrario. Esto es una forma mitológica de pensar. Se trataría de una especie de visión sacrificial de la historia política que nada tiene que ver con cómo se produce o cómo debería producirse el cambio en las sociedades democráticas: un cambio conflictivo, acordado, entre gradual y brusco pero siempre dentro del parámetro de la intencionalidad de los actores. Yo creo que quien piensa las cosas de esta manera parece que nos está contando algo así como la historia natural de los estragos, de las catástrofes, y no una historia protagonizada por los humanos, que es lo que viene a establecer la democracia. Creo que las catástrofes nos proporcionan evidencias de los daños, pero no de la sanación.

Esta idea de que del sacrificio procede la emancipación, la sanación, es una idea de origen religioso-mitológico tan increíble como asegurar que de esa conmoción, de la catástrofe, de la crisis, se vayan a beneficiar justamente los que más lo necesitan. Yo creo que en esta expectativa hay, al menos, dos supuestos difíciles de creer. Primero, que lo negativo produzca necesariamente lo positivo y, segundo, que esa nueva positividad se vaya a repartir con equidad. También un supuesto muy difícil de creer. De las ruinas no surge necesariamente un nuevo orden, y el cambio puede ser a peor. Creo que los tiempos de crisis son tiempos que pueden llevar a ciertas formas de desestabilización, que pueden representar una oportunidad también para los autoritarismos y los populismos iliberales. Me parece que nuestra realidad social y política tiene muy poco que ver con este tipo de alteraciones de otra época. La época de las revoluciones clásicas, de las implosiones de regímenes, el hundimiento de las civilizaciones, los pronunciamientos, los golpes de estado.

Incluso he debatido estos días con colegas nuestros sobre si el asalto al Capitolio era un golpe de estado o no. Yo pienso que no era un golpe de estado: era una cosa penosa que habría que calificar de otra manera, pero no era un golpe de estado y, como decía al principio, creo que se está sobrevalorando la fragilidad de la democracia. Yo creo que no tenemos una

fragilidad de la democracia; lo que tenemos es una fortaleza institucional mayor de la que pensamos, compatible con un estancamiento y con una serie de problemas de desafección y de políticas suboptimales.

Las democracias liberales son aquellos espacios políticos en los cuales las expectativas de cambio están equilibradas – en ocasiones mal equilibradas, es verdad – por las resistencias a cambiar. Y donde esa voluntad de cambio – afortunadamente, me permito añadir – se canaliza por vías incrementalistas. No hay, por así decirlo, ningún acontecimiento «natural» que nos vaya a ahorrar el trabajo transformador. No podemos esperar que la pandemia o la crisis económica produzca el milagro de hacer aquello que no somos capaces de hacer por las vías ordinarias. Esto no es un argumento en contra del cambio, entre otras cosas, porque no hay cosa menos transformadora que la nostalgia de lo completamente otro, que la nostalgia de este pensamiento catastrofista. Creo que si el lento aprendizaje de la democracia (la *inteligencia de la democracia* de la que hablaba Lindblom) nos ha enseñado algo, es que no deberíamos exonerarnos de las garantías y limitaciones que la democracia ha impuesto para prevenirse de la posibilidad de que los cambios sean a peor. Y, por tanto, la democracia es un régimen que permite pero también dificulta los cambios. Y esto es bueno.

En momentos excepcionales, lo más importante es proteger el pluralismo, también, incluso y precisamente en momentos de crisis como estos y también en relación con las medidas más oportunas para salir de la crisis como la transición que vamos a acometer tras ella. Por supuesto que hay salidas de la crisis que me parecen más razonables que otras. Incluso hay algunas que son muy discutibles, pero no deberíamos olvidar que hay una pluralidad de opiniones acerca de lo deseable, que la crisis nos enseña cosas, pero nos las enseña en un contexto de pluralismo y no nos las enseña como lecciones que deben ser aprendidas poniéndonos de rodillas. Son lecciones que deben ser todavía discutidas. Incluso allá donde se desmorona algo, no está absolutamente claro qué es lo que lo debe reemplazar, ni debería estar prohibido el debate acerca de qué debe hacerse, porque no está del todo claro cuál es la salida de esta crisis, aunque haya señales bastante evidentes en algunas direcciones.

Por tanto, creo que de este debate no se debe excluir a nadie, tampoco a los escépticos ni a los conservadores, que pensarán que no hay que hacer tantos cambios, aunque sea porque hay ciertas cosas que no es deseable que cambien, o puede haber un optimismo consistente en asegurar que, afortunadamente, la mayor parte de las cosas van a continuar como hasta ahora.

1/2021

Finalizo mis últimos minutos con una reflexión acerca del modo en que se ejerce el poder en las democracias y a qué se debe la verdadera fortaleza de la democracia. Como sabéis bien, la democracia ha estado siempre bajo la sospecha de ser incompetente, especialmente en situaciones de urgencia. Demóstenes, recordaréis muy bien, lamentaba la lentitud de Atenas frente a las amenazas de Felipe II de Macedonia. Decía que mientras los atenienses se dedican a discutir y votar, nadie está deteniendo la campaña militar que Felipe II estaba emprendiendo. Desde entonces, las críticas al parlamentarismo se han sucedido hasta las críticas de Carl Schmitt a comienzos del siglo XX, y el reproche ha sido siempre el mismo: discutir es una pérdida de tiempo. Los demócratas discuten, pero el liderazgo resolutivo – que podría ser o bien el liderazgo de los autócratas o también el liderazgo de los técnicos y de los expertos – es lo único que puede poner fin a esta pérdida de tiempo y a esta continua postergación de los problemas que caracterizarían a las democracias. Así ha pasado en esta crisis. Con ocasión de la pandemia, a los gobiernos democráticos se les criticaba en un sentido contrapuesto: se les decía que eran demasiado débiles y al mismo tiempo se les decía que eran demasiado fuertes. No citaré el ejemplo, pero en ocasiones he visto incluso a algún político desde la oposición acusar al gobierno de las dos cosas al mismo tiempo y casi en la misma intervención. Por un lado, estaría la apelación a un poder fuerte y por otro lado hemos tenido durante estos meses manifestaciones contra las medidas sanitarias en nombre de la libertad de los individuos. Unos individuos que deberían, por lo visto, poder hacer lo que quisieran, incluso poniendo en riesgo la vida de los demás.

Me acordaba yo al hilo de estas contradicciones de nuestro debate democrático de una cosa que recordaba un historiador paisano vuestro, el historiador italiano Luciano Canfora, cuando contaba la historia de un tal Monsieur de Languais, que allá por las vísperas de la Revolución francesa, «tuvo la desdicha de sufrir dos procesos: uno incoado por su mujer con la acusación de impotencia y el otro por una amante que la acusaba de haberle dado un hijo. Todo el mundo decía que al menos ganaría uno de los dos, pero en cambio los perdió todos». Perdió los dos. Bueno, pues algo así ha pasado con la democracia en estos meses. La acusación por un lado de que los gobernantes abusan de su poder es pertinente en algunos estados – es evidente en el caso de Hungría –, pero en general me parece que constituyen una exageración injustificada y creo que en ambos extremos del arco ideológico ha habido una cierta ligereza denunciando derivas autoritarias cuando los gobiernos incrementaban sus prerrogativas, que más bien eran

insuficientes y tardías. No vivimos en estados sustraídos de todo derecho, ni hemos entregado todo el poder a los expertos, aunque este sería un tema de debate apasionante que luego, si queréis, podemos abordar (lo que es el tema de la relación entre expertos y políticos, que es un tema crítico, es un tema controvertido; no es un tema resuelto definitivamente en favor de los expertos en absoluto, a mi juicio).

La otra crítica considera que la democracia es incapaz de reunir el poder necesario para hacer frente a las crisis. Llevamos mucho tiempo, muchos años, lamentando la debilidad de la democracia. Antes era la debilidad ante la democracia captada oligárquicamente o por unos poderes económicos dominantes. Ahora el motivo sigue siendo su supuesta impotencia con nuevos matices. Los estados ofrecen un espectáculo de indecisión, de contradicciones, de confusión, que afecta a la confianza de la población hacia unas medidas adoptadas y presentadas a veces de un modo incoherente. Yo creo que, efectivamente, la pandemia ha dado una mayor verosimilitud a las acusaciones viejas, antiguas, de impotencia, porque creo que los momentos de angustia son muy dados a deducir de los errores concretos que se cometen una incapacidad general y, por tanto, elevar el precio que se estaría dispuesto a pagar por las soluciones. Creo que esto es típico del tensionamiento que se produce en las democracias en tiempos de crisis. El deseo de que haya una respuesta eficaz contra los riesgos hace que incluso la asunción autoritaria sea atractiva para una buena parte de la población.

La democracia, vienen a decir estos críticos, estaría incapacitada para resolver a causa de sus procedimientos lentos, por el derecho de contestación que concede a todo el mundo, y por ese elemento de ociosidad típico de la deliberación democrática. De alguna manera, estos defensores de la prisa vendrían a ser partidarios de suprimir o limitar mucho la dimensión deliberativa de la democracia, y no entienden que, en el fondo – esta sería mi crítica inicial –, deliberar, hablar, es una forma de actuar, como aquel célebre libro *Cómo hacer cosas con palabras*. La política es, en buena medida, «hacer cosas con palabras». Hablar es una forma de actuar de la que no podemos prescindir ni siquiera en plena urgencia de las crisis. Las decisiones colectivas, incluso las decisiones colectivas en medio de una crisis, no se pueden adoptar más que en el seno de una interpretación conflictiva, contrastante y deliberativa de la realidad y, por tanto, en una confrontación explícita de intereses. Esto no lo podemos suprimir, porque, además, no es inteligente suprimirlo. La democracia no requiere

unanimidad. La democracia incluso institucionaliza la divergencia de opiniones, no tanto por tolerancia y respeto como por inteligencia.

¿Por qué pensar que podemos prescindir de esto precisamente en un contexto de crisis? Yo aquí, por terminar, trataría de responder echando mano del sabio Spinoza a la siguiente cuestión: ¿En qué consiste la verdadera fuerza de la democracia frente a la eficacia autoritaria? Pues probablemente sea precisamente en esto: en su deseo, como consecuencia de una larga experiencia histórica, de proteger la crítica. Incluso la crítica respecto de sí misma. Incluso la crítica iliberal. Incluso la crítica autoritaria. En nuestros países tenemos partidos que no son demócratas y, nosotros que tenemos democracias no militantes, al menos la democracia constitucional española no lo es, permite que existan en su seno partidos que incluso no compartan más que procedimentalmente los valores de nuestro sistema político.

Ahora bien – y con esto quiero finalizar –, es posible que esas dificultades de control que tienen los gobiernos democráticos las compensen con un debate público y abierto sobre sus posibles alternativas. Por tanto, frente a la idea tantas veces repetida de que las democracias son impotentes, una idea que agrada mucho a quienes quieren que realmente no lo sean, frente a esa idea de culpabilizar al desacuerdo, hoy en día hay un lugar común que es echar la culpa de todo a la polarización, a la discusión, a la polémica y añorar la unanimidad, el acuerdo. En fin, sobre esto también podríamos discutir mucho.

Me gustaría echar mano de Spinoza cuando decía que el poder de la democracia, en el fondo, residía en la falta de unanimidad y que debíamos a la falta de unanimidad nuestra fundamental inteligencia colectiva. «Mientras que las tiranías son arbitrarias y cambiantes – decía Spinoza en su *Tratado teológico-político*, cito literalmente –, lo absurdo es menos temible, ya que es casi imposible que la mayoría de los hombres se pongan de acuerdo en una única y misma absurdidad». En una democracia – venía a decir Spinoza –, es muy difícil, incluso imposible, que los hombres nos pongamos de acuerdo en el mismo absurdo. Spinoza no ignoraba los errores humanos. Todo lo contrario: advertía que en una sociedad plural es más difícil cometerlos que en aquellas en las que el pluralismo hubiera podido ser suprimido.

El desacuerdo tiene muchos inconvenientes. Estamos viendo las grandes dificultades que el desacuerdo político crea en nuestros sistemas democráticos, pero al menos tiene una gran ventaja – venía a decir Spinoza –, y es que gracias al pluralismo es menos verosímil la obstinación en el

error. Es decir, aun suponiendo – que ya es mucho suponer – que las democracias y los autoritarismos tengan las mismas posibilidades de equivocarse – venía a decir Spinoza –, es mejor equivocarse en una democracia que en un régimen autoritario. ¿Por qué? Porque en una democracia, debido al carácter controvertido de la opinión pública y a su régimen competitivo, es más fácil y más rápido abandonar el error o que te obliguen a abandonarlo.

La democracia es un sistema político en el que se pueden efectuar procesos de aprendizaje abiertos y alimentados por una crítica razonada a las autoridades y a sus errores. De manera que es siempre posible. Esta es la esperanza democrática; la esperanza democrática no es la llegada de un líder providencial, la esperanza democrática es que esté siempre abierto el proceso de autocorrección y, por tanto, de posibilidad incluso de sustitución de aquellos que han cometido errores. Por consiguiente, esta sería mi conclusión: el poder de la democracia es su capacidad de aprender.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI

Democrazia e post-verità

ABSTRACT - A study on post-truth allows us to think about a classic and fundamental problem in moral and political philosophy, that is the relationship between lie and truth. In this sense, my interest is focused on the position of these two concepts in the political discourse. It is a classic theme, but on this occasion, I am interested in analyzing what we can define today the systemic transcendence of post-truth. The concern for the idea of truth is related to the concern for the foundation of rights, for the possibility and the convenience of thinking about a certain ethical objectivism according to which certain things or certain statements are true from a moral point of view.

KEYWORDS - Democracy - Truth - Post-truth - Political debate - Social media

1/2021

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI*

Democrazia e post-verità**

I.

Da tempo mi occupo di questioni attorno alla libertà di espressione, alla libertà di manifestazione del pensiero e questo implica il prestare attenzione alle circostanze dello spazio pubblico, della sfera pubblica quale ambito della libertà di espressione, della democrazia, della politica e del discorso pubblico. Ebbene, credo che uno dei caratteri ricorrenti del discorso pubblico e politico di oggi sia il ricorso alla post-verità, intesa, questo lo voglio sottolineare, come strategia di azione politica.

La riflessione sulla post-verità ci permette di pensare a un problema o ritornare a un problema classico e fondamentale nella filosofia morale e politica, che è il rapporto tra menzogna e verità. E, in questo senso, il mio interesse si concentra sulla posizione di questi due concetti nel discorso politico. In verità è un tema classico, ma in questa occasione mi interessa analizzare quella che possiamo definire la trascendenza sistemica della post-verità nell'attualità. D'altro canto, la preoccupazione per l'idea di verità è in rapporto con la preoccupazione per la questione del fondamento dei diritti, per la possibilità e anche per la convenienza di pensare a un certo oggettivismo etico, se si vuole oggettivismo minimo: determinate cose o determinate affermazioni sono vere dal punto di vista morale. Voglio, tuttavia, sottolineare che, in realtà, la verità morale non è la verità della quale voglio parlare, ma credo che, se si ha una minima sensibilità o un interesse filosofico, alla fine si arrivi alla riflessione sull'idea di verità, sul concetto di verità.

* Ordinario di Filosofia e Teoria del diritto presso l'Università "Carlos III" di Madrid.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Traduzione dallo spagnolo di Attilio Novellino e di Paola Chiarella.

Il testo si basa sull'intervento al seminario nel corso del Dottorato di ricerca in "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico Europeo", Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia, dell'Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro, 11 marzo 2021. Questa ricerca è stata sviluppata nell'ambito del progetto 'Nuevos desafíos del Derecho', Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de "Excelencia del Profesorado Universitario" del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3M06), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

Nella nostra tradizione culturale il rapporto tra verità e menzogna è complesso e difficile. A priori possiamo identificare la nozione di verità con il bene e la menzogna con il male. Troviamo il messaggio cristiano: “la verità vi farà liberi” (Giovanni, 8, 32), “Io sono la via, la verità e la vita (Giovanni, 14, 1-6)”; troviamo la proposta illuminista e poi liberale, secondo la quale la libertà¹ conduce alla dottrina di Holmes sul mercato delle idee, che è stata ritrovata in seguito nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani²; ma allo stesso tempo possiamo dire che nella nostra tradizione culturale troviamo un discorso favorevole alla menzogna che ne evidenzia l’utilità politica. Discorso che si può trovare in Platone³ e nel capitolo XVIII de “*Il Principe*” di Machiavelli. Nel dispotismo illuminista si discute sulla convenienza e sull’utilità della menzogna: ricordiamo la discussione sull’opportunità di ingannare il popolo a partire dal concorso convocato da Federico II nel 1779, discussione nella quale intervengono Condorcet, Castillon e Becker⁴. In questa tradizione Kant, probabilmente, è l’eccezione. Ricordiamo la sua polemica con Constant sul dovere assoluto di veridicità, polemica sulla quale Marina Lalatta Costerbosa ha scritto un bell’articolo⁵. Anche al di là del nostro ambito possiamo trovare apporti interessanti, come quello di Oscar Wilde nel suo scritto del 1891 “*The Decay of Lying*”⁶, in cui presenta la menzogna come l’obiettivo, come il proposito dell’arte.

È vero che oggi, dal punto di vista filosofico, c’è una discussione interessante sul valore della verità. Possiamo pensare a Habermas

¹ Si v. J. MILTON, *Areopagitica*, a cura di Giulio Giorello, Laterza, Roma-Bari, 1987 (ed. orig. *Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Print to the Parliament of England*, 1644); J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, a cura di S. Magistretti, EST, Milano, 1997 (ed. orig. *On Liberty*, 1859)

² La sentenza pioniera in cui O.W. Holmes propone la teoria del mercato delle idee è *Abrahams v. U. S.*, 1910. A questa dottrina si unisce la Corte europea dei diritti dell’uomo in sentenze come quella emessa nella causa *Handyside c. v. Uk*, 1976.

³ *Repubblica*, III, 389b-c.

⁴ Si v. CONDORCET, CASTILLON, BECKER, *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, selección de textos, traducción e introducción de J. de Lucas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

⁵ Vedi M. LALATTA COSTERBOSA, *Riflessioni sul mentire. A partire da una rilettura della vecchia polemica tra Kant e Constant*, in *Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, XLVIII, 1/2014, 30-43.

⁶ Si v. O. WILDE, *La decadencia de la mentira*, trad. de M. L Balseiro, Siruela, Madrid, 2013 (ed. orig. *The Decay of Lying*, 1891).

quando sottolinea la centralità delle premesse morali della sfera pubblica intesa come spazio sociale: la verità, la correttezza, la sincerità. Ma, allo stesso tempo, troviamo una filosofia postmoderna, e questo mi sembra importante, perché è stato sottolineato che la post-verità in qualche modo beneficia, approfitta, della confluenza di determinate proposte filosofiche in un contesto come quello delle nuove tecnologie. Pensiamo ad autori come Gianni Vattimo, per esempio, che nel 2009 scrive un libro con un titolo molto espressivo, *“Addio alla verità”*⁷, in cui troviamo una posizione contraria alla verità come rapporto tra discorso e fatti reali, una dissociazione dai fatti, l’affermazione secondo la quale la verità non è il risultato della ricerca, ma è la creazione di un discorso, l’addio alla verità come l’inizio della democrazia. Non esistono fatti, esistono soltanto interpretazioni. Ne discende il vincolo tra verità e autoritarismo, la rivendicazione della fine della metafisica e l’inizio della democrazia nel pensiero a partire da questo addio alla verità, la filosofia non come ricerca della verità, ma come discussione continua. In questo senso, Rorty ha identificato la contingenza come una categoria centrale del pensiero⁸. In definitiva, elementi di una filosofia che credo abbiano facilitato l’arrivo della post-verità: il rifiuto del pensiero razionale, un relativismo radicale, un emotivismo, un pragmatismo.

Non sto dicendo che autori come Vattimo, Rorty, Lyotard e Derrida siano seguaci o sostenitori di Trump; dico piuttosto che ci sono teorie postmoderne che sono uscite dalle aule universitarie, sono approdate alla politica e sono diventate giustificazioni della prassi politica. Possiamo parlare di condizioni di possibilità della post-verità e, in questo senso, credo che sia interessante e necessaria una riflessione sulla responsabilità politica e morale dell’intellettuale, sulle conseguenze che derivano da quello che l’intellettuale scrive e dice nelle aule.

In definitiva, il problema della post-verità è interessante dal punto di vista della filosofia politica (troviamo problemi di legittimazione, di giustificazione delle decisioni politiche), dal punto di vista delle conseguenze per l’autenticità della partecipazione politica e dal punto di vista della teoria dei diritti.

⁷ Si v. G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Meltemi Editore, Roma, 2009.

⁸ Si v. R. RORTY, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, 1989.

2.

In questo senso mi piacerebbe iniziare parlando di Hannah Arendt⁹ che nel 1968, apre il suo scritto “Verità e politica” con un’affermazione basilare: “Nessuno ha mai dubitato del fatto che la verità e la politica non vadano troppo d’accordo”¹⁰.

Credo che la suddetta affermazione, riscontrabile, nel corso della storia, e in particolare nella storia della filosofia, sembri risuonare con rinnovato vigore nel contesto attuale. Il ricorso all’esistenza di una verità parallela alla realtà, con l’impressionante forza moltiplicatrice degli effetti del messaggio politico, mediante l’utilizzo dei *social networks*, sembra caratterizzare aspetti importanti dello scenario politico nei sistemi democratici contemporanei, tanto che si può affermare che i fatti e la verità siano minacciati nell’attuale ambito politico. L’attualità del contesto costituito dai nostri sistemi politici o piuttosto dalla forma che il messaggio politico ha all’interno degli stessi, fa sì che la riflessione iniziale di Arendt – certo pensando in uno scenario non perfettamente identico al nostro – risulti pertinente al momento di essere utilizzata come criterio interpretativo del nostro momento.

Lo spazio pubblico è lo spazio della politica in cui si devono prendere decisioni politiche in un duplice senso. Primo, decisioni relative a questioni che riguardano la dimensione pubblica del soggetto e che contengono proposte inerenti al miglior assetto sociale. Secondo, decisioni alle quali sono chiamati o dovrebbero essere chiamati a partecipare tutti coloro che sono coinvolti dagli effetti delle medesime. In virtù di ciò, la relazione tra spazio pubblico e politica ha una specifica ripercussione in democrazia, e oggi questa ripercussione avviene con la trasformazione della sfera pubblica dove si materializza la deliberazione (forse è meglio non parlare di deliberazione, ma fare riferimento a una mera partecipazione). Oggi la rete si presenta come un’*agorà* digitale. In un sistema democratico lo spazio pubblico costituisce l’ambito di regolamentazione che deve essere governato dalla volontà politica. Codesto ambito avrà una maggiore o minore estensione in funzione del maggior o minor rispetto che il potere ha

⁹ A questo punto ritorno alla tesi precedentemente esposta nel lavoro *Post-verità e menzogna. Variazioni su Hannah Arendt*, in *Governare la paura. Journal of Interdisciplinary Studies*, aprile, 2019, 19-34.

¹⁰ H. ARENDT, *Verdad y política* (1968), in EAD., *Verdad y mentira en la política*, trad. de R. Ramos Fontecoba, Pàgina Indòmita, Barcelona, 2017, 15 (ed. orig. *Truth and Politics*, *The New Yorker*, February 25, 1967, 49 ss.).

delle sfere della *privacy* o dell'intimità individuale. Sarà questo rispetto che ci permetterà di constatare il carattere più o meno invasivo del modello politico.

Queste decisioni, le decisioni della sfera pubblica o nella sfera pubblica, dovrebbero mantenere un chiaro legame con la realtà e questo legame implica un preciso discorso relativo alla realtà che si realizza mediante una rappresentazione della stessa. È in questa rappresentazione che la nozione di verità ha senso nella politica, senso che, d'altra parte, si diffonde nella sua rilevanza politica. La stessa Arendt si fa carico di sottolineare che la verità è un'esigenza strutturale dell'esistenza. Non si può prescindere da essa, ci dice Arendt: «Sebbene possiamo rifiutare di chiederci se la vita sarebbe degna di essere vissuta in un mondo privo di nozioni come quelle della giustizia e della libertà, è impossibile fare lo stesso in merito all'idea di verità, idea che in apparenza ha un carattere molto meno politico. Ciò che è in gioco è la sopravvivenza, la perseveranza nell'esistenza (*in suo esse perseverare*), e nessun mondo umano destinato a superare il breve lasso di vita dei suoi abitanti mortali potrà mai sopravvivere se non esistono uomini disposti a fare ciò che Erodoto fece per primo, assumendo coscientemente che: *λεγεινταεοντα*, affermare ciò che esiste. Non si può concepire nessuna permanenza, nessuna perseveranza nell'esistenza, senza uomini disposti a dare testimonianza di ciò che esiste e a dimostrare perché esiste»¹¹. Tuttavia, il legame con la verità non è solo un requisito di mera esistenza, come segnala Arendt. È molto di più: «la verità non è una mera proprietà astratta delle proposizioni, ma qualcosa di essenziale per vivere bene»¹².

In definitiva, l'idea di verità “cumple una función central en nuestra comprensión del lenguaje y de las otras personas”; gli enunciati veri “nos recuerdan que compartimos el mismo mundo y que nos llaman la atención las mismas cosas, y nos ayudan a descubrir en qué estamos de acuerdo y en qué no”¹³.

La nozione di verità svolge una funzione molto differente nell'ambito politico rispetto a ciò che può svolgere in altri ambiti, come

¹¹ H. ARENDT, *Verdad y política*, cit., 19.

¹² J. BAGGINI, *Breve historia de la verdad*, trad. de J. Eloi Roca, Ático de los Libros, Barcelona, 2018, 11 (ed. orig. *A Short History of Truth*, Quercus, London, 2018).

¹³ B. WILLIAMS, *Verdad y veracidad. Una aproximación genealógica*, trad. de A.E. Alvarez y R. Orsi, Tusquets, Barcelona, 2006, rispettivamente 18 e 79 (ed. orig. *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton 2002).

per esempio in quello scientifico. Hannah Arendt si propone di distinguere fra una verità razionale e una verità fattuale. Mentre la prima è legata alle teorie o alle scoperte, la seconda si riferisce ai fatti e agli avvenimenti. In questo senso la verità riferita ai fatti mostra una intrinseca debolezza in relazione alle tecniche di dominio il cui terreno è precisamente quello della verità fattuale. Arendt riconosce che le possibilità che la verità fattuale sopravviva agli attacchi del potere sono, di fatto, molto ridotte. La verità in politica è rilevante in relazione alla parte di realtà su cui intende operare la decisione politica, tanto quella che corrisponde al potere istituzionalizzato, quanto quella che si adotta nel quadro dei meccanismi di partecipazione civile non istituzionalizzati. Non è predicabile delle ideologie, delle proposte politiche, delle teorie della giustizia, ma dei fatti su cui si applicano queste proposte normative. Questo però non vuol dire che la nozione di verità non sia trascendente in politica.

L'importanza della verità in ambito politico risiede nella sua capacità giustificativa delle decisioni politiche. La relazione con ciò che è fattuale, il rapporto con la realtà e la conseguente volontà di conservazione o di trasformazione, deve essere tenuta in considerazione al momento di giustificare la decisione politica. E questa è la funzione della verità in politica. Questa funzione, tuttavia, non deve ridursi soltanto all'ambito giustificativo, ma contribuisce a determinare anche l'ambito di riferimento in cui le decisioni politiche acquistano senso. Quest'ultimo esiste al di là delle opinioni; non può essere considerato una conseguenza delle stesse. Al contrario costituisce la sua realtà comune e oggettiva. Per questo l'intervento nella delimitazione e nel contenuto di questo ambito è qualcosa di insistentemente ricercato dai governi totalitari. Arendt ci parla di governi ideologizzati per i quali la realtà fattuale può diventare qualcosa di scomodo, su cui perciò si deve intervenire trasformando i fatti, il cui carattere indiscutibile si respinge, in opinioni, che potendo essere messe in dubbio, sono pertanto suscettibili di revisione.

III.

Una rappresentazione ed esposizione veritiera della realtà è una esigenza imprescindibile al momento di giustificare le decisioni politiche, in democrazia. Queste decisioni devono avere un rapporto con la realtà nel senso che sono condizionate dalla stessa e sono

chiamate ad influire su di essa. Però, a volte, la relazione tra verità e realtà si rompe, si distrugge, come quando la realtà è scomoda, ragione per cui la sua relazione con la decisione politica si sovverte. In sostanza, non è la decisione che deve essere assunta tenendo conto della realtà, ma è questa che si adegua alla decisione, alla volontà politica. Tale inversione del rapporto, della relazione fra realtà e decisione, soggiace al neologismo di post-verità. Neologismo e alle volte eufemismo dal momento che sembra piuttosto un termine dietro al quale si nasconde quello più esplicito di menzogna.

Non mi sembra rischioso affermare che la post-verità sia una delle forme contemporanee, probabilmente la più esplicita e radicale, di menzogna politica. Il ricorso alla post-verità deve essere smascherato come un autentico strumento di intervento politico che persegue un cambiamento della realtà non attraverso il gioco delle ragioni e degli argomenti, che è strategia tipica della democrazia, ma mediante la presentazione o rappresentazione di una realtà alternativa. Il ricorso alla post-verità implica la creazione di fatti che vengono appunto creati piuttosto che constatati. Il che ci permette di parlare, in un senso certamente eufemistico, di verità creativa¹⁴. Si è così di fronte a una modalità non democratica di cambiare la realtà da cui si desume che questa, nella sua funzione di limite, la realtà come limite, sia un autentico nemico da occultare o alterare dal momento che ostacola, rende difficile o mostra ciò che in una determinata proposta è irrazionale e privo di fondamento. Si propone, pertanto, un'appropriazione del mondo della realtà che faciliti l'azione del potere politico¹⁵.

La funzione della politica, se concepita in un'ottica progressista, è di trasformare la realtà, non negandola direttamente, ma elaborando proposte che si giustificano a partire dalla constatazione di ciò che è ingiusto o di quanto è migliorabile di questa realtà. Pertanto, la politica, nell'esercizio delle sue funzioni, che possono essere dirette al cambiamento della realtà, richiede la verifica della realtà come un punto di partenza e non come sua negazione. E proprio questa verifica

¹⁴ J. BAGGINI, *Breve historia de la verdad*, cit., 58.

¹⁵ Si v. T. CASADEI, *Dal dispotismo al totalitarismo: Hannah Arendt*, in D. FELICE (a cura di), *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-giuridico*, II, Liguori editore, Napoli, 2002, 650.

costituisce la base a partire dalla quale le proposte di trasformazione possono giustificarsi.

Tuttavia, il ricorso alla post-verità ci dimostra che, a volte, tante volte, mancano argomenti condivisibili per cambiare la realtà o che la stessa realtà è preferibile rispetto a certe alternative. Per questo si ricorre alla implicita o non così implicita falsificazione della post-verità che dimostra che il linguaggio ha la capacità reale di alterare la realtà. In questo senso, tenendo in conto che la post-verità rappresenta una realtà “non reale”, ciò che fa il linguaggio è presentare una realtà alternativa all’esistenza. Questa capacità di alterare la realtà non deve essere intesa come mera espressione del carattere performativo del linguaggio, che in ogni caso deriva dall’esistenza di una norma che attribuisce specifiche conseguenze all’uso del linguaggio. Decisamente all’opposto, oggi la capacità di alterazione della realtà dipenderà da altre circostanze. Pensiamo per esempio, in primo luogo, alla capacità di influenza, in definitiva di potere, del soggetto o dell’istituzione che lavora con la post-verità; in secondo luogo, al ricorso ai *social networks* e alle tecnologie dell’informazione come meccanismi di espansione del discorso politico e pubblico, o meglio come luoghi del discorso pubblico o politico; e in terzo luogo, possiamo pensare alla difficoltà del cittadino quando deve distinguere tra informazione falsa e informazione vera, tra discorso falso e discorso vero.

IV.

Consideriamo, in primo luogo, il potere del soggetto che ricorre alla falsificazione della realtà. Si tratta di un elemento che credo condizioni l’operatività della post-verità, almeno per due ragioni: 1) per l’effettiva capacità di accesso ai canali di informazione. Questa condizione, sebbene oggi si veda relativizzata dall’accesso facile, semplice, ai canali di informazione e di comunicazione, non cessa di essere importante; 2) per l’esistenza di un sentimento di accettazione acritica da parte del soggetto che riceve il messaggio. Per questo la post-verità ha bisogno della risposta di una cittadinanza politica.

In secondo luogo, il carattere esplicito, radicale, della post-verità come menzogna politica, è strettamente legato al contesto in cui oggi si sviluppa gran parte della comunicazione politica, caratterizzato almeno da due elementi in reciproca connessione. Il primo è quello che è stato

denominato la svolta affettiva o emozionale della politica¹⁶. Oggi le nuove tecnologie favoriscono un tipo di comunicazione che enfatizza le dimensioni sentimentali. Possiamo pensare alle dimensioni irrazionali del discorso rispetto alle dimensioni deliberative. Il secondo elemento è costituito dalla svolta digitale che favorisce una semplificazione del discorso politico e del messaggio pubblico che necessariamente deve adeguarsi alle esigenze della piattaforma digitale di turno. In un conteso in cui gli *slogans* prevalgono sugli argomenti, tende a sparire la necessità di dare fondamento al proprio discorso, di dotarlo di solide basi discorsive. Gli effetti della svolta digitale si intensificano grazie a quello che potremmo chiamare l'imperialismo dei *social networks* che si presentano come il conteso idoneo per la pubblicità del discorso politico. Credo che sia appropriato parlare di imperialismo dei *social* dal momento che questi si presentano come uno spazio, a volte sembra l'unico, giacché i *social* sembrano occupare tutto lo spazio politico e, in questo senso, si parla di totalitarismo digitale, oltre il quale il discorso politico perde efficacia. A volte sembra che ciò che non si esprime attraverso la rete sia privo di capacità di incidenza. I *social* presentano un potenziale importante per favorire la comunicazione, aspetto che merita encomio dal punto di vista delle esigenze democratiche, però il potenziale è grande anche nel momento in cui si inaridisce la comunicazione e in questo senso si parla del discorso sui *social* come di un'autentica cacofonia digitale.

Tra la svolta affettiva e la comunicazione politica che si sviluppa sui *social*, esiste una relazione funzionale che condiziona la forma di fare politica ai nostri giorni. La politica in democrazia deve concedere uno spazio alla deliberazione, al confronto di posizioni mediante l'argomentazione, l'espressione delle stesse mediante il ragionamento passibile di critica attraverso la proposta di argomenti più efficaci e, probabilmente nell'ottica di una posizione postmoderna, si può sottolineare che questa sia una concezione antiquata della politica. Ciò nonostante, la suddetta affermazione post-moderna dovrà misurarsi con il risultato derivante dal confronto degli effetti di queste differenti forme di capire, di concepire e di fare politica. Io credo che i *social*

¹⁶ Si v. M. ARIAS MALDONADO, *La democrazia sentimentale. Política y emociones en el siglo XXI*, Página Indómita, Barcelona, 2016; ID., *La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia*, in *Revista de Estudios Políticos*, 173/2026, 27-54.

costituiscano in troppe occasioni il contesto in cui si nega questa forma, per alcuni come ho detto antiquata, di fare politica e di capire la politica. E questo perché in molte circostanze, forse nella maggior parte delle circostanze, non voglio essere troppo pessimista, il discorso politico che si articola in seno ai *social* costituisce la negazione dell'essenza della deliberazione e dell'argomentazione. Entrambe, deliberazione e argomentazione, esigono che si riconosca operatività alla ragione e al discorso. Però l'ambito dei *social* è piuttosto quello della semplice affermazione, dell'accusa non necessariamente dimostrata, della proposta non verificata, della risposta veloce, rapida, in tempo reale. È in definitiva l'ambito dell'esaltazione dell'emozione, del predominio delle affettività, degli affetti e delle fobie al di sopra delle ragioni.

La comunicazione politica nei *social* corre il rischio di funzionare non attraverso una linea argomentativa, una catena di argomenti in cui si possono identificare virtù e difetti, elementi di forza e di debolezza, ma come una fiammata abbagliante con almeno alcuni effetti essenziali: siamo di fronte a una fiammata che abbaglia e che pertanto rende difficile l'analisi critica, e questa fiammata suole innalzare la temperatura provocando un risultato che ha molte possibilità di essere poco ragionato. In definitiva, la comunicazione politica che si articola attraverso i *social* in molte occasioni smarrisce il necessario compromesso con la realtà. Compromesso che non è sottoposto allo scrutinio della deliberazione e della comunicazione. I *social*, in cui la comunicazione politica non è suscettibile di risposta attraverso una revisione critica argomentata, costituiscono l'ambito propizio per la propaganda e l'operatività della post-verità, che si avvale di questa possibilità e prova a usare al massimo le potenzialità, questo è vero, di una diffusione mai conosciuta fino ad ora, fino al nostro tempo, fino ai nostri giorni. Ciò che caratterizza la menzogna moderna in questo senso è, tra le altre cose, il suo carattere massivo. A partire da qui si produce una relazione inversamente proporzionale tra l'astensione della menzogna e la sua qualità intellettuale. In definitiva ci troviamo di fronte alla semplicità, alla banalizzazione del discorso¹⁷. In questo modo si moltiplicano gli effetti politici della menzogna e si altera, si impoverisce il dibattito con gli effetti che da ciò si producono in merito

¹⁷ Si v. F. MANCUSO, «*Terribles simplificateurs*»: la democrazia alla prova del populismo, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, V/2020, 567-586.

all'impoverimento della democrazia. Tutto questo non ci deve condurre a reclamare una restrizione della libertà, ma ad avere fiducia nella capacità di ciascuno di recuperare il valore della considerazione dell'altro, dell'educazione, della virtù democratica e del compromesso con la verità ed anche, se si vuole, il valore della cortesia.

In terzo luogo, l'importanza dell'informazione in democrazia. Questa informazione costituirà la base a partire dalla quale il soggetto prenderà le decisioni, tanto quelle personali, quanto quelle altre che hanno ripercussioni sociali o ripercussioni ed effetti politici. La nostra epoca non è più quella in cui il problema del cittadino al momento di determinare un giudizio sulla realtà era proprio quello della mancanza di informazioni. Al contrario oggi il problema è quello dell'eccesso di informazioni, eccesso ricordato tante volte da Umberto Eco, che costringe il soggetto a operare una distinzione costante tra il messaggio vero e il messaggio falso.

L'esame a cui il cittadino sottopone l'ingente quantità di informazione che riceve attraverso i vari media è possibile soltanto se egli assume una posizione critica, un atteggiamento critico. Questo è particolarmente rilevante dal momento che, in questo scenario di confusione, il cittadino si vede costretto a respingere la comodità dell'accettazione acritica del messaggio pubblico e a coltivare quelle che possiamo denominare virtù epistemiche, come la modestia, lo scetticismo, l'apertura ad altre prospettive, lo spirito di indagine collettiva, la disposizione a contrapporsi al potere, il desiderio di trovare migliori verità e la volontà di far sì che i fatti guidino la nostra morale. Virtù epistemiche che sono in rapporto, se si pensa bene, con certi contenuti normativi che stanno anche in rapporto con l'idea di verità, la sincerità, la veridicità, l'affidabilità, la trasparenza. Contenuti normativi che sono in realtà importanti per la democrazia o per una certa idea di democrazia. Ma queste virtù epistemiche si trovano in un contesto caratterizzato dalla sua esplicita negazione: eccesso di sicurezza, cinismo, chiusura mentale, eccessivo individualismo, passività di fronte e innanzi al potere, perdita di fiducia nella possibilità di articolare, di trovare migliore verità e una morale, un atteggiamento morale tante volte guidato dall'istinto, dallo stomaco, dalle viscere, anziché dalla testa, dal cervello, dal pensiero razionale.

V.

In definitiva il ricorso alla post-verità, ossia a questa costruzione di una verità parallela alla realtà, con vocazione a sostituirla, si presenta come una strategia di intervento politico. In questo senso si caratterizza per due aspetti distintivi. Il primo è quello che possiamo denominare il disprezzo dei fatti, che implica certamente un elemento di violenza. Dinnanzi alla volontà politica i fatti non esistono, smettono di costituire, di significare un elemento condizionante del discorso politico, che non ha più bisogno di stabilire nessun tipo di rapporto, nessun tipo relazione con la realtà conformata da questi fatti, sia che si voglia conservarla o modificarla. L'appello a dimensioni sentimentali ed emotive contribuisce a disprezzare la rilevanza della realtà che non è più considerata come qualcosa di anteriore al discorso politico, avviato ad agire su di essa, ma al contrario è un risultato, un prodotto di questo discorso. In questo senso la post-verità non si identifica, e questo mi sembra anche molto importante, con il semplice errore, la post-verità contiene una componente intenzionale e ciò contribuisce a definire il suo significato politico. Contiene una componente intenzionale che si dirige verso la negazione volontaria della realtà. Questa è la sua principale strategia di azione politica. Attraverso la negazione della realtà, la verità si presenta come qualcosa di disponibile per il potere e questa disponibilità implica una maggiore capacità di dominio. Questo discorso, in secondo luogo, è in contrasto con determinate esigenze essenziali della democrazia. Il ricorso alla post-verità è una strategia antidemocratica perché cerca l'accesso e il mantenimento del potere mediante l'alterazione della percezione della realtà che il soggetto compie a partire dalla quale certifica la sua posizione, costruisce la sua posizione, in relazione a quanto è desiderabile relativamente al cambiamento o al mantenimento di questa realtà.

Il ricorso alla post-verità condiziona la costruzione individuale delle preferenze politiche. E in ultima istanza condiziona il suo voto, la sua opinione che viene pregiudicata. Tuttavia, viene pregiudicata o viene pregiudicato, e qui risiede il nucleo della contraddizione tra post-verità e democrazia, mediante l'introduzione della falsità in ambito politico, con l'effetto alterante che da esso deriva nella determinazione delle preferenze politiche. La deliberazione, lo sforzo, il lavoro nella scelta dei migliori argomenti capaci di convincere, la capacità di sottoscrivere e di giungere ad accordi partendo da differenti posizioni, anche di posizioni contrarie, cede il passo dinnanzi ad una, possiamo

dire, sovversione, falsificazione dello scenario in cui la politica democratica dovrebbe svilupparsi.

In definitiva, il ricorso alla post-verità è di massima utilità per il totalitarismo. Nel suo compito di occupare tutto lo spazio politico, incluso il luogo che occupa la verità che si presenta come qualcosa di scomodo, che in nessun modo deve presentare capacità di resistenza di fronte al potere. La verità e la realtà sono qualcosa di così totalmente malleabile che hanno minore o maggiore valore in funzione del loro carattere più o meno scomodo dinnanzi al potere. E in questo senso la post-modernità ha sottolineato la sottomissione della verità all'interesse politico, la distinzione tra verità e menzogna dipende alla fine dal successo del discorso¹⁸.

In questo senso la realtà, e la verità, sono qualcosa che si può vendere e comprare, che è a disposizione della volontà del potere e diventa, in poche parole, una merce. Per questo credo che la post-verità sia in completa contraddizione con la capacità di riflettere che permette all'individuo di interrogarsi sulla realtà delle cose, con il *sapere aude* a cui si richiama Kant e che implica un modello di cittadinanza critica; con l'autenticità della libertà di opinione, che si snatura dal momento in cui i fatti non sono alla base delle opinioni; e anche con gli obiettivi della modernità.

Per finire posso aggiungere che da queste riflessioni derivano conseguenze per la teoria dei diritti: si possono identificare linee di ricerca che meritano attenzione e che possono fondare la contestazione, almeno da un punto di vista accademico, a questa soglia della post-verità. In primo luogo, è necessario approfondire il senso che in democrazia ha il diritto all'informazione. Sul punto credo che dobbiamo essere cauti di fronte alle strategie contro la disinformazione e domandarci chi debba essere protagonista di queste strategie, i poteri pubblici o i cittadini. Secondo punto, una rivendicazione del diritto alla scienza, nel senso di diritto a conoscere i risultati prodotti dalla ricerca scientifica. Credo che il discorso sulla post-verità implichi un discredito di tutto ciò che ha a che fare con la scienza e in questo senso il discorso sulla post-verità è in stretto rapporto con tutto ciò che significa il negazionismo nelle sue molteplici manifestazioni. Terzo, per concludere, si profila una ricerca su quello che possiamo, in definitiva,

¹⁸ Si v. J. GARCIA DEL MURO SOLANS, *Good-bye, verdad. Una aproximación a la posverdad*, Ed. Milenio, Lleida, 2019.

identificare con il diritto alla verità. Diritto alla verità non come un diritto collettivo, in questo senso si parla della memoria storica, ma come un diritto individuale, nel senso dei diritti aletici, di cui parla ad esempio in Italia Franca D'Agostini.¹⁹ Ma queste linee di ricerca dovranno essere sviluppate in un futuro.

¹⁹ Si v. F. D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, in *Biblioteca della Libertà*, LII, 218/2017, 5-42; F. D'AGOSTINI, M. FERRERA, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Einaudi, Torino, 2019.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

SALVATORE BERLINGÒ

Laicità «pos-moderna» nella nuova Europa: un itinerario performativo dell'amicizia (euro)mediterranea?

ABSTRACT - In this article the Author stresses the point that one of the fundamental presuppositions of any democratic political order is the "friendship", expressed above all in terms of hospitality and openness to differences.

KEYWORDS - post-modern laicality - Mediterranean Sea - Europe - multiculturalism

1/2021

SALVATORE BERLINGÒ*

Laicità «pos-moderna» nella nuova Europa: un itinerario performativo dell'amicizia (euro)mediterranea?*

Nel corso della celebrazione dell'Epifania, il 6 gennaio 2021, Papa Francesco ha fatto appello ad un particolare criterio interpretativo delle vicende che quotidianamente ci riguardano e, non di rado, ci affliggono, il criterio c.d. del *realismo teologale*¹. Di là della tessitura forse troppo erudita della formula – come ha avuto modo di riconoscere lo stesso Pontefice – si tratta di un canone ermeneutico da non trascurare quando occorre “vedere” oltre le apparenze o al di là del “velo del visibile”, senza eludere la concretezza del reale, anzi in essa riscoprendo quel che vi è di più vero ed autentico. Come non può non convenire chi è aduso alle problematiche oggetto della c. d. teodicea – ossia dello studio sulla compatibilità fra l'esistenza del male nel mondo e l'infinita bontà e misericordia del Creatore – la tempesta, ogni tempesta², mette a nudo che, nonostante le innegabili differenze, l'umanità dispone di un'unica barca se vuole trarsi in salvo, e cioè del recupero della fiducia nel *Deus absconditus*, il Dio ammantato nel “silenzio” della essenzialità delle origini: *in carne mea, videbo Te, Domine!* (Giob 19, 26).

È vero: è occorsa la tempesta di una pandemia globale perché venissero «allo scoperto tutti i propositi di “imballare” e dimenticare ciò che ha nutrito l'anima dei nostri popoli ... le nostre radici ... privandoci così dell'immunità necessaria per far fronte all'avversità»³. In particolare, per quel che ci riguarda più da vicino, la catastrofe pandemica ha fatto affiorare tutte le tentazioni di obliare la culla e la matrice più genuina della

* Professore emerito di Diritto Ecclesiastico presso l'Università degli Studi di Messina.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

È la trascrizione del Seminario tenuto da remoto il 19 gennaio 2021 su *La formazione interculturale degli operatori giuridici, alla luce della laicità all'italiana*, nell'ambito della programmazione del Dottorato di ricerca «Ordine Giuridico ed Economico Europeo», Anno Accademico 2020/2021, dell'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia.

¹ Cfr. *Omelia del Santo Padre Francesco* (Basilica di San Pietro, Mercoledì 6 gennaio 2021), in www.vatican.va.

² Cfr. il richiamo alla tempesta di cui al brano evangelico di Mc. 4, 35 ss., contenuto nella *Benedizione “Urbi et Orbi” del Santo Padre Francesco – Momento straordinario di preghiera in tempo di epidemia* (Sagrato della Basilica di San Pietro, Venerdì, 27 marzo 2020), in www.vatican.va.

³ Cfr. *Ivi*.

nostra stessa civiltà. Le tempestose derive dell'immane flagello socio-sanitario hanno enfatizzato la rappresentazione della perifericità e delle fragilità del bacino del Mediterraneo, facendoci propendere per un suo accantonamento⁴. Ci siamo lasciati ammaliare dall'incantesimo delle transoceaniche sirene mercatorie⁵, invece di restare fedeli al sentimento "panumano" condensatosi, in varie guise e nelle epoche più diverse, lungo le sponde del *Mare nostrum*⁶, per diffondersi, di seguito, in tutto il Vecchio Continente e quindi per intraprendere, come insuperatamente scritto da Braudel, la navigazione d'alto mare che lo ha condotto a permeare di sé «tutti e sette i pelaghi del Pianeta»⁷.

Al culmine del suo tormentato itinerario di ricerca l'insigne storico delle religioni Ernesto Buonaiuti⁸, ha avuto modo di chiarire che la capacità diffusiva dell'umanesimo mediterraneo è frutto di una plurimillennaria tradizione, i cui Maestri hanno concorso a formare una poliedrica sintesi, una feconda temperie di saperi strumentali e di saperi atti ad apprezzare beni relazionali o immateriali non competitivi⁹.

Si può ricorrere, in proposito, ad una similitudine, notando che dalla stratificazione geologica delle aree che costituiscono l'estrema propaggine dell'Europa, al centro del Mediterraneo, è indotto l'*humus* per il frutto

⁴ Cfr. S. BONGIOVANNI e S. TANZARELLA (a cura di), *Con tutti i naufraghi della storia. La teologia dopo "Veritatis gaudium" nel contesto del Mediterraneo*, Il Pozzo di Giacobbe, Trapani 2019.

⁵ Cfr. ancora *Benedizione "Urbi et Orbi" del Santo Padre Francesco*, loc. cit.

⁶ Cfr. S. BERLINGÒ, *Alla riscoperta della laicità in Europa*, in *Derecho y Opinion*, 8/2000, 261 ss., con il doveroso rinvio ad A. PAPISCA, *Verso un diritto panumano*, in C. CARDIA (a cura di), *Anno duemila: primordi di una storia mondiale*, Giuffrè, Milano, 1999, 141 ss.

⁷ Quest'espressione è utilizzata da F. BRAUDEL, *Civiltà materiale, economia e capitalismo. Le strutture del quotidiano (secoli XV-XVIII)*, Einaudi, Torino, 1993, 375, per indicare l'inclinazione delle genti mediterranee a rendersi protagoniste di missioni planetarie, e ben può evocare quanto auspicato, fra gli altri, da A. FERRARI, *Le droit européen de liberté religieuse au temps de l'Islam*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 16/2017, in specie 10 ss. e da ID., *Pour une agora politique partagée autour de la Méditerranée*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 34/2019, 116 ss., in specie 119-122, in vista di un rinnovato protagonismo euro-mediterraneo, al servizio di una declinazione e diffusione universalista dei diritti umani e dei principi democratici.

⁸ Cfr. E. BUONAIUTI, *I Maestri della tradizione mediterranea*, Colombo, Roma, 1945, secondo una linea di pensiero più tardi ripresa, fra gli altri, da F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Laterza, Roma-Bari, 1996, da E. MORIN, *Pensare il Mediterraneo. Mediterraneizzare il pensiero. Da luogo di conflitti a incrocio di sapienze*, con post-fazione di A. Cacopardo, Il Pozzo di Giacobbe, Trapani, 2019, come pure dagli Autori che hanno contribuito al volume collettaneo J. RIES (a cura di), *Il sacro e il Mediterraneo*, Jaca Book, Milano, 2019.

⁹ Cfr. D. FAGET, *Éloge vagabond de la Méditerranée*, Philippe Rey, Paris, 2020.

tipico ed unico al mondo di queste terre, il *bergamotto*, così come dalla seriale sedimentazione delle civiltà ivi succedutesi nel corso dei secoli, è germinata una vocazione e si sono moltiplicati i paradigmi di una *intercultura* capace di riconoscere, accogliere e valorizzare i vari contributi identitari, arricchendoli ed implementandoli, senza svilirli. Non è quindi un azzardo impiegare la metafora *bergamotto dell'interculturalità*, considerando che l'ambiente mediterraneo ha interagito e continua ad interagire con ogni cultura allo stesso modo in cui l'essenza del bergamotto, nella composizione di ciascun profumo, ne fissa il *bouquet* aromatico, senza annullarlo o alterarlo, ma piuttosto rinvigorendo le fragranze più leggere, evidenziando quelle latenti, stemperando quelle più forti¹⁰. In altri termini, il segreto del Mediterraneo sarebbe quello di essere predisposto a recepire, nel medesimo ambito, lungo le proprie sponde, le tante alterità e diversità che ne rendono plurale e complessa l'identità, istintivamente portata ad interloquire con l'universo, anzi col *pluriverso*, per assecondare quel bisogno di mondo di cui parlava, appunto, Braudel¹¹.

Il recupero di questa smarrita identità può essere favorito dal richiamo alla cifra polifonica della Musa custode di questo Mare, ossia all'ispirazione per cui è stato possibile denominarlo, a suo tempo, *Mare amoroso* (secondo quanto si ricava da un poemetto duecentesco riprodotto nel Codice a penna n. 2908, conservato nella Biblioteca Riccardiana di Firenze). In termini meno poetici, ma più concreti – di «concretezza mediterranea» parla, del resto, Paolo Grossi¹², anche Lui storico insigne, oltre che Presidente Emerito della Corte costituzionale italiana – si appella al sentimento dell'*amicizia* Corrado Alvaro, quando descrive il Mediterraneo come un insieme di «incontri e sedimenti di civiltà», di

¹⁰ Cfr. S. BERLINGÒ, *La ricchezza dell'intercultura nell'esperienza locale*, in *La Chiesa nel tempo*, 1/2004, 110 s.

¹¹ In argomento si v. le sempre valide notazioni di P. RICOEUR, *L'Europa e la sua memoria*, Morcelliana, Brescia, 2017, volte a favorire le «narrazioni critiche» delle diverse tradizioni culturali nel contesto di un dialogo improntato all'etica della convinzione e della responsabilità; ed inoltre si rinvia ai vari contributi, raccolti ora, dopo la scomparsa dell'A., nel volume di R. PANNIKAR, *Pluriversum. Per una democrazia delle culture*, con introduzione di S. Latouche, Jaca Book, Milano, 2018.

¹² Cfr. P. GROSSI, *Scritti canonistici*, con introduzione di C. Fantappié, Giuffrè, Milano, 2013, 234.

«amicizie [appunto!] che spesso rimontano nei secoli», atteso che i «popoli affacciati a questo mare spettegolano uno dell'altro»¹³.

Per altro, l'*amicizia*, quale precisa forma di empatia, è, nella sua più appropriata significazione, l'antidoto che immunizza dal suo esatto opposto e cioè l'*inimicizia* o – per usare un termine comune sia a Nietzsche sia a Scheler – le "*ressentiment*", alimento di ogni tipo di guerra o di conflitto, così come l'*amicizia* è alla base della pace e dei rapporti di convivenza tra individui, popoli e culture¹⁴. Già Kant, del resto, nel suo saggio sulla pace perpetua, aveva tenuto a precisare la differenza – fondamentale per una retta e paritetica impostazione dei rapporti sociali e interculturali – fra il *visitatore* e l'*ospite*, chiarendo che per quest'ultimo non bastano le comuni regole di convivenza, ma si richiede «un benevolo [meglio: un *amichevole!*] accordo particolare», l'unico idoneo perché si possa accogliere «l'estraneo in casa come coabitante»¹⁵.

Or bene, i Paesi del Mediterraneo e la stessa Europa – che da questo Mare trae alimento e con questo Mare può tornare ad identificarsi per convergere verso comuni sviluppi avvenire¹⁶ – sono come ad un bivio: devono scegliere se atteggiarsi quale luogo da "visitare" (o, per chi crede alle nemesi storiche, da "conquistare"), ovvero quale luogo aperto all'ospitalità ed all'accoglienza, capace di un recupero – in virtù dei plurali sedimenti di civiltà e di cultura di cui si è detto – al dialogo e ad un rinnovato senso dell'*amicizia* persino degli interlocutori più riottosi o violentemente ostili: si pensi alle odierne inquietanti vicende d'oltralpe, dove esecrandi atti terroristici inducono a proporre formule che rischiano di essere percepite – pure al termine di laboriosi e ponderati itinerari di gestazione¹⁷ – come non più ispirate ad una laicità *par confrontation* o «per

¹³ Cfr. C. ALVARO, *Diario*, ora in ID., *Viaggio in Turchia*, a cura di A. Faitrop-Porta, Falzea Editore, Reggio Calabria, 2003 (I^a ed. Fratelli Treves, Milano-Roma 1932), 142.

¹⁴ Cfr., anche per le opportune referenze, S. BERLINGÒ, *L'Amicizia Mediterranea*, in G. TUCCIO (a cura di), *Reggio città metropolitana: per l'amicizia mediterranea*, Gangemi editore, Roma, 2010, 113-116.

¹⁵ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophische Entwurf* (Neue vermehrte Auflage), Friedrich Nicolovius, Königsberg 1796, nella traduzione italiana consultabile in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto di Immanuel Kant*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino, 1956, 303.

¹⁶ Cfr. S. BERLINGÒ, *Mediazione, Diritto e Religioni: la laicità in una società complessa*, in *Daimon*, 2020, 29, in corrispondenza di nt. 73, con richiami a conformi dottrine; ma v. pure quanto riferito *supra* in nt. 6.

¹⁷ Cfr. G. CASUSCELLI, *2021: sempre in attesa di una legge generale sulle libertà di religione, tra inadeguatezza e paura del cimento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1/2021, 3 s.

intersezione» ma, nuovamente, dettate da una laicità *de combat*, con venature assimilazioniste¹⁸.

Sembra, dunque, quanto mai opportuno che, in una congiuntura così complicata ed impegnativa per la regione euro-mediterranea, sia stato, ancora una volta, l'attuale successore di Pietro – nel messaggio pronunciato il 23 febbraio del 2020 in occasione dell'evento *Mediterraneo, frontiera di pace* – a ricordare che il «*Mare nostrum* è il luogo fisico e spirituale nel quale ha preso forma la nostra civiltà, come risultato dell'incontro di popoli diversi». «Proprio in virtù della sua conformazione – ha ribadito Papa Francesco – questo mare obbliga i popoli e le culture che vi si affacciano ad una costante prossimità»; ed ha aggiunto: «Ai nostri giorni, l'importanza di tale area non è diminuita in seguito alle dinamiche determinate dalla globalizzazione; al contrario, quest'ultima ha accentuato il ruolo del Mediterraneo, quale crocevia di interessi e vicende significative dal punto di vista sociale, politico, religioso ed economico ... Si può dire che le sue dimensioni siano inversamente proporzionali alla sua grandezza, la quale porta a paragonarlo, più che a un oceano, a un lago, come già fece Giorgio La Pira. Definendolo "il grande lago di Tiberiade", egli suggerì un'analogia tra il tempo di Gesù e il nostro. Come Gesù operò in un contesto eterogeneo di culture e credenze, così noi ci collochiamo in un quadro poliedrico e multiforme, lacerato da divisioni e disuguaglianze che ne aumentano l'instabilità. In questo epicentro di profonde linee di rottura e di conflitti economici, religiosi, confessionali e politici – afferma il Pontefice – siamo chiamati ad offrire la nostra testimonianza di unità e di pace»¹⁹.

Tale ultimo appello, per un viepiù articolato e complessivo equilibrio interculturale ed interreligioso, «*engenders and supports the liberating*

¹⁸Cfr. P. VALADIER, *Laïcité: solution ou problème?*, in *Études*, 1/2021), 71-80. Più in generale sulla riesumazione di tendenze nazional-identitarie in versione assimilazionista (contraria alle identità che "legano", nel senso illustrato, invece, da K. A. APPIAH, *The lies that bind. Rethinking Identity. Creed, Country, Color, Class, Culture*, Liveright Publishing Corporation, New York-London, 2018, 65 ss., 211 ss., in particolare 218 s.), cfr., ora, C. COKER, *Lo scontro degli stati-civiltà*, Fazi Editore, Roma, 2020.

¹⁹ *Mediterraneo, frontiera di pace. Incontro di riflessione e spiritualità tra i vescovi del Mediterraneo (Bari, 19-23.2.2020)*, in *Il Regno-doc.*, 5/2020, 154 s. Cfr. pure quanto già scritto in argomento, precorrendo i tempi, da A. MANTINEO, *Verso nuove prospettive del pluralismo religioso nel Magistero della Chiesa cattolica?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2011, in specie 20 ss.

transformation present in each religious worldview»²⁰, nella prospettiva di un pieno riscatto e di una fruttuosa implementazione e valorizzazione delle componenti culturali e religiose maggiormente marginalizzate e sacrificate rispetto a quelle dominanti.

A sua volta, questa prospettiva appare ineludibilmente connessa con una nozione della laicità dinamica, aperta e pluralisticamente orientata²¹. Il pensiero va ad una laicità definibile – alla stregua della terminologia e delle categorie adottate sempre da Paolo Grossi – *pos-moderna*²², cioè non dettata dall’alto di precostituite opzioni ideologiche o di principi solennemente, ma altrettanto astrattamente e ‘politicamente’, proclamati; ma promanante dal basso dei problemi pratici delle libertà di religione e/o di convinzione; in poche parole, non una laicità importata – ad esempio, non solo dalla Francia, ma neppure dalle malriuscite sperimentazioni d’oltreoceano, non a caso proclivi, per alcuni aspetti, ad esiti compiacenti con i sovranismi di turno²³ – bensì una laicità “domestica”, che ben può ravvisarsi nel modello c.d. di “laicità all’italiana”²⁴.

Questo modello esibisce – di per sé, ed al livello dei principi, salvo i limiti di cui pure si dirà in appresso – un’apprezzabile adesione alle tendenze *minority sensitive*, volte a battere in breccia gli orti conclusi di alcuni diritti ecclesiastici nazionali che non esitano a trincerarsi dietro una lettura autarchica dell’art. 17 TFUE (Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea). Non pochi di questi ordinamenti manifestano un’accentuata refrattarietà rispetto alle garanzie spettanti ai diritti fondamentali dei cittadini, già molti anni fa chiamati, invece, dalla Commissione Europea a partecipare attivamente alla *governance*, anche per

²⁰ Cfr. l’auspicio formulato in tal senso da J.F. TANNER, *Dialogical Transformation. Exploring Avenues of Interreligious Dialogue as a Practice Promoting Spiritual Growth*, Peeters, Leuven, 2016.

²¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Libertà di religione e laicità nella comunità politica: dalla “laicità all’italiana” alla “laicità europea”?*, in ID. e G. CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico italiano – I fondamenti. Legge e religione nell’ordinamento e nella società d’oggi*, Giappichelli, Torino 2020, 210 ss., nonché le appropriate annotazioni svolte, al riguardo, da L. M. GUZZO, *Spinti dal virus. Sul futuro della politica ecclesiastica in Italia*, in *Il Regno-att.*, 22/2020, 678 – 681.

²² Cfr. P. GROSSI, *Costituzionalismi tra «moderno» e «pos-moderno». Tre lezioni suor-orsoliane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Sul passaggio dalla «modernità» alla «postmodernità», cfr., altresì, di recente, C. FANTAPPIÉ, *Il diritto canonico nella società postmoderna. Lezioni universitarie*, Giappichelli, Torino 2020, 20-52.

²³ Si rinvia per i riferimenti sul tema a S. BERLINGÒ, *Libertà di religione e laicità nella comunità politica*, cit., 234

²⁴ Cfr., per tutti, F. FRENI, *La libertà religiosa tra solidarietà e pluralismo. Analisi e proposte sul modello di laicità “all’italiana”*, Jovene, Napoli, 2013.

il tramite dello specifico apporto delle aggregazioni religiose e fideistiche di appartenenza²⁵.

Alla luce di siffatta sollecitazione diviene ancor più plausibile l'accostamento tra l'itinerario (almeno in parte) intrapreso per la costruzione di una "nuova" Europa e quello che ha condotto alla configurazione del modello di "laicità all'italiana", di cui si è detto, segnato, al pari del diritto europeo, da un carattere e da una evoluzione spiccatamente giurisprudenziali e dottrinali. È a tutti noto, infatti, che in Italia l'affermazione giurisprudenziale della laicità è consistita in un più o meno fedele adattamento delle preve elaborazioni teoriche condotte sul campo al fine di acquisire un criterio idoneo a ricondurre a sistema le norme afferenti all'ambito disciplinare del diritto ecclesiastico. Tuttavia, nell'accingersi a tale ricostruzione, le ricerche più avvertite, movendosi all'insegna di un metodo prammatico, hanno sempre evitato di indulgere a modelli o paradigmi astratti, avulsi da disamine condotte sul piano della concreta applicazione delle norme e della pratica effettiva degli operatori. Esse hanno fatto tesoro del metodo enunciato per primo da Francesco Ruffini e successivamente elaborato e affinato da Arturo Carlo Jemolo, che si giovò, dapprima, degli insegnamenti e della guida del già ricordato Ernesto Buonaiuti e, poi, della feconda interlocuzione avuta con il corifeo della Scuola giuridica peloritana, Salvatore Pugliatti.

Ad avviso di quest'ultimo – com'è risaputo – il ciclo di vita del diritto si dipana in base ai ritmi propri di una «scienza pratica»²⁶, ossia di un sapere capace di contaminare il rigore della scienza con la presa in carico e la verifica delle vicende concrete dell'ordinamento. Può quindi ribadirsi che il processo di emersione e di consolidamento del principio di laicità in seno all'ordinamento giuridico della Penisola si è avvalso dell'indirizzo prammatico, tipico della tradizione scientifico-disciplinare del diritto ecclesiastico italiano. In questo senso essa – nei termini prima precisati – si mostra idonea ad offrire apprezzabili contributi di metodo per l'elaborazione di un'*ermeneutica della laicità* che affianchi un'*ermeneutica della dignità di ogni umana persona*, proiettata nel più generale contesto di rilevanza giuridica del fenomeno religioso anche a livello europeo.

Nella prospettiva così delineata si collocano alcune pronunzie della Corte EDU che – per quanto sotto traccia e con innegabili oscillazioni –

²⁵ Cfr. il *Libro bianco sulla governance*, pubblicato in GUCE n. C/287 del 12 ottobre 2001.

²⁶ Cfr. S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 77 ss., 101 ss., 193 ss., 257 ss., ma pure ID., *Crisi della scienza giuridica*, in ID., *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica* (ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2011, 819 ss.).

adottano indirizzi volti a ricostruire i tratti o i lineamenti di un *principio europeo di laicità* e a perseguire la realizzazione *in fieri* dell'ideale europeo di una *democrazia «panumana»* – nel senso in precedenza delineato²⁷ – valorizzando per via interpretativa (in specie *ex art.* 9.2, sovente combinato con gli articoli 11, 14 e 21, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) le libertà di religione, in quanto ricomprese fra le libertà fondamentali, e anzi tra esse eminenti²⁸.

Pure la pronunzia della Corte costituzionale italiana n. 203 del 1989 – secondo cui il «principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale» – va inserita in questa prospettiva, anche se il passaggio più significativo di detta sentenza è da cogliere nella definizione della laicità come «principio *supremo*». Con questo enunciato si conferma la valenza rigorosamente giuridica del principio, ma, ad un tempo, lo si colloca in una sfera *iperpositiva* (quella dei *super-valori costituzionali* o, addirittura, dei valori *super-costituzionali*²⁹), dotando così l'interprete di un ampio margine di discrezionalità ermeneutica.

²⁷ Cfr. *supra* in corrispondenza di nt. 6.

²⁸ Cfr. A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione* (Seconda Edizione riveduta e ampliata), Giuffrè, Milano, 2017, 219 ss., 236 ss., in specie 256.

²⁹ Siffatte *eccedenze assiologiche*, vengono accostate, in dottrina, alle *idées directrices*, di derivazione bergsoniana o ai *leading principles* di ascendenza weinberghiana. È il caso di precisare, a questo riguardo, che mentre risulta fondata la critica rivolta a Kelsen, quale assertore della teoria "pura" del diritto, di avere, alla fine, compromesso la coerenza della propria dottrina con la "impura" ipostatizzazione (quasi una divinizzazione) di ogni ordine giuridico, formalmente costituito, ripiegato nella propria statica immanenza (cfr. F. OST e M. VAN DE KERCHOVE, *La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen*, in H. ACKERMANS (a cura di), *Qu'est ce que Dieu? Philosophie/theologie. Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson: 1929-1983*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1985, 298 ss.), tale criticità si studiano di evitare i costituzionalisti cui si devono le formule richiamate nel testo (cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *federalismi.it*, 18/2017, in specie 10 ss. E A. SPADARO, *I valori dello Stato "laico" (...o "costituzionale"?)*, in *Diritto&Religioni*, 2/2011, 409 ss.), i quali fanno capo a una fenomenologia giuridica più comprensiva e, a un tempo, più realistica. Secondo quest'ultima prospettiva, il fattore genetico di ogni ordinamento è ravvisabile non già in una *Grundnorm*, "sacralizzata" una volta per tutte, bensì in un substrato, per dir così, emozionale e, insieme, intenzionale, alimentato da «una dotazione etica di superiore livello» e compenetrato in uno schema di «legalità

È vero, altresì, che l'ampiezza di questo margine di discrezionalità – di per sé garanzia di apertura, duttilità e progressività nelle scelte regolative – può prestarsi ad ambiguità ed abusi. Per tanto, non deve sorprendere che equivoci ondeggiamenti sono riscontrabili in materia non solo nella giurisprudenza della Corte italiana, ma anche in quella delle Corti europee. Ad esempio, la stessa Cedu (Corte europea dei diritti dell'uomo) si è mostrata non poche volte, soprattutto in passato, incline a prediligere un atteggiamento volto a declinare la laicità alla stregua e a sostegno dei modelli che, come negli ordinamenti francese, turco e svizzero, la proclamano in modo esplicito nelle loro Carte fondamentali, quasi a volerla ostentare come un simbolo suscettibile di essere ipostatizzato, compromettendo in tal modo un'interpretazione più aperta e dinamica dei valori posti alla base della Convenzione nel loro insieme considerati. In tal senso si è espresso, con una *dissenting opinion*, nel caso *Ebrahimian c. Francia*, il Giudice De Gaetano³⁰.

Va segnalato, tuttavia, che non mancano – in specie nelle fattispecie dei *registration cases* (sull'ammissibilità di nuove comunità di fedeli nei registri delle confessioni religiose, là dove esistono) – sentenze mirate a valorizzare, in sé e per sé, l'autonomia organizzativa e la pratica diffusione di gruppi fideistici (nuovi e) minoritari, come nelle pronunzie *Orthodox Ohrid Archidiocesi c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia* del 16 novembre 2017 e *Bektashi Community e altri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia* del 12 aprile 2018³¹.

sociale originaria», ossia nel *canone, nucleo, reticolo assiologico*, che sovrintende al continuo e dinamico raffronto dell'ordinamento positivo con le effettive e quotidianamente mutevoli esigenze del vissuto dei consociati (cfr. R. DE STEFANO, *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1990, 157 ss., 203 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 457 ss., in specie 462, 481 ss.; E. PARESCE, *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, in specie 524 ss., 540 ss. anche nelle note, 555 s., nonché i contributi di Salvatore Pugliatti, dei quali si è riferito *supra* in nt. 26).

³⁰ Indirizzi analoghi a quelli appena criticati nel testo possono ravvisarsi nelle pronunzie relative ai casi *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*, *Leyla Şahin c. Turchia*, *Refah Partisi (Partito della Prosperità) e altri c. Turchia*, *Dahlab c. Svizzera*.

³¹ E, ancor prima: *Canea Catholic Church c. Grecia* del 16 dicembre 1997, *Metropolitan Church of Bessarabia c. Moldova* del 13 dicembre 2001, *Soyato-Mikhaylivska Parafiya c. Ucraina* del 14 giugno 2007, *Gütl c. Austria* del 19 marzo 2009, *Löffelmann c. Austria* del 12 marzo 2009, *Lang c. Austria* del 19 marzo 2009, *Masaev c. Moldova* del 12 maggio 2009, *Jehovah's Witnesses of Moscow e altri c. Russia* del 10 giugno 2010, *Boychev e altri c. Bulgaria* del 27 gennaio 2011.

Proprio in talune di queste decisioni si intravedono gli influssi esercitati dalla dottrina che, in forza della tipica prassi europea del “diritto vivente”, ha contribuito a orientare la giurisprudenza verso un ammorbidimento della nozione “forte” di laicità dello Stato, altre volte patrocinata dalla Corte, favorendone gli sviluppi verso un modo di atteggiarsi più aperto e flessibile. Per questo, la dialettica instauratasi fra gli apporti dottrinali e le Corti dei diritti europee sembra essere più feconda e creativa rispetto a quella sviluppatasi tra l’esperienza giudiziaria statunitense e gli *amici Curiae*, troppo accondiscendenti verso le opinioni o tendenze culturali dominanti o, per dirla alla moda, *followers* (anzi, in alcuni casi, precursori) delle stesse tendenze e condizionati, fra l’altro, dalla composizione (quindi anche dalla propensione) eminentemente “politica” della Corte Suprema USA.

Occorre segnalare, inoltre, come la dialettica, di cui si è appena detto, risulti in Europa più incisiva, grazie anche alla possibilità prevista dall’art. 36, par. 2, della Convenzione e dall’art. 44, par. 3, del Regolamento della Corte EDU, di ammettere l’intervento in giudizio di “Terze Parti”, persino nella qualità di semplici soggetti portatori di generici interessi: soggetti che possono essere autorizzati, su richiesta, a presentare osservazioni scritte e, in circostanze eccezionali, a prendere parte all’udienza³².

Per quel che concerne l’influenza degli apporti scientifico-dottrinali sulla giurisprudenza europea, risultano significativi alcuni passaggi della sentenza relativa al caso *Izzettin Dögan c. Turchia*, che, al netto dei particolari riferimenti alla fattispecie della registrazione della comunità religiosa istante, appaiono emblematici per quanto appena osservato³³. In essi è possibile riscontrare il richiamo diretto ed esplicito ai contributi di qualificati organismi di esperti e di giurisperiti, che, ben per tempo, non

³² Anche la Corte costituzionale italiana ha adottato analoghe disposizioni con la Delibera dell’8 gennaio 2020: *Modificazioni alle “Norme integrative per i giudizi davanti alla corte costituzionale”* (in GURI, n. 17 del 22 gennaio 2020).

³³ Il ruolo, a sua volta, proattivo della Corte EDU, di là dei termini in cui si atteggiavano le sue pronunzie, risulta, da qualche anno a questa parte, evidenziato dal *Protocollo addizionale n. 16* alla CEDU, del 2 ottobre 2013, in forza del quale la Corte medesima rilascia «pareri consultivi su questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli», al fine di favorire un più proficuo “dialogo” con e fra le altre (Alte) Corti, volto alla migliore definizione e alla sempre più estesa e condivisa attuazione, per via giurisprudenziale, dei principi generali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

hanno esitato ad assumere posizioni avanzate ed a formulare precorritori enunciati. Altrettanto significativo, per la sua evidente corrispondenza con la richiamata tipica prassi europea del “diritto vivente”, l’impiego, in alcune recenti pronunzie, come, ad esempio nel caso *Bayatyan c. Armenia* (ric. n.23459/03) del 7 luglio 2011, del «*living instrument’ approach*», ossia di una interpretazione per dir così “attuosa” o evolutiva del testo della Convenzione o dei Trattati³⁴.

È chiaro che per procedere proficuamente in un’attività ermeneutica così avvertita, e pronta a recepire le dinamiche indotte nella società attuale dal perenne fluire dei “corsi e ricorsi” dottrinali e culturali, occorre poter contare su operatori giuridici dotati, in disparte della competenza propria delle loro specifiche discipline, di una particolare sensibilità *interculturale*. Bisogna, quindi, predisporre risorse umane capaci di cogliere il pregio del sapersi collocare alla «frontiera tra la cultura con le sue evidenze acquisite e – per come si esprimeva suggestivamente Domenico Farias – una realtà radicalmente diversa e ignota, che è oggetto di desiderio, di una ricerca e di un’avventura dello spirito che prendono l’uomo nel più profondo di sé»³⁵.

Questo atteggiamento appare indispensabile al fine di promuovere orientamenti viepiù favorevoli ad un’accezione aperta ed inclusiva del pluralismo religioso e culturale, assecondando un obiettivo di cui non può farsi carico esclusivamente la giurisprudenza, per di più con gli ondeggiamenti in essa registrabili. A loro volta, d’altra parte, i decisori politici, cui incomberebbe la primaria responsabilità di operare in tal senso, spesso – adducendo esigenze securitarie di protezione o di coesione sociale, non sempre autentiche – anche in Europa si conformano al sentire delle forze dominanti e, anzi che adottare scelte liberali, sovente, addirittura, le reprimono. È quindi importante – al fine di impedire che le correnti retrograde, come è ragionevole temere, soffochino il “soffio dello spirito”³⁶ – attivare tutti gli strumenti e i canali di cui si dispone, e ad alcuni dei quali si è già fatto cenno (come: l’*European Ombudsman*, l’intervento delle “Terze Parti” nei giudizi, lo scambio di pareri consultivi fra le Alte Corti, le iniziative connesse al *diversity management*, etc.), per far sì che gli indirizzi più favorevoli alle istanze capaci di alimentare un

³⁴ Su questo tipo d’interpretazione, cfr., per tutti, A. LICASTRO, *op. cit.*, 232 s.

³⁵ Cfr. D. FARIAS, *Crisi dello Stato, nuove disuguaglianze e marginalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 109.

³⁶ Cfr. G. CASUSCELLI, *Il “vento del cambiamento” e il “soffio dello spirito”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 23/2018, 1-7.

nuovo *soffio dello spirito europeo* si rafforzino e progrediscano, anche in virtù di una *politica del diritto* finalmente all'altezza dei tempi.

Non è fuori luogo auspicare che in questo quadro si inserisca, a pieno titolo, l'apporto degli ecclesiasticisti, purché si dimostrino capaci, per primi, di coltivare la consapevolezza delle potenzialità insite in un "nuovo inizio" del loro impegno non solo accademico, ma altresì etico-professionale, animato da un'avvertita etica sociale della cultura ed orientato ad una torsione interdisciplinare³⁷.

Va da sé che quest'apporto non potrà non prendere l'avvio ed esprimersi, innanzi tutto, nelle aule e nelle sedi degli istituti universitari; e di ciò dovrà pure tenere conto la prefigurata revisione dei Corsi di studio in Giurisprudenza, avendo presente, fra l'altro, quanto autorevolmente enunciato in *Uno scritto postumo di Uberto Scarpelli sui fini e valori dell'università e sull'autonomia universitaria, e due introduzioni ai corsi di lezione*. In questo scritto del Maestro torinese l'Università è appropriatamente definita come il «luogo critico del cambiamento della nostra società nel cambiamento della nostra epoca», la sua funzione consistendo nell'«educare uomini e donne liberi, capaci di affrontare creativamente il cambiamento della nostra epoca, verso la meta, lontana, ma splendente, di una società umana che unisca tutti gli esseri umani nella libertà e nella pace»³⁸.

Da questo punto di vista, è da salutare senz'altro con favore il riferimento al ruolo delle Università sia nei piani governativi, sia in altre proposte di rilancio delle politiche di sviluppo delle regioni meridionali: iniziative dichiaratamente mirate, fra l'altro, a frenare l'emorragia di cervelli in atto patita da questa parte d'Italia, e per l'intera Italia certo non produttiva³⁹. Un adeguato sostegno all'evoluzione di questo processo consentirebbe davvero che l'emblematica «molteplice eccentricità o

³⁷ Sul modo di intendere correttamente, in una con l'*interculturalità* (di cui si è prima detto), l'*interdisciplinarietà*, cfr. S. BERLINGÒ, *Per una ri-generazione degli studi ecclesiasticisti: non dalla "fine" ma da un "nuovo inizio"*, in G. D'ANGELO (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, I, Giappichelli, Torino, 2018, 56 ss. e ivi il rinvio, per ulteriori svolgimenti, in specie a S. DOMIANELLO, *L'insegnamento del diritto ecclesiastico e l'«avvenire»*, in M. PARISI (a cura di), *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nelle università italiane*, ESI, Napoli, 2002, 67.

³⁸ U. SCARPELLI, *Uno scritto postumo di Uberto Scarpelli sui fini e valori dell'università e sull'autonomia universitaria, e due introduzioni ai corsi di lezione*, con una nota introduttiva di S. Zorzetto, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12/2017, in specie 24.

³⁹ Cfr., ad esempio, l'iniziativa *Ricuciamo l'Italia. Manifesto per il Sud*, promossa, insieme con altri organismi, dalla SVIMEZ (Associazione per lo sviluppo dell'Industria nel Mezzogiorno).

perifericità» di alcune zone del Meridione d'Italia, come, ad esempio, la Calabria e, segnatamente, l'Area dello Stretto⁴⁰ – al centro del Mediterraneo tornato ad essere, a sua volta, come ricordato da Papa Francesco, il centro "eccentrico", il polo attrattore "strano" e perciò "sano" delle tangenziali e trasversali contemporanee⁴¹, tra Est ed Ovest, tra Nord e Sud, tra le realtà già sviluppate e quelle ancora in via di sviluppo – possa rovesciarsi nel suo esatto opposto di una «plurima centralità»⁴². Va da sé che le istituzioni universitarie a tal fine interessate – anzi che prodursi, come a volte purtroppo accade, in deleterie sovrapposizioni ed improvvide concorrenzialità – dovranno porre in atto iniziative sinergiche, volte a realizzare una costellazione gravitazionale di Poli di Alta cultura "globali", Centri di eccellenza allestiti a mo' di crogiolo per la creativa fusione del plurale tipo di saperi innescati dalle diverse "storie" che, per come si è visto, fanno capo alla civiltà mediterranea.

In modo specifico, i connotati ai nostri giorni rilevabili come tipici dell'"ambiente" mediterraneo evidenziano quanto sia prioritaria ed urgente l'esigenza di costituire Centri diretti a forgiare, fra l'altro, operatori interculturali – nel senso prima precisato – capaci di attrarre, accogliere e istruire folte schiere di giovani studenti e studiosi anche stranieri, non più da sfruttare (poveri tra poveri) come derive umane e quale forza lavoro o manovalanza per le mansioni meno elevate o per i traffici più loschi ed infamanti, ma da valorizzare a pieno quali risorse in linea con tutte le loro creative e innovatrici potenzialità⁴³.

⁴⁰ Cfr., ancora, D. FARIAS, *Situazioni ecclesiali e crisi culturali nella Calabria contemporanea*, Marra, Cosenza, 1987, 334, secondo cui «il patrimonio culturale calabrese [come dire: il codice genetico di detta Regione] non è solo calabrese e spesso non è nativamente calabrese e rinvia *altrove* per poter essere capito ed apprezzato».

⁴¹ Analoghe espressioni, che riecheggiano alcune figure semantiche gödeliane (K. GÖDEL, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme*, in *Monatshefte für Mathematik und Physik*, 38, 1931), sono state adibite già in S. BERLINGÒ, *Alla riscoperta della laicità*, cit., 274.

⁴² Cfr. S. BERLINGÒ, *Cristiani laici oggi in Calabria*, in *Il Regno-doc.*, 1/2002, 27 s.

⁴³ Può essere significativo, al riguardo, che nell'offerta formativa di uno degli istituti universitari di cui al testo risulta inserito, già da qualche anno, un Corso di Laurea in *Mediatori per l'intercultura e la coesione sociale in Europa* (MICSE), di cui ai programmi del FAMI (Fondo Asilo Migrazione e Integrazione), testimonianza di un – quanto meno incipiente (ma ancor timido) – interesse dell'Europa a farsi carico delle pressanti urgenze relative ai flussi migratori ed alle attività di cooperazione internazionale nel contesto del bacino del Mediterraneo: cfr., per più ampi ragguagli, S. BERLINGÒ, *Per una equa mondializzazione delle periferie nelle società plurali. La lunga (ma, forse, istruttiva) storia dell'attivazione di un "nuovo" Corso di laurea sull'interculturalità*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo"*. Studi in onore di Mario Tedeschi, vol. I, Luigi Pellegrini

Penso che il Corso di Alta formazione in cui sono stato così amabilmente invitato a svolgere questo intervento si iscriva perfettamente nella prospettiva da ultimo delineata, sicché proprio sulla base di questa convinzione mi è gradito formulare a tutti gli allievi i più sinceri e cordiali auguri per il loro studio, auspicandone anche l'impiego, un domani prossimo venturo, in una proficua e gratificante attività di lavoro; così come ritengo doveroso rivolgere i miei più vivi complimenti e ringraziamenti agli Amici e Colleghi che di tale Corso di studi sono i promotori ed i curatori. Grazie, davvero, per l'attenzione riservatami!

Editore, Cosenza, 2017, 159 ss. Altrettanto significativa appare, del resto, sempre al fine del ruolo che gli Atenei meridionali possono giocare nel processo costituente di una "nuova" Europa, l'attivazione del Corso di Dottorato in *Ordine Giuridico ed Economico Europeo*, dell'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro, da cui il presente saggio ha tratto spunto per la sua elaborazione.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

VALERIA CICONTE

Emergenza Covid-19: stato dell'arte sulle sperimentazioni e sull'obbligo di vaccinazione

ABSTRACT - Vaccine administration is a highly debated topic not only for purely scientific reasons but also for economic, regulatory and political reasons. The issue of vaccination appears to be very topical, not only for the social problems inherent in the taking of drugs, but also by virtue of the emergency climate that all over the world is facing Covid-19 cause. This paper reconstructs the current legislation on the subject of trials in the light of the emergency Covid-19, the future vaccine's perspective and the examination of the prophylactic vaccine in Italy through the main jurisprudential rulings.

Once we get how the Italian vaccination system works, we need to ask ourselves about the different options that can be activated by the legislator once the vaccine is ready.

KEYWORDS - COVID-19 - Clinical trial - AIFA - Ethics committee - vaccine



1/2021

VALERIA CICONTE*

Emergenza Covid-19: stato dell'arte sulle sperimentazioni e sull'obbligo di vaccinazione**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La sperimentazione clinica alla luce della recentissima normativa emergenziale anti-Covid19 – 3. Il diritto/dovere di vaccinazione – 4. Le questioni etico-sociali connesse al futuro vaccino – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le sperimentazioni cliniche rappresentano un segmento fondamentale per la sicurezza e l'efficacia di un farmaco. In Italia la normativa di riferimento è articolata e complessa, ed è soggetta a costanti mutamenti dettati dal recepimento del diritto europeo, cioè le sue direttive e i regolamenti¹.

La sperimentazione clinica ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 211/2003 deve essere intesa come «qualsiasi studio sull'uomo finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, e/o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno a più medicinali sperimentali, e/o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza e/o l'efficacia. Questa definizione

* 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.

¹ L'Unione europea ha una competenza di sostegno, coordinamento e completamento cd. «competenza di terzo tipo» ex art. 2, par. 5, TFUE. L'Ue, nelle materie elencate nell'art. 6 TFUE, può intervenire mediante azioni dirette a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri; gli atti frutto di tale attività però, non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Tra le materie rientranti tale tipo di competenza vi è la tutela e il miglioramento della salute umana. Circa le modalità di intervento dell'Ue è bene precisare che il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e trova diretta applicabilità negli Stati membri; la direttiva invece, non soltanto può rivolgersi anche solo ad alcuni Stati membri, ma soprattutto la sua forza vincolante è circoscritta, nel senso che obbliga lo Stato a cui è indirizzata alla realizzazione entro un termine ivi stabilito ad un risultato da conseguire, disinteressandosi in merito ai mezzi ed alle forme idonee alla sua applicazione. Per cui in questi casi sarà necessaria una norma di recepimento da parte del Paese membro; per maggiori approfondimenti v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017.

include le sperimentazioni cliniche effettuate in un unico centro o in più centri, solo in Italia o anche in altri Stati membri dell'Unione europea»².

Il legislatore ha voluto attribuire alla sperimentazione clinica un significato molto ampio, tale da far ricomprendere in essa molteplici obiettivi. Infatti, tra questi non vi è soltanto, come è ovvio, quello di valutare gli effetti clinici e quindi terapeutici di un farmaco; ma anche verificarne la sicurezza o gli effetti metabolici sull'uomo. Le sperimentazioni infatti si suddividono in fasi, dalla preclinica (in laboratorio, senza il coinvolgimento di esseri umani) alla IV fase, clinica, detta di farmacovigilanza (cd. *post-market*, che riguarda i medicinali entrati in commercio)³.

In tale contesto, il tema della vaccinoprofilassi appare essere di grande attualità, non soltanto per le problematiche sociali inerenti all'assunzione dei farmaci, ma anche in virtù del clima emergenziale che tutto in mondo sta affrontando causa Covid-19.

La somministrazione vaccinale rappresenta infatti un argomento fortemente dibattuto non soltanto per questioni prettamente scientifiche ma anche per motivi economici, normativi e politici.

Negli anni infatti, in riferimento ai vaccini si è registrata un'accesa discussione circa la loro efficacia scientifica da parte dell'opinione pubblica e di alcuni esponenti politici.

In generale, vi è infatti una grande confusione tra la politica della scienza (cd. *science policy*), che rappresenta la via che dovrebbe essere perseguita e la politicizzazione della scienza⁴.

La prima si sostanzia infatti, nei rapporti tra scienza e decisioni pubbliche da parte delle istituzioni, e quindi sull'utilizzo dei dettami scientifici all'interno delle diverse normative. La *science policy* rappresenta la posizione che la scienza dovrebbe assumere all'interno delle società democratiche; il giusto compromesso tra la conoscenza della comunità e le regole di convivenza⁵.

La seconda invece, fa sì che le istituzioni accolgano e facciano rispettare una regola scientifica, in quanto incontrovertibilmente provata, in modo autoritario⁶.

² Art. 2 del d.lgs. n. 211/2003

³ A. GIANNELLI, *Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-covid19: prove tecniche di accentramento delle competenze dei Comitati etici?*, in *Il dir. ec.*, 1/2020, 89 ss.

⁴ M. TALLACCHINI, *Vaccini, scienza, democrazia*, in www.sossanità.it, 2019.

⁵ M. TALLACCHINI, *Il governo della scienza. Dall'autoreferenzialità alle interazioni sistematiche tra scienza policy e democrazia*, in *Riv. fil. n. clas.*, 4/2018, 727 ss.

⁶ M. TALLACCHINI, *Ibidem*.

Da tali diversi concetti, emerge come si debba necessariamente «democratizzare la scienza»⁷, ossia creare istituzioni che orientino le loro scelte in base al sapere scientifico. Le modalità attuative del loro operato dovranno necessariamente realizzarsi tramite procedure trasparenti, accessibili e affidabili per tutti i cittadini; solo tramite dei processi di chiarificazione epistemica e democratica si potrà avere un raccordo pacifico tra le scelte delle istituzioni e l'opinione pubblica⁸.

Da queste brevi considerazioni introduttive emerge con chiarezza che le sperimentazioni cliniche, ma soprattutto il tema della vaccinoprofilassi, debba essere supportata da una politica in grado di trasmettere le evidenze scientifiche con trasparenza e semplicità, in modo che il messaggio possa essere colto agilmente da tutta la popolazione.

Nel presente contributo si tenterà di ricostruire in modo chiaro e lineare non soltanto la normativa vigente sul tema delle sperimentazioni alla luce dell'emergenza Covid-19; ma anche in prospettiva del futuro vaccino, la disamina della vaccinoprofilassi in Italia con le principali pronunce giurisprudenziali.

2. La sperimentazione clinica alla luce della recentissima normativa emergenziale anti-Covid 19

I provvedimenti adottati per fronteggiare la pandemia, per quanto concerne le sperimentazioni cliniche in Italia, sono contenuti rispettivamente nel d.l. n. 18/2020 del 17 marzo e nel d.l. n. 23/2020 del 3 aprile - oggi convertito in legge n. 40/2020 - in vigore dal 7 giugno 2020⁹.

Tramite la decretazione d'urgenza vi è stato un susseguirsi di interventi normativi che hanno fatto ritenere che vi sia stata una mera reiterazione, anche dopo l'entrata in vigore della legge di conversione, nei contenuti del secondo decreto rispetto al primo, vista la presunta identità testuale tra i due e il breve tempo intercorso tra l'uno e l'altro¹⁰.

⁷ Sul tema si v. M. TOMASI, *Introduzione a Forum: le responsabilità nei confronti della scienza*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, 7; e i contributi nel medesimo Forum di S. GARATTINI, 13 ss., e L. MARTINELLI, 18 ss.

⁸ M. TALLACCHINI, *Vaccini, scienza, democrazia*, *op.cit.*

⁹ Oggi deve essere letto in coordinato con la legge di conversione 5 giugno 2020, n. 40, recante: «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali».

¹⁰ A. GIANNELLI, *op.cit.*

Aspetto interessante della nuova normativa d'urgenza attiene il tema dell'eticità nelle sperimentazioni, in particolare agli artt. 17 de d.l. n. 18/2020 e al 40 del d.l. 23/2020.

Il governo, nel d.l. 18/2020 aveva optato per una forte semplificazione attinente all'*iter* approvativo nelle sperimentazioni attive presso le strutture dislocate nei diversi comuni italiani, le c.d. sperimentazioni multicentriche. Di norma, affinché la sperimentazione abbia luogo, il ruolo principale viene svolto dal Comitato etico del centro sperimentatore pilota e di quelli coinvolti come unità locali, i quali sono chiamati ad esprimere un parere positivo; per la sperimentazione Covid-19, e quindi per tutto il tempo in cui l'Italia versa in uno stato emergenziale¹¹, i pareri sopra esposti vengono sostituiti con il d.l. 18/2020, il quale ha attribuito esclusivamente al Comitato etico (CE) dell'Istituto Nazionale per le malattie Infettive "Lazzaro Spallanzani" di Roma, il compito di esprimere un parere unico nazionale per le valutazioni etiche¹².

Infatti, vista l'eccezionalità del periodo l'Istituto romano, al fine di reperire il più presto possibile una cura contro il virus, si è espresso positivamente autorizzando l'avvio di diverse sperimentazioni cliniche su tutto il territorio nazionale^{13 14}.

¹¹ Il Consiglio dei ministri nella seduta del 7 ottobre ha deliberato la proroga dello stato di emergenza al 31 gennaio 2021 approvando il d.l. «misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020».

¹² P. MILAZZO, *Emergenza e "quasi-reiterazione" del decreto-legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul COVID-19*, in *Lacostituzione.info*, 2020.

¹³ Tra questi il GRAd-COV2, candidato vaccino tutto italiano contro il COVID-19, ideato, prodotto e brevettato da ReiThera, società biotech di Castelromano, alle porte di Roma. V. <https://www.inmi.it/informazioni-vaccino-covid-19>.

¹⁴ Appare utile sottolineare che i ricercatori di tutti il mondo stanno concentrando i loro sforzi su tre tipologie di vaccini: Vaccino a RNA, a DNA e proteico.

Gli Attuali vaccini in fase III di sperimentazione sono circa una decina. Il vaccino a RNA BNT162b2 sviluppato di Pfizer e BioNTech ha concluso la fase III di sperimentazione; per tale ragione è stata presentata richiesta alle Agenzie europee ed internazionali per ricevere l'autorizzazione all'immissione in commercio.

Tale farmaco possederebbe già il 90% di sicurezza, in tal senso v. E. E. WALSH, M.D., R. W. FRENCK, Jr., M.D., A. R. FALSEY, M.D., N. KITCHIN, M.D., J. ABSALON, M.D., A. GURTMAN, M.D., S. LOCKHART, D.M., K. NEUZIL, M.D., M. J. MULLIGAN, M.D., R. BAILEY, B.Sc., K. A. SWANSON, Ph.D., P. LI, Ph.D., et al., *Safety and Immunogenicity of Two RNA-Based Covid-19 Vaccine Candidates*, in *The New Eng. Jou. Med.*, 14 ottobre 2020, 2439 ss.

In relazione a tale decretazione d'urgenza, sebbene il *fil rouge* seguito è stato quello di semplificare le procedure di autorizzazione, il d.l. 18/2020 non è rimasto esente da problematiche.

In particolare, da un lato non è stato specificato l'ambito applicativo di tale iter semplificato, ossia se trovi applicazione solo per le sperimentazioni cliniche o anche per gli studi di tipo osservazionale o per quello compassionevole; dall'altro, l'art. 17 ha taciuto sul regime assicurativo da dover applicare agli studi *no profit*, che di regola ricevono copertura assicurativa in base al parere favorevole del comitato etico locale, non più operativo secondo lo stesso d.l.¹⁵

Successivamente, il D.L. n. 23/2020, oggi convertito in legge n. 40/2020 entrato in vigore dal 7 giugno 2020 che ha mantenuto la stessa struttura del D.L. n. 23/2020, ha confermato il contenuto testuale dell'art. 17 del d.l. 18/2020, aggiungendo da un lato, che la procedura semplificata trovasse applicazione anche per gli studi osservazionali e per i programmi di uso terapeutico compassionevole; dall'altro ha affermato che gli studi *no profit* relativi al Covid-19 non devono essere dotati da una polizza specifica¹⁶.

Ruolo centrale all'interno della sperimentazione, in tutte le sue fasi come avviene nelle procedure ordinarie, viene ricoperto dall'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA).

L'AIFA infatti, quale ente regolatore italiano in materia di sperimentazione dei farmaci, svolge un ruolo centrale non soltanto nel processo di rilascio delle Autorizzazioni all'immissione in commercio dei medicinali (AIC), ma anche rispetto l'attività di farmacovigilanza successiva all'AIC del farmaco¹⁷.

In particolare, AIFA ha confermato, nella circolare pubblicata il 22.05.20¹⁸ in conformità della Legge n. 40/2020, ha confermato che tutti gli studi relativi al Covid-19 devono essere preliminarmente sottoposti alla sua Commissione Tecnico Scientifica (CTS), successivamente approvati, previa

¹⁵ P. MILAZZO, *op.cit.*

¹⁶ A. GIANNELLI, *op.cit.*

¹⁷ Per maggiori approfondimenti su AIFA v. F. COSTA – C. JOMMI – M. CAVAZZA, *Organizzazione e gestione delle sperimentazioni cliniche*, Milano, Egea, 2016, 17; Agenzia Italiana del Farmaco. La nuova normativa di farmacovigilanza, <http://www.agenziafarmaco.gov.it>; M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del Farmaco*, Torino, 2018, 1 ss.

¹⁸ <https://www.aifa.gov.it/web/guest/-/nuova-circolare-sulle-procedure-semplificate-per-glistudi-e-gli-usi-compassionevoli-per-l-emergenza-da-covid-19>.

valutazione, dall’Autorità Competente AIFA (Ufficio Sperimentazione Clinica) ed infine sottoposti al vaglio del CE dello Spallanzani¹⁹.

Di regola la sperimentazione per i vaccini e/o farmaci è un procedimento complesso, il quale oltre ad essere dispendioso può anche durare decenni, in base a quanto stabilito dal D.lgs. 219/2006 e successive modificazioni.

Le procedure di sperimentazione continuano a suddividere la fase clinica in quattro fasi²⁰, ma i tempi sono stati ristretti, grazie a una semplificazione in termini burocratici²¹. Solo qualora un vaccino abbia superato tutte le fasi di sperimentazione verrà poi attuata la procedura ai fini del rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio.

D’altronde, in relazione al periodo emergenziale che sta interessando tutto il mondo scientifico, non si può, vista la diretta correlazione tra l’ordinamento italiano e quello europeo²², non menzionare la normativa unionale e il ruolo svolto dell’Agenzia Europea del Medicinale (EMA)²³.

All’interno dell’Ue, e quindi di conseguenza in Italia, vengono autorizzati esclusivamente i farmaci che possiedano i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia in osservanza alle linee guida elaborate a livello europeo e internazionale²⁴. EMA è per l’appunto l’organismo della CE «responsabile del coordinamento delle risorse scientifiche messe a sua disposizione dagli Stati membri per la valutazione, la sorveglianza e la

¹⁹ AIFA, Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza COVID-19, 19/09/20.

²⁰ Sulla distinzione tra le diverse fasi della sperimentazione v. punto E. NOVELLINO (a cura di) *Il farmaco: ricerca, sviluppo e applicazione in terapia*, E. NOVELLINO – L. M. FUCELLA – D. BARONE – V. IADEVAIA – R. COLONNA, *Storia, ricerca e sviluppo del farmaco*, Napoli: FedOAPress, 2019, 33 ss.

²¹ P. PIANO, *Vaccino per la prevenzione della Covid 19: a che punto siamo*, in *Sossanità.org*, 2020; N. LURIE, et al., *Developing COVID-19 vaccines at pandemic speed*, in *New Engl. J. Med.* 2020, 382, 1969 ss.

²² Sul tema dei rapporti giuridici tra diritto eurolunionale e italiano si veda R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017.

²³ Sul tema si veda il piano elaborato per affrontare le emergenze sanitarie EMA, *plan for emerging health threats*, 10 December 2018, Doc. Ref. EMA/863454/2018 www.ema.europa.eu/en/documents/other/ema-plan-emerging-health-threats_en.pdf e anche e soprattutto EMA, *initiatives for acceleration of development support and evaluation procedures for COVID-19 treatments and vaccines*, 4 May 2020, Doc. Ref. www.ema.europa.eu/en/documents/other/ema-initiatives-acceleration-development-support-evaluation-procedures-covid-19-treatments-vaccines_en.pdf

²⁴ Per una rassegna completa delle procedure di autorizzazione vigenti v. G. LUCIGNANI (a cura di) *Sperimentazione e registrazione dei radiofarmaci*, A. R. MARRA – C. ZAPPALÀ, *Le procedure di autorizzazione all’immissione in commercio dei medicinali per uso umano*, Springer, Milano, 2013; E. NOVELLINO (a cura di), *op.cit.*, 69 ss.

1/2021

farmacovigilanza dei medicinali»²⁵. La disciplina che regola l'azione dell'EMA, la sua organizzazione nonché i principi fondamentali, è contenuta nel regolamento (CE) n. 726/2004.

In vista della conclusione delle fasi di sperimentazione del futuro vaccino, è opportuno interrogarsi, quindi, su quale procedura autorizzatoria ricadrà la scelta del Legislatore europeo.

Di norma la procedura di valutazione scientifica per il rilascio dell'AIC richiede un termine non inferiore ai 210 giorni, ai quali si aggiungono ulteriori 67 giorni nei quali la Commissione emette la decisione del rilascio, senza contare i possibili cd. *clock stop* concessi all'azienda farmaceutica al fine di fornire eventuali chiarimenti o informazioni richiesti dal comitato scientifico²⁶.

Per fronteggiare la pandemia, e quindi rilasciare l'AIC nel più breve tempo possibile si potrebbe pensare a diverse soluzioni.

La prima fra queste, che determinerebbe il rilascio dell'autorizzazione in soli 150 giorni è la richiesta di una valutazione accelerata. Ai sensi dell'art. 14 del Regolamento 726/2004 è possibile che «all'atto della presentazione della domanda di autorizzazione all'immissione in commercio per i medicinali per uso umano di elevato interesse per la salute pubblica e in particolare sotto il profilo dell'innovazione terapeutica, il richiedente può chiedere una procedura di valutazione accelerata. La domanda è debitamente motivata»²⁷.

In alternativa, l'art. 14 bis del Regolamento 726/2004²⁸ prevede un'ulteriore procedura che determinerebbe il rilascio di AIC in tempi più celeri, ossia la procedura condizionata. Infatti, la norma prevede che «in casi debitamente giustificati, per rispondere a esigenze mediche insoddisfatte dei pazienti, può essere rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio, prima della presentazione di dati clinici dettagliati, per medicinali volti a trattare, prevenire o diagnosticare malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, a condizione che i benefici derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superino il rischio dovuto al fatto che sono tuttora necessari dati supplementari. In situazioni di emergenza l'autorizzazione all'immissione

²⁵ Art. 55, Reg. CE n. 726/2004 che ribadisce quanto previsto dall'art. 49 del Reg. CEE n. 2309/93.

²⁶ V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori*, in DPCE online, 2, 2020, 2309 ss.

²⁷ V. SALVATORE, *Ibidem*.

²⁸ Così come modificato dal Regolamento (UE) 2019/5 dell'11 dicembre 2018.

in commercio di tali medicinali può essere rilasciata anche in assenza di dati preclinici o farmaceutici completi»²⁹.

Inoltre, la norma puntualizza che il ricorso a tale procedura sarà legittima solo se non esiste una cura soddisfacente autorizzata all'interno dell'Unione, su determinate patologie, oppure esiste ma, il medicinale oggetto della procedura condizionata apporterà dei miglioramenti terapeutici evidenti rispetto quello già esistente³⁰.

Infine, come terza ipotesi, al fine di iniziare a distribuire il vaccino, si potrebbe far ricorso all'uso compassionevole del farmaco qualora per questo sia stata presentata richiesta di AIC, ovvero sia sottoposto a sperimentazione clinica³¹. Le caratteristiche della pandemia Covid-19 possono essere legittimamente sussunte sotto l'ipotesi in esame in quanto l'art. 83 del Regolamento 726/2004 afferma che «per uso compassionevole si intende la messa a disposizione, per motivi umanitari, di un medicinale innovativo ad un gruppo di pazienti affetti da una malattia cronica o gravemente invalidante o la cui malattia è considerata potenzialmente letale, e che non possono essere curati in modo soddisfacente con un medicinale autorizzato»³².

In Italia l'uso compassionevole dei farmaci è disciplinato dal Decreto ministeriale n. 203 dell'8 maggio 2003 e dal Decreto del Ministero della Salute del 7 settembre 2017. Di norma tale richiesta deve ottenere un parere favorevole dal CE del centro che presenta la richiesta, e successivamente questo deve inviarlo, correlato dalla relativa documentazione, ad AIFA affinché questa svolga attività di verifica e monitoraggio. In tal senso infatti, l'Agenzia può anche sospendere e vietare la commercializzazione e l'assunzione del farmaco in questione qualora, ritenga che possa arrecare nocumento per la tutela della salute pubblica³³.

²⁹ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Preparazione per le strategie di vaccinazione e la diffusione di vaccini contro la COVID-19, 15 ottobre 2020. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/IT/COM-2020-680-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

³⁰ Art. 14 bis co. 2: «Ai fini del presente articolo, per esigenze mediche insoddisfatte si intende una patologia per la quale non esiste un metodo soddisfacente di diagnosi, prevenzione o trattamento autorizzato nell'Unione o, anche qualora tale metodo esista, in relazione alla quale il medicinale in questione apporterà un sostanziale vantaggio terapeutico a quanti ne sono affetti».

³¹ V. SALVATORE, *op. cit.*

³² V. SALVATORE, *Ibidem.*

³³ U. NOVELLINO, *op.cit.*, 77 ss.

Per far fronte all'emergenza Covid-19, e quindi alla necessità di facilitare e migliorare l'accesso rispetto all'uso compassionevole è previsto, ai sensi dell'art. 83 del Reg. 269/2004, che qualora uno Stato membro voglia aderire alla suddetta procedura deve notificarlo ad EMA, la quale esprime un parere sulle future condizioni di impiego e di distribuzione, in modo da favorirne un approccio omogeneo in tutta l'Unione³⁴.

3. Il diritto/dovere di vaccinazione

In vista del futuro vaccino, appare utile fornire una ricostruzione normativa e giurisprudenziale rispetto a un tema che, continua ad essere tutt'oggi, al centro del dibattito tra chi si oppone fermamente alle vaccinazioni e, chi invece, è favorevole.

L'attuale normativa, la legge n. 119 del 2017, rappresenta il risultato della continua e difficile ricerca di bilanciamento tra l'interesse pubblico e collettivo e il diritto del singolo.

Infatti, mentre il primo è animato dalla necessità di tutelare la salute della collettività contrastando i contagi; il singolo da quello di preservare la propria integrità psico-fisica^{35 36}.

Prima di analizzare quelle che sono state le pronunce più rilevanti sul tema, pare opportuno schematizzare il contenuto della normativa vigente.

L'emanazione del d.l. 73/2017 (cd. decreto Lorenzin), poi convertito in legge 119/2017, ha trovato il suo fondamento nella necessità di riorganizzare la materia vaccinale. Infatti, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) aveva manifestato preoccupazione circa la situazione dell'Italia che era stata posta al di sotto di Paesi con gravi carenze in termini di infrastrutture e risorse, come l'Eritrea e il Botswana. L'OMS, infatti raccomanda una

³⁴ V. SALVATORE, *op. cit.*

³⁵ C. MUGELLI, *È possibile un "accomodamento ragionevole" tra scienza e diritto? Riflessioni alla luce del D.L. n. 73 del 2017*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2020, 731 ss.

³⁶ Appare opportuno chiarire preliminarmente però che, nel nostro ordinamento, a fronte di questa eventualità, in virtù del principio di solidarietà tra individuo e collettività di cui all'art. 30 della Costituzione, è riconosciuto in capo alla parte lesa il diritto a ricevere un indennizzo per un equo ristoro del danno subito, in tal senso v. N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Diritto pubblico*, 2018, 181 ss.; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato da evidenze scientifiche*, in *Riv. Bio.*, 2019, 541 ss.

copertura vaccinale elevata al fine di garantire il raggiungimento della soglia di sicurezza per l'immunità di gregge³⁷.

Prima che venisse convertito in legge, il d.l. 73/2017 prevedeva principalmente l'introduzione di 12 vaccini obbligatori per bambini di età compresa tra 0 e 16 anni; la necessità di presentare a scuola il libretto vaccinale rilasciato dall'ASL; in caso di mancato vaccino la sanzione amministrativa per i genitori da 500 a 7500 euro e in ultimo l'Asl era tenuta a segnalare alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni l'inadempimento dell'obbligo vaccinale.

La legge di conversione ha successivamente rideterminato gli aspetti più afflittivi del decreto, in quanto da un lato ha ridotto i vaccini obbligatori da 12 a 10, dall'altro non soltanto ha diminuito la sanzione amministrativa da 100 ad un massimo di 500 euro, ma ha anche eliminato l'obbligo per l'ASL di segnalare al Tribunale dei minori la mancata vaccinazione.

Secondo quindi la normativa vigente sono esonerati dall'obbligo vaccinale i minori (0-16 anni) che hanno già contratto la malattia e ne sono pertanto immuni, e coloro i quali si trovano in specifiche condizioni cliniche, documentate dal medico, per cui la vaccinazione potrebbe comportare un grave rischio per la salute del bambino. Mentre per coloro i quali non vogliono vaccinarsi, vi è una ridotta sanzione amministrativa per i genitori, escludendo così come previsto dall'originario d.l. la possibile perdita della potestà genitoriale³⁸.

La normativa vigente in ultimo ha previsto una "clausola di flessibilità", con la quale il Ministro della Salute, mediante decreto, può aggiornare la lista dei vaccini obbligatori³⁹. Infatti, in base all'art. 1, co. 1-bis, il Ministro può sospendere l'obbligatorietà sulla base di «risultanze delle verifiche dei dati epidemiologici, delle reazioni avverse e delle coperture raggiunte e seguendo una procedura che coinvolge organismi tecnico-scientifici, la Conferenza Stato - Regioni e le commissioni parlamentari competenti». Questa disposizione appare connotata da una grande sensibilità del Legislatore attento alla continua evoluzione scientifica,

³⁷ Ministero della Salute, *Il «decreto-legge prevenzione vaccinale» a seguito della conversione in Legge da parte del Parlamento (28 luglio 2017)*, in *Salute.gov.it*, 2017, 3. <http://www.salute.gov.it>

³⁸ È necessario precisare, che la normativa vigente prevede, (in caso di mancata vaccinazione obbligatoria) esclusivamente per i bambini dai 0 ai 6 anni, oltre la sanzione pecuniaria anche l'esclusione dall'accesso alle scuole dell'infanzia.

³⁹ L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *Vaccini obbligatori e il ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Bio.*, 1/2020, 379 ss.



1/2021

nonché la necessità di conformare i trattamenti vaccinali con i dati acquisiti in determinati territori⁴⁰.

Tuttavia, pare opportuno segnalare che prima che il decreto fosse convertito in legge, la Regione Veneto ha depositato presso la Consulta un ricorso con il quale ha sollevato l'incostituzionalità del suddetto sotto diversi profili, in quanto ritenuto lesivo soprattutto degli artt. 32, 77, 81, co. 3 e 117, co.2 della Cost.

Per quanto concerne l'obbligatorietà dell'obbligo vaccinale, la ricorrente ha insistito sull'incompatibilità delle scelte del legislatore con gli artt. 2, 3 e 32 della Cost., la cui violazione avrebbe interferito sulle sue specifiche competenze regionali. Nella specie, la Regione Veneto ha sostenuto infatti che l'obbligo vaccinale era in contrasto con i principi di proporzionalità e precauzione. La scelta di imporre coattivamente dei vaccini comporterebbe una compressione del diritto di autodeterminazione dell'individuo⁴¹. Infatti, secondo la ricorrente *«l'eventuale introduzione di una normativa che imponga l'obbligatorietà dei vaccini deve muoversi, infatti, nell'ottica di un ragionevole bilanciamento tra il diritto alla salute del singolo e quello della collettività. Il fondamentale diritto dell'individuo alla salute, dunque, non può essere considerato in principio e in ogni caso cedevole, per la sua qualificazione di diritto sociale nei confronti del dovere dello Stato e dei provvedimenti adottati a tutela dell'interesse della collettività. Un'interpretazione dell'art. 32, comma 1, della Costituzione, diretta a privilegiare oltre misura il richiamo all'interesse della collettività, non potrebbe quindi mai essere condivisa, in quanto racchiuderebbe in sé i germi per una completa subordinazione dell'interesse individuale a quello statale, e, condotta alle sue implicite ma estreme conseguenze, potrebbe (...) giustificare qualsiasi trattamento coattivo che possa però consentire migliori contributi dell'individuo al benessere sociale»*⁴².

La Corte costituzionale con sentenza n. 5 del 2018 ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionali sollevate affermando in ultimo che *«la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiono normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la*

⁴⁰ L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *op.cit.*

⁴¹ L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *Ibidem.*

⁴² Ricorso n. 75 presentato dalla Regione Veneto per la legittimità Costituzionale 21 settembre 2017.

corrispondenza di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria»⁴³.

In generale quindi, mentre per gli adulti non vi è nessun obbligo vaccinale ma una semplice raccomandazione (soprattutto per coloro i quali lavorano, ad esempio in ambito socio-sanitario o rientrano nelle fasce più a rischio come gli anziani) per i bambini (da 0 a 16 anni) vi sono 10 vaccini obbligatori. In tal senso, lo Stato esercita la propria competenza legislativa esclusiva⁴⁴, ex art. 117 Cost., in quanto la vaccinoprofilassi appartiene alle prestazioni di livello essenziale di assistenza (LEA); pertanto, la sua somministrazione è garantita in maniera uniforme e gratuita su tutto il territorio nazionale⁴⁵.

Il legislatore ha confermato tali scelte, basandole sull'assunto contenuto nell'art. 32 della Cost., che è il presupposto normativo in base al quale si è tentato di fare un compiuto bilanciamento tra il diritto di autodeterminazione del cittadino e i provvedimenti statali di vaccinazione.

L'art. 32 della Cost. recita infatti che: «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La tutela della salute quindi, è riconosciuta come diritto dell'individuo e interesse della collettività. La giurisprudenza costituzionale e la dottrina prevalente hanno infatti sottolineato come il bene della tutela della salute sia ontologicamente dualista⁴⁶, quello individuale e soggettivo⁴⁷ e quello sociale e oggettivo⁴⁸.

⁴³ Corte Costituzionale, 18 Gennaio 2018, n. 5. Si veda anche A. PUPURA, *Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018, p. 809 e ss.

⁴⁴ N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1, 2018, 237 ss.

⁴⁵ M. SIRACUSA, *La vaccinoprofilassi: quali gli obblighi destinatari di questa "scelta strategica del diritto"?* in *Riv. it. Med. Leg.*, 3, 2018, 867 ss.

⁴⁶ *Ex multis* Corte Cost., sent. 18 luglio 1991, n. 356, in www.giurcost.org.

⁴⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.

⁴⁸ Corte cost., sent. 26 aprile 2012, n. 107, in www.cortecostituzionale.it; C.E. GALLO, E.B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998.



1/2021

Tali aspirazioni essendo in egual modo meritevoli di tutela devono trovare un giusto bilanciamento tra il diritto dell'individuo che può legittimamente rifiutare il trattamento sanitario, e l'interesse della collettività affinché la maggior parte della popolazione venga vaccinata⁴⁹.

La libertà dell'individuo, al pari di tutti gli altri diritti di libertà sanciti dalla nostra Costituzione, pur essendo inviolabile incontra dei limiti, rappresentati dall'altrui diritto e dall'interesse della collettività; infatti i diritti di libertà «non possono, nel loro insieme, considerarsi attribuiti all'uomo per la soddisfazione delle sue egoistiche esigenze, poiché alcuni di essi risultano improntati ad una elevata finalità sociale»⁵⁰.

La Corte cost. si è espressa infatti nel senso che il diritto alla salute comporta per l'individuo «il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari»⁵¹.

La posizione ormai granitica della Consulta⁵² si sostanzia nel fatto che un trattamento sanitario obbligatorio è costituzionalmente legittimo solo se vengono congiuntamente garantite la tutela della salute individuale e collettiva, trovando quest'ultima giustificazione nella necessità di preservare la salute della *societas* da pericoli e gravi danni; saranno di conseguenza esclusi tutti quei trattamenti sanitari obbligatori che determinino un peggioramento o una lesione alla salute del singolo a beneficio della collettività⁵³.

⁴⁹ D. CAPANO, I. MERCURIO, M. GABRIELLI, G. TROIANO, P.G. MACRÌ, *Le vaccinazioni tra libertà dell'individuo e salute della collettività: aggiornamenti legislativi e profili di responsabilità*, in *Riv.it. med. Leg.*, 4/2019, 1322 ss.

⁵⁰ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 162.

⁵¹ Corte Cost., sent. n. 2 giugno 1994, n. 218 e sent. 20 dicembre 1996, n. 399.

⁵² La Consulta ha avuto modo di tornare su alcuni specifici aspetti di tale articolata questione con due decisioni, le n. 137/2019 e n. 186/2019, adottate a poca distanza l'una dall'altra, confermando e puntualizzando quanto già in precedenza affermato; Cfr. Corte Cost. sent. 14-22 giugno 1990, n. 307; Corte Cost. sent. 16 marzo 1992, n.132; Corte Cost. sent. 20 giugno 1994, n. 258.

⁵³ A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2017.

In conclusione, appare opportuno segnalare che oltre le pronunce sul tema da parte del giudice costituzionale, sono ancora oggi in corso di esame nella Commissione Igiene e Sanità del Parlamento, i disegni di legge n. 363 e 770 presentati nel 2018 al Senato⁵⁴, i quali ponendosi in contrasto con la normativa vigente, vogliono introdurre nuove misure in materia di prevenzione vaccinale.

Questi testi ancora oggetto di valutazione da parte del legislatore rappresentano la prova di un dibattito politico ancora non conclusosi, poste le molteplici problematiche legate da un lato alle difficoltà attuative della legge n. 119 del 2017, dall'altro a un'opinione pubblica il cui pensiero è animato da pareri e visioni sempre più in contrasto⁵⁵.

4. Le questioni etico-sociali connesse al futuro vaccino

Una volta compreso il funzionamento del sistema vaccinale italiano, occorre interrogarsi sulle diverse opzioni attivabili dal legislatore una volta che il vaccino sarà pronto.

La discussione sull'obbligatorietà o meno del futuro vaccino presuppone considerazioni non soltanto giuridiche del tema ma anche etico-sociali.

A fronte di un vaccino sicuro ed efficace, tra i motivi a favore dell'obbligatorietà dello stesso, si potrebbe addurre da un lato la tutela della salute pubblica, in relazione alle persone fragili e agli ospedali, che stanno

⁵⁴ Nei richiamati disegni di legge si afferma che «l'aumento delle coperture immunitarie con il conseguente declino dell'incidenza di malattie prevenibili da vaccino ha spostato l'attenzione dell'opinione pubblica dai benefici delle vaccinazioni alla preoccupazione per la loro sicurezza; [...] a contribuire all'esitazione potrebbero esserci diversi fattori, per esempio barriere organizzative o strutturali; orari di apertura degli ambulatori o difficoltà nel prenotare le visite ma anche declino della fiducia nei confronti della sicurezza dei vaccini e timore per le reazioni avverse. Proprio per la rilevanza di questo fenomeno, nel 2012 lo Strategie Advisory Group of Experts (SAGE) on Immunization dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ha creato un gruppo di lavoro specifico sul tema che ha formulato una definizione dell'esitazione vaccinale come un ritardo nell'adesione o come rifiuto della vaccinazione, nonostante la disponibilità di servizi vaccinali; i rari effetti avversi che si registrano dopo l'immunizzazione attraggono enorme attenzione da parte dei media e dell'opinione pubblica, sebbene tali effetti avversi siano spesso solo temporalmente associati alla vaccinazione e non attribuibili al vaccino in un rapporto causa-effetto; [...] la grande pubblicità che si fa a tali effetti avversi non correlati al vaccino rischia di creare sfiducia nella comunità con conseguente abbandono della pratica di immunizzazione.

⁵⁵ L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *Vaccini obbligatori e il ruolo del diritto*, op.cit.

affrontando la pandemia con gravi carenze strutturali ed economiche; dall'altro la ripresa dell'economia, in quanto la vaccinazione comporterebbe la riapertura di tutti quegli esercizi commerciali che stanno subendo, a causa della chiusura forzata, ingenti danni economici.

Chiaramente questa scelta impositiva troverebbe terreno fertile in tutti quei Paesi non democratici, diversamente dai Paesi occidentali, dove una misura del genere deve essere frutto di un giusto bilanciamento tra interessi collettivi e individuali. Si potrebbe obiettare infatti, che al fine di raggiungere la cd. immunità di gregge, sarebbe sufficiente raccomandare la vaccinazione invece di porla come obbligatoria⁵⁶. È opportuno segnalare che la scelta del legislatore italiano sembra orientarsi proprio in tal senso.

A tal fine, si dovrebbe cercare di instaurare una stretta e pacifica collaborazione tra esperti, istituzioni e cittadini. Soltanto una propaganda vaccinale chiara, accessibile e fruibile da tutti può rappresentare una strategia condivisa, che non lasci spazio a posizioni più estreme dettate dalla paura⁵⁷.

Inoltre, tra gli aspetti problematici inerenti all'imposizione vaccinale, vi è sicuramente il tema della farmacovigilanza, nel senso che, vi è una scarsa indicazione circa gli effetti avversi del futuro vaccino; non essendo ancora in commercio, seppur sottoposto e monitorato su milioni di volontari, alcune complicazioni potrebbero manifestarsi solo dopo anni dalla sua somministrazione⁵⁸.

Ai fini di completezza, si segnala una soluzione mediana tra l'obbligo e la mera raccomandazione, ossia la "spinta gentile" cd. *Nudge*^{59 60}.

⁵⁶ Sul tema si vedano le riflessioni offerte da R. M. ANDERSON, C. VEGVARI, J. TRUSCOTT, B. S. COLLYER, *Challenges in creating herd immunity to SARS-CoV-2 infection by mass vaccination*, in *Lancet*, 2020; J. KRAMER, *COVID-19 vaccines could become mandatory. Here's how it might work*, in *Nat. geo.*, 2020.

⁵⁷ L. BUTTI, *Obbligo o mera raccomandazione per il vaccino contro il Covid-19? Nessuno dei due, serve la "spinta gentile"*, in *Filodiritto*, 2020.

⁵⁸ S. JIANG, *Don't rush to deploy Covid-19 vaccines and drugs without sufficient safety guarantees*, in *Nat.*, 2020; P.R. KRAUSE, M. F. GRUBER, *Emergency use authorization of Covid vaccines — safety and efficacy follow-up considerations*, in *the New England Journal of Medicine*, 2020.

⁵⁹ Sull'origine del termine si v. R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *T. Am. Ec. Rev.*, 2003, 175 ss., R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Milano, 2009.

⁶⁰ Si tratta di una teoria che utilizza strumenti di paternalismo libertario; l'individuo essendo informato sul tema diviene capace di effettuare scelte maggiormente razionali e consapevoli. La forza innovatrice della Teoria del *Nudging* risiede nel cercare una posizione mediana nei rapporti tra Stato e consociati, che si ponga tra la totale deregolamentazione, tipica del paradigma liberale, e la coercizione basata sul *command and control*, cfr. G.

Il *nudge* influenza le scelte dei cittadini, senza obbligarli, attraverso delle spinte gentili finalizzate a salvaguardare i loro interessi⁶¹.

Tale teoria, costituendo un'espressione di paternalismo libertario, consiste nel fatto che lo Stato, al fine di favorire ed agevolare il comportamento che intende far perseguire ai suoi consociati, lo rende facile ed immediatamente accessibile; mentre per disincentivare il comportamento opposto a quello sperato, ne rende l'accesso più complesso e svantaggioso⁶².

Tale procedimento può dispiegare i propri effetti in virtù dell'assenza di burocrazia e di procedimenti sanzionatori, quindi una semplice "spinta gentile" che faccia omologare spontaneamente i comportamenti dei consociati, rappresentando una vera e propria cooperazione fattiva tra istituzioni ed opinione pubblica⁶³.

5. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti, si è evidenziato come il legislatore abbia cercato di intervenire tempestivamente nel settore delle sperimentazioni al fine di fronteggiare la pandemia in corso.

La scelta di velocizzare gli studi per trovare un nuovo vaccino sembrerebbe vincente, visto il numero di medicinali che hanno avuto accesso alle ultime fasi di sperimentazione clinica.

PASCUZZI, *Nudging towards Vaccination*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1/2018, 89 ss.; M. BAGGIO, E. CIRIOLO, *Beyond nudging: The gentle push is only the last mile*, in *Gior. it. psic.*, 2/2020, 385 ss.

⁶¹ M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, in *Riv. BioDiritto*, 1/2020, 441 ss.

⁶² L. BUTTI, *op. cit.*

⁶³ Esempi per far sì che vi sia un adeguamento spontaneo da parte delle persone, sarebbe introdurre un 'certificato vaccinale' contro Covid- 19 al fine di svolgere determinate attività quali:
1) ottenere o mantenere determinati tipi di impieghi o di mansioni, ad esempio nel settore sanitario; 2) frequentare determinati eventi sportivi o culturali, ovvero palestre, cinema, teatri e altri luoghi di ritrovo; 3) ottenere una riduzione nei tempi di accesso a prestazioni sanitarie (non salva vita), L. BUTTI, *op. cit.*

Occorre però sottolineare che il tempo guadagnato è derivato esclusivamente da una semplificazione in termini burocratici, in quanto i necessari adempimenti scientifici per valutare la sicurezza e l'efficienza del futuro farmaco sono stati sempre rispettati⁶⁴.

Circa la somministrazione del futuro vaccino, dopo il rilascio della relativa AIC, il legislatore sembrerebbe orientato per la mera raccomandazione, nel senso che ciascuno potrà scegliere liberamente se assumere o meno il nuovo farmaco. Infatti, servirà tempo per avere risposte esaustive a riguardo delle problematiche ad esso legate. I temi su cui si sta dibattendo infatti, riguardano oltre la frequenza con cui bisognerà rivaccinarsi, cd. richiamo, anche il numero dei vaccini disponibili, chi per primo potrà usufruirne e dopo quanto tempo potranno farlo tutti gli altri. Interrogativi questi ancora aperti, ma già oggetto da parte dell'opinione pubblica di grandi contrasti.

Inoltre, è bene sempre sottolineare come la libertà di cura si avvale imprescindibilmente del diritto all'informazione.

Dall'art. 32 della Cost. emerge un rapporto tra medico e paziente fondamentalmente libero, che si sostanzia nel rispettare sempre quest'ultimo, anche qualora di tratti di una terapia imposta dalla legge. L'obbligatorietà del trattamento impedisce la libertà di scelta, ma lascia inalterato il diritto all'informazione⁶⁵.

La pandemia inoltre ha evidenziato come a livello europeo non vi sia una vera e propria coordinazione tra gli Stati membri circa le misure straordinarie che queste hanno dovuto adottare per fronteggiare il Covid-19. Infatti, manca una visione d'insieme che consenta da un lato di individuare misure terapeutiche omogenee per far fronte alla pandemia; dall'altro di strutturare in modo efficace ed efficiente l'approvvigionamento dei farmaci e dei dispositivi medici⁶⁶.

Tra l'altro, qualora uno Stato dell'Unione non assicuri un alto tasso di vaccinazione, questo potrebbe mettere a rischio la salute e la sicurezza degli altri Stati vista l'assoluta libertà di circolazione tra gli stessi⁶⁷.

⁶⁴ Sul punto si v. M. BOLOGNA, *Vaccini anti coronavirus: facciamo il punto Una corsa contro il tempo, ma svolta necessariamente secondo le regole dell'immunobiologia*, in *PNEI REVIEW*, 1/2020, 26 ss.

⁶⁵ C.M. RUOCCO, *Vaccinazioni: raccomandazioni o obbligatorietà? Una riflessione sull'importanza de vaccini ai tempi del Covid*, in *Iusitineri.it*, 2020.

⁶⁶ V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche*, *op.cit.*

⁶⁷ La libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea è prevista all'articolo 3, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea (TUE); articolo 21 del trattato sul

Occorrerebbe quindi un ripensamento circa le regole sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea per la salvaguardia della salute pubblica.

Prova del costante impegno dell'Unione, al fine di implementare le proprie competenze in ambito sanitario, è ad esempio il programma *Horizon 2020*, con cui la Commissione europea ha sponsorizzato il bando *fast track*⁶⁸ presentato dall'Iniziativa per i medicinali innovativi (IMI). La Commissione europea finanzia, attraverso tale programma la ricerca e l'innovazione dell'UE, in modo da presentare celermente proposte di ricerca in risposta alla pandemia di Covid-19⁶⁹.

L'IMI è un partenariato pubblico-privato tra la Commissione europea e l'industria farmaceutica rappresentata dalla Federazione europea delle industrie e delle associazioni farmaceutiche (EFPIA).

De iure condendo, potrebbe risultare innovativo la creazione a livello europeo di un organismo che promuove la ricerca in ambito farmacologico al pari dello statunitense *Biomedical Advance Research and Development Authority* (BARDA)⁷⁰.

Un'agenzia europea di tale spessore consentirebbe uno sviluppo omogeneo tra i suoi consociati, centralizzando da un lato le risorse pubbliche e private nella ricerca e nella sperimentazione di nuovi farmaci; dall'altro consentirebbe di superare la frammentazione delle competenze tra i diversi organismi europei, in modo da semplificare tutte le attività preparatorie a questa e a future emergenze⁷¹.

In conclusione, un ruolo ulteriore e fondamentale a sostegno di tali trasformazioni a livello europeo e quindi nazionale, è svolto dalla corretta informazione della popolazione, dall'aggiornamento continuo del

funzionamento dell'Unione europea (TFUE); titoli IV e V TFUE; articolo 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶⁸ Il Fast Track to Innovation (FTI) è un programma di sostegno all'innovazione dal basso verso l'alto che promuove attività di innovazione vicine al mercato, aperto a consorzi guidati dall'industria e che può essere composto da tutti i tipi di partecipanti.

⁶⁹ European Commission, *COVID-19: HORIZON 2020 partly funding innovative medicines initiative fast track call*, in https://ec.europa.eu/info/news/covid19-horizon-2020-partly-funding-innovative-medicines-initiative-fast-track-call-2020-mar-03_en

⁷⁰ Sul BARDA, v. C. HOUCHEMS, J. LARSEN, *The Role of the Biomedical Advanced Research and Development Authority (BARDA) in Promoting Innovation*, in *Antibacterial Product Development*, 2 August 2017.

<http://resistancecontrol.info/2017/the-role-of-the-biomedical-advanced-research-and-development-authority-barda-in-promoting-innovation-in-antibacterial-product-development/>

⁷¹ V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche*, *op.cit.*

1/2021

personale sanitario e dalla consapevolezza da parte della politica che la vaccinazione consentirà, nel lungo termine, anche un importante risparmio ai fini della sostenibilità del sistema sanitario italiano⁷². Solo la corretta sinergia tra questi tre attori consentirà una campagna vaccinale incisiva, tale perché condivisa anche da coloro i quali, oggi, hanno timore riguardo la sicurezza dei trattamenti che l'evidenza scientifica gli propone.

⁷² D. CAPANO, *Le vaccinazioni tra libertà dell'individuo e salute della collettività: aggiornamenti legislativi e profili di responsabilità*, in *Riv.it. med. Leg.*, 4/2019, 1319 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

ELISABETTA ERRIGO

Spunti critici in tema di tutela della Privacy nei rapporti di diritto sportivo

ABSTRACT - The sporting environment, although perhaps more important than other sectors, to the protection of personal data of athletes and associates, suffers an intrinsic difficulty to adapt to the new protective tools provided by the GDPR, having regard to the concerns arising from a lack of clarity in the rules on the identification of the parties responsible – due to the legal nature of sports federations – and the appropriate instruments to avoid prejudice to the parties concerned, such as the appointment of the DPO and the obligations arising from the collection of personal health data. In this context, solutions identified by design and guarantee measures for sports organisations are certainly relevant, aimed at eliminating the risks of discrimination and negative impacts on fundamental rights, privacy and informative self-determination, both at the collection stage and at the data processing stage. Solutions that cannot be limited to self-regulation by holders in compliance with codes of conduct, but require them to reduce their power, with a view to external control and accountability of the activity.

KEYWORDS - Privacy - sport - GDPR - Data protection - health data - accountability.

ELISABETTA ERRIGO*

Spunti critici in tema di tutela della Privacy nei rapporti di diritto sportivo**

SOMMARIO: 1. Premessa. La gestione dei dati personali degli atleti tra accezione tradizionale del diritto alla privacy e peculiarità del fenomeno sportivo. – 2. Profili problematici della raccolta dei dati nell'attività di tesseramento: il duplice ruolo di titolare e di responsabile del trattamento svolto dalla ASD affiliata ad una Federazione sportiva – 3. L'obbligatorietà della nomina del Data protection officer e la natura giuridica delle Federazioni. – 4. Le finalità della raccolta. Profilazione degli atleti e dati relativi alla salute tra valutazione delle prestazioni sportive e rischi di discriminazione. – 5. La debole resistenza delle misure di garanzia. La valenza dinamica dell'informazione condiziona la tutela della privacy e impone un controllo sistematico sul potere informativo delle organizzazioni sportive.

1. Premessa. La gestione dei dati personali degli atleti tra accezione tradizionale del diritto alla privacy e peculiarità del fenomeno sportivo.

Il trattamento dei dati personali¹ solleva problemi che sembrano, quantomeno *prima facie*, coinvolgere interessi e categorie prossimi per lo più alle situazioni soggettive esistenziali². Tuttavia, siffatta prevalente «connotazione» non impedisce di attribuire al dato personale rilievo anche

* Assegnista di ricerca in Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Sul tema v. diffusamente R. ACCIAI, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Maggioli, Rimini, 2003; R. IMPERIALI, *Codice della privacy. Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, in *Sole 24 ore*, 2004; R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, in P. CENDON (a cura di) *Trattati*, Giuffrè, Milano, 2006; F. MODAFFERI, *Lezioni di diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale*, Roma, 2015, 197; L. BOLOGNINI, E. PELINO e C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy Europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016, 148; G. MARINO, *I soggetti privacy*, in *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101* (a cura di) G. CASSANO - V. COLAROCCHIO - G.B. GALLUS e F.P. MICOZZI, Giuffrè, Milano, 2018, 49; G. M. RICCIO, G. SCORZA e E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy commentario*, Giuffrè, Milano, 2018, 268; G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, Giappichelli, Torino, 2019.

² Sebbene, riservare l'indagine all'area limitata ed individuale della tutela della privacy condurrebbe ad una «miope inclusione» della problematica, posto che le questioni investono «direttamente l'amministrazione della democrazia, il bilanciamento dei poteri, i rapporti tra cittadino, società civile, autorità pubblica»: G. ALPA, *Introduzione*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Giuffrè, Milano, 2019.

economico, al punto che da più parti si discorre di «mercato» dei dati personali³, nel quale il valore intrinseco dell'informazione⁴ viene riconosciuto in via definitiva.

In un simile contesto, le esigenze di tutela della privacy⁵ e di protezione dei dati personali, sebbene fortemente avvertite, subiscono il peso che assume l'utilizzo della nuova risorsa nella dimensione di oggetto di

³ La trasformazione in atto, nota come «Quarta Rivoluzione Industriale», rinviene nei dati processati, analizzati e riutilizzati dei veri e propri giacimenti petroliferi, tesi a sfruttare le informazioni in essi contenute per ricavarne conoscenza, rappresentando un valore commerciale intrinseco: B. RABAI, *I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 3/2017, 405 ss. La dimensione economica assunta dai dati personali ha consentito di attribuir loro la valenza di una utilità contrattuale generalmente ammessa dalla giurisprudenza amministrativa, sebbene il tema della patrimonializzazione dei dati personali, nel contesto dottrinario e istituzionale, fatica ancora a trovare un espresso riconoscimento: per un approfondimento v. C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, 2021, 321.

⁴ Considerata non staticamente, piuttosto come un insieme di dati in movimento, idonei a tramutarsi, per connessione, in nuove e più sofisticate informazioni: P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Il Foro Napoletano*, 2/2018, 481. In questa prospettiva, l'informazione diventa sempre più oggetto di relazioni contrattuali: S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973. In particolare, molti rapporti contrattuali hanno ad oggetto un trasferimento di informazioni, specie se l'informazione è trasferita a prescindere dalla sua incorporazione su un supporto magnetico: S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. inf.*, 1987, 450 ss. In quest'ordine di idee si inserisce il dibattito sulla qualificazione dell'informazione alla stregua di bene giuridico. Sul punto, in via di estrema approssimazione, al netto di chi ha ritenuto che tali informazioni possano considerarsi beni solo se poste in connessione con la fornitura di beni e servizi: P. BARILE e S. GRASSI, voce *Informazione (libertà di)*, in *Noviss. dig. it.*, app. IV, (1983), 214, merita di essere segnalato il contributo di chi, sulla questione, sollecita l'indagine sulla utilità socialmente apprezzabile, in termini di meritevolezza, attribuita all'informazione: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2/1990, 327 e ss.

⁵ L'attuale definizione di privacy, connessa alla diffusione delle informazioni personali, ha imposto una rivisitazione della sua tradizionale accezione coincidente con il diritto ad essere lasciati solo di matrice statunitense. L'apporto delle nuove tecnologie ha, pertanto, condotto taluni a ridisegnare una nuova concezione di privacy, intimamente connessa al diritto all'autodeterminazione della propria immagine digitale e a mantenere il controllo delle proprie informazioni: S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995. Per le nuove ricostruzioni in punto di privacy, L. MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *Dir. comp.*, 4/2014, in www.diritticomparati.it; P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Il Foro Napoletano*, 2/2018, 481 ss.

scambio⁶.

Il fenomeno coinvolge molteplici settori economici, da quello più tipicamente commerciale a quello assicurativo e finanziario⁷, e propone profili di specifica problematicità anche nell'ambito dei rapporti regolati dal c.d. Diritto sportivo⁸. Qui, i tradizionali punti cardine posti a presidio della privacy nella gestione dei dati personali, quali la prestazione del consenso informato come base giustificativa del trattamento⁹ e il rispetto dei princi-

⁶ Per un approfondimento sul tema v. C. M. BIANCA e F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2007; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2017; M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Riv. dir. media*, 2/2018, 9 ss. In tale prospettiva taluni hanno avanzato l'idea di categorizzare il contratto avente ad oggetto la circolazione dei dati personali: V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2020, 642 ss., non senza il rilievo per cui, concepire la scelta da parte del soggetto di autorizzare il trattamento dei propri dati alla stregua di un esercizio della propria libertà economia, consegna comunque alcuni profili di ambiguità: V. RICCIUTO e C. SOLINAS, *Fornitura di servizi digitali e prestazioni di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla correttezza del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 2021.

⁷ Senza pretese di esaustività, si segnalano i seguenti contributi sul tema dell'economia digitale: D. MAFFEI, *Il right of publicity*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet, Torino, 2011, 540 s.; F. DELL' AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014; F. DI PORTO, *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, in F. DI PORTO (a cura di) *Big data e concorrenza*, in *Conc. mer.*, 4/2016, 6 s.; G. CARULLO, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati*, *ivi*, 1/2016, 181 s.; M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, *ivi*, 1/2016, 3 s.; B. RABAI, *I Big data nell'ecosistema digitale*, *cit.*, 405 ss.; M. OREFICE, *Big Data: Regole e concorrenza*, in *Pol. dir.*, 4/2016, 697 s.; E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corr. giur.*, 12/2019, 1517 s.; G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 89 s.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e tutela dei dati personali*, in *Giur. it.*, 7/2019, 1670; R. MATTERA, *Il trattamento dei dati in ambito bancario e finanziario*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali*, *cit.*, 471; C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, *cit.*, 321 ss.

⁸ Per una rassegna sulle novità introdotte dalla legge sulla privacy nell'ambito sportivo v. M. D'AMBROSI, T. TIANI, *Lo sport ai tempi del GDPR*, in *Riv. dir. econ. sport*, 3/2018, 109 ss.; A. MILETO, *Privacy e sport dilettantistico, acquisizione e gestione dei dati personali quali obblighi per associazioni e società sportive dilettantistiche a seguito del Reg. UE n. 2016/679 (GDPR)?*, in *www.lexant.it*; G. M. RICCIO, *Sport e GDPR, gli obblighi per le federazioni*, in *www.agendadigitale.it*, 2019 e Z. AKHTAR, *Sport data right, Gdpr and legal protection for athletes private data*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2/2020, 135 s.

⁹ Sulle condizioni di liceità del trattamento si rinvia a F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di) *La protezione dei dati personali in Italia*, *cit.*, 110 ss. Una riflessione sul giudizio di liceità in seno alla disciplina della privacy che impatta nell'individuazione degli interessi tutelati, si rinviene in F. PIRAINO, *La*

pi di pertinenza, minimizzazione e finalità previsti dal GDPR¹⁰, si confrontano con alcune peculiarità che attengono, tipicamente, all'ordinamento sportivo ed involgono, soprattutto, la natura dei «soggetti attivi» del trattamento dei dati¹¹.

A proporre elementi di riflessione è già la raccolta dei dati relativi ad atleti, tesserati, associati, persino minori¹². Si tratta dei dati necessari per il tesseramento o per l'iscrizione alle organizzazioni sportive nonché dei dati relativi alla salute e alle condizioni psicofisiche degli atleti¹³, la cui raccolta viene realizzata dalle Federazioni e dalle associazioni sportive, secondo una ripartizione di ruoli non sempre chiaramente definita che crea difficoltà nell'imputazione di profili di responsabilità.

Si intuisce che nel settore sportivo le finalità di promozione di servizi innovativi in favore dei tesserati, l'implementazione di collaborazioni tra organizzazioni sportive e lo sviluppo di più adeguate strategie di marketing, implicano un trattamento massiccio di dati che, sovente, lungi dall'essere anonimizzati rivelano informazioni personali degli interessati;

liceità e la correttezza, in R. PANETTA (a cura di) *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 745 ss. Sul ruolo del consenso, nella stessa opera S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, 993 ss.

¹⁰ Per tutti C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento Europeo 679/2016 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Riv. dir. pubb. comp. eur.*, 2018, 2.

¹¹ Sui rapporti tra i due soggetti v. F. PIZZETTI, *GDPR, come devono cambiare i rapporti contrattuali tra titolare e responsabile trattamento dati*, in *www.agendadigitale.eu*, 2018. Sulle funzioni e le prerogative della «nuova» figura del responsabile nei rapporti con gli interessati v. A. AVITABILE, *Il responsabile della protezione dei dati*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, cit., 355.

¹² La questione meriterebbe autonoma indagine, stante le implicazioni che l'utilizzo dell'immagine dei minori, attraverso i siti internet delle organizzazioni sportive, suscitano con riferimento alla tutela della di loro identità personale. In aggiunta, si pongono problemi in ordine alla legittimazione congiunta o disgiunta della responsabilità genitoriale in tema di relativa autorizzazione, stante la presenza di orientamenti giurisprudenziali difformi, sulla materia, soprattutto a seguito dell'introduzione del GDPR. Per un approfondimento si rinvia a L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza, sub art. 96 L. 633/1941*, Cedam, Padova, 2016, 1878. Sul tema anche v. F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 1/2018, 32.

¹³ Per i quali si pone, tra le altre, la questione in ordine alla portabilità dei dati, intesa come strumento che favorisce la libera circolazione dei dati, incrementando l'economia digitale e la concorrenza tra società. Sul tema si rinvia a B. SAETTA, *Portabilità dei dati*, in *protezionedatipersonali.it*, 2018.

e, tra queste, informazioni sensibili, ex art. 9 GDPR¹⁴.

E dunque, sebbene l'attività di raccolta sia finalisticamente orientata in modo espresso, non v'è dubbio che l'individuazione dei compiti e delle responsabilità in capo ai soggetti attivi assuma un rilievo decisamente prioritario.

2. Profili problematici della raccolta dei dati nell'attività di tesseramento: il duplice ruolo di titolare e di responsabile del trattamento svolto dalla ASD affiliata ad una Federazione sportiva.

Com'è noto, nel tentativo di offrire maggiore protezione ai dati personali, la disciplina regolamentare promuove – secondo espressioni però non del tutto chiare – una distinzione netta tra il c.d. titolare del trattamento e il responsabile del trattamento¹⁵.

L'imputazione di un ruolo egemone in capo al titolare del trattamento, il quale è incaricato di orientare le finalità del trattamento e di predisporre i mezzi della raccolta e della gestione dei dati, sembra relegare il responsabile del trattamento ad un ruolo subalterno¹⁶, prossimo allo svolgimento di compiti per lo più esecutivi.

Una siffatta costruzione consente generalmente di distinguere, senza grandi difficoltà, gli adempimenti e le responsabilità rispettivamente connessi ai due ruoli¹⁷, svolti nell'ambito di una attività di trattamento che,

¹⁴ Per un approfondimento sulla disciplina riservata a siffatta categoria di dati v. A. CATALETA, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, in G. FINOCCHIARO (a cura di) *La protezione dei dati personali in Italia*, cit., 204 e nella stessa opera L. GRECO, *Sanità e protezione dei dati personali*, 244. Con specifico riferimento al trattamento dei dati genetici v. L. CALIFANO, *Il trattamento dei dati genetici: finalità di ricerca, esigenze di sicurezza e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 4/2017, 13.

¹⁵ Sul punto appare utile il rinvio all'*Opinion 1/2010 on the concept of «controller» and «processor»*, del 16 febbraio 2010, dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, (*Working Party Article 169, WP169*), in www.garanteprivacy.it. Il Parere, nella sua versione italiana, parla di «controller» e di «processor», come Responsabile del trattamento e Incaricato del trattamento. Sul tema v. diffusamente F. MODAFFERI, *Lezioni di diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale*, cit., 197.

¹⁶ L. BOLOGNINI, E. PELINO e C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy Europeo*, cit., 119.

¹⁷ A titolo meramente esemplificativo, si ricordi che è a carico del titolare, e non del responsabile, l'obbligo di informare l'interessato sul trattamento dei suoi dati personali di cui al combinato disposto degli artt. 12, 13 e 14 GDPR. Ancora, in caso di comunicazione di dati personali a soggetti terzi, spetterà al titolare l'obbligo di valutare se i soggetti riceventi, in base alle finalità perseguite, ricevano tali dati quali «terzi» – e quindi, gene-

per quanto vasta e complessa, è comunque unitariamente considerata.

Nell'ambito sportivo la distinzione si colora, tuttavia, di qualche tratto di ambiguità.

Ed invero, alle organizzazioni sportive sono ascrivibili, non di rado, sia il ruolo di titolare del trattamento sia quello di responsabile del trattamento, soprattutto nelle ipotesi in cui i dati degli atleti raccolti da una associazione coincidono con quelli raccolti da una Federazione, in ragione delle diverse finalità astrattamente perseguibili¹⁸.

Un esempio consente di fare chiarezza.

Nell'attività di tesseramento ad una Federazione, la ASD affiliata, nel raccogliere i dati degli atleti, accanto alla qualifica di titolare del trattamento assume anche il ruolo di responsabile del trattamento per conto delle Federazioni. Queste ultime, infatti, sono considerate titolari del trattamento soltanto per quel che concerne la finalità di raccolta a seguito del tesseramento.

Pertanto, uno stesso soggetto, nell'ambito di un'attività massiva di raccolta e gestione dei dati, e si badi bene, degli stessi dati, acquista la doppia natura di titolare e di responsabile dell'attività.

Il fenomeno non è, per vero, estraneo alla legislazione della materia, la quale all'art. 28, par. 10 GDPR contempla la possibilità che qualora il responsabile violi le disposizioni contenute nel regolamento, determinando le finalità e i mezzi del trattamento, verrà considerato titolare del medesimo¹⁹.

Le espressioni impiegate dal legislatore sembrano delineare una distinzione dei ruoli a garanzia degli interessi del titolare del trattamento, il quale è esente da responsabilità nell'ipotesi di attività svolta dal responsabile del trattamento - in difformità rispetto al contenuto dell'atto di nomina²⁰ - il quale, pertanto, assume una diversa qualificazione in virtù del

ralmente, quali autonomi titolari – o come responsabili del trattamento, da nominare – laddove ricorra tale circostanza – mediante un contratto o altro atto giuridico che lo vincoli al rispetto delle istruzioni di trattamento impartite dal titolare. Per un approfondimento si rinvia a A. D'OTTAVIO, *Ruoli e funzioni privacy principali ai sensi del Regolamento*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 143 ss.

¹⁸ F. DE STEFANI, A. ORTENZI, *Sport e GDPR online e offline. Web, social, regole, comportamenti e istruzioni per atleti e società*, Hoepli, Milano, 2020.

¹⁹ Cfr. art. 28, par. 10 GDPR in L. BOLOGNINI, E. PELINO e C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy Europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, cit., *passim*.

²⁰ Appare utile richiamare il considerando n. 81 a tenore del quale si evince che l'esecuzione dei trattamenti da parte di un responsabile del trattamento dovrebbe essere disciplinata da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri che vincoli il responsabile al titolare del trattamento. Nel contratto

contegno autonomamente adottato.

Diversamente, nell'ambito dei rapporti sportivi il duplice ruolo svolto dal medesimo soggetto «attivo» esprime un tratto – non, per così dire, patologico della concreta vicenda, quanto – fisiologico del trattamento dei dati, stante la coincidenza *ab initio* in capo alla stessa organizzazione sportiva del ruolo di titolare e di responsabile del trattamento. È evidente come tale circostanza può rendere (più) difficoltosa l'individuazione del destinatario di obblighi e responsabilità nei confronti degli interessati; sì da complicare la tutela immediata dei relativi interessi, secondo un bilanciamento tra esigenze contrapposte che, sia pure in parte, sembra contraddire la logica complessiva del GDPR.

3. *L'obbligatorietà della nomina del Data protection officer e la natura giuridica delle Federazioni.*

La regolamentazione dei soggetti attivi del trattamento nei «rapporti sportivi» consegna ulteriori ragioni di riflessione, le quali chiamano in causa alcuni «problemi» di carattere generale, prossimi alla stessa configurazione dei rapporti tra l'ordinamento statale e quello sportivo²¹.

Senza voler neppure tentare un'analisi esaustiva, è qui sufficiente richiamare il tradizionale dibattito in merito all'autonomia del diritto spor-

andrebbero indicati la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e le finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, tenendo conto dei compiti e delle responsabilità specifiche del responsabile nel contesto del trattamento da eseguire e del rischio in relazione ai diritti e alle libertà dell'interessato. A tal fine, si rammenta la possibilità di adottare un codice di condotta o un meccanismo di certificazione, utilizzabile per dimostrare il rispetto degli obblighi da parte del titolare del trattamento. Per un approfondimento sul tema si rinvia a A. R. POPOLI, *Codici di condotta e certificazioni*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, cit., 527 ss.

²¹ Per una rassegna, per nulla esaustiva, del tema si rinvia a L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1999, vol. VIII; L. TRIVELLATO, *Spunti di riflessione sul CONI, ordinamento sportivo e rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento a fini generali*, in *Dir. soc.*, 2000. Studi più recenti risalgono invece a L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1 ss.; G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino, 2007; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Giuffrè, Milano, 2007; T. E. FROSINI, *L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 2009, 235 ss.

tivo²², la quale ha rinvenuto esplicito riconoscimento soltanto nella legge 280/2003 e trova argomenti nella qualificazione delle Federazioni sportive quali enti di diritto privato²³.

Una siffatta configurazione delle Federazioni impatta sulle dinamiche di protezione dei dati personali e, soprattutto, sulle regole in tema di *Data protection officer* (DPO)²⁴.

Com'è noto, il GDPR ha introdotto tale figura con funzioni, oltre che di consulenza, di vigilanza nei confronti del titolare e del responsabile del

²² Sull'autonomia dell'ordinamento sportivo non v'è più da dubitare in considerazione dell'esplicito riconoscimento positivo contenuto nell'art. 1, l. 280 del 2003. Ma v'è da registrare un risalente riconoscimento in tal senso fin da W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1/1933. Per un approfondimento si rinvia a A. MARANI TORO, I. MARANI TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, Giuffrè, Milano, 1977, 411 ss. e 446 ss.; G. ALPA, *L'ordinamento sportivo* in *Nuoviss. giur. civ. comm.*, 2/1986, 321; S. CANGELLI, *L'ordinamento giuridico sportivo*, Lupus, Foggia, 1998, 110 e M. S. GIANNINI, *Prime riflessioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1999.

²³ Per una ricostruzione del dibattito sulla natura giuridica delle Federazioni sportive tra ente pubblico e privato v. F. ROMANO, *L'organizzazione dell'attività sportiva*, in L. DI NELLA (a cura di), *Manuale di diritto dello sport*, cit., 114 ss. Sul tema, in vario senso, F. LUISO, *La giustizia sportiva*, Giuffrè, Milano, 1975, 90 e spec. 125 e 198; A. QUARANTA, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, 117 ss.; S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del parastato*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, 117 ss.; A. CLARIZIA, *La natura giuridica delle federazioni sportive anche alla luce della legge del 23 marzo 1981 n. 91*, in *Riv. dir. sport.*, 1983, 208; L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Dir. soc.*, 1991, 141 ss.; G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 1993, 321 ss.; L. DI NELLA, *Le Federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport.*, 2000, 66 ss.; G. NAPOLITANO, *Federazioni sportive. La riforma del CONI e delle federazioni sportive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000; C. CASTRONOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 547 ss. Da ultimo, merita di essere richiamato il contributo di P. SANDULLI, *La natura giuridica delle federazioni sportive italiane e il rapporto col Coni alla luce della sentenza della Corte di Giustizia Ue dell'11 settembre 2019, cause riunite c-612/17 e c-613/17 Fig e Fise contro Istat e Ministero dell'economia e delle finanze*, in *Riv. dir. econ. sport*, 3/2019, 131, avente ad oggetto il commento alle sentenze della Corte Ue, la quale ha offerto alla Corte dei conti le linee guida per valutare la natura dell'ente secondo i criteri europei. L'A. ha poi concluso per la natura privata degli organi come attestato dalla normativa statale e confermato dall'assenza di un sostegno finanziario da parte del Comitato Olimpico Italiano.

²⁴ Di cui all'art. 37 ss. GDPR. Sul tema, per tutti, v. L. FEROLA, *La «nuova» figura del responsabile della protezione dei dati personali e le sue caratteristiche*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione*, cit., 347, ove, al netto delle funzioni di garanzia e controllo attribuite al DPO nell'ambito della protezione dei dati, si pongono problemi con riferimento, da un lato alla difficoltà nell'interpretare la previsione della sua obbligatorietà e, dall'altro, all'ambiguità nel riparto di responsabilità rispetto alla posizione del titolare del trattamento.

trattamento, sì da esprimere una sorta di «elemento di raccordo» tra i diritti del titolare del dato trattato e l’Autorità garante per la protezione dei dati personali. E tuttavia, nonostante l’indubbio rilievo delle funzioni attribuite, il legislatore ha imposto l’obbligatorietà della nomina del DPO soltanto in tre ipotesi tassative; cioè quando il trattamento: a) è effettuato da una autorità pubblica; b) richiede il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati con sistemi di profilazione²⁵; c) riguarda particolari dati personali di cui all’art. 9 GDPR (art. 37).

E dunque, la circostanza che le Federazioni siano considerate enti di diritto privato non è indifferente giacché la nomina del DPO sarebbe discrezionale e non già obbligatoria, salvo che ricorra una delle due alternative ipotesi sopra menzionate.

Se è così la protezione dei dati degli «operatori sportivi» ne risulterebbe pregiudicata²⁶, nella misura in cui (quantomeno taluni de)i trattamenti potrebbero risultare scevri dalle garanzie offerte dalla presenza del DPO e soprattutto là dove si consideri che, per un verso, le organizzazioni sportive, sovente, non sono dotate di strumenti di raccolta massiva di dati tesi alla profilazione dei medesimi (basti pensare alle ASD di piccole dimensioni); e che, per altro verso, non è sempre limpida la qualificazione delle informazioni raccolte alla stregua di dati sensibili (si pensi ai dati inclusi nei certificati di idoneità alle attività sportive non agonistiche)²⁷.

²⁵ L’art. 4 GDPR definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Sull’incidenza di tale strumento v. B. RABAI, *I Big data nell’ecosistema digitale*, cit., 411, ove l’A. precisa che le tecniche di profilazione messe in atto dalle imprese sono in grado di evidenziare correlazioni tra dati sensibili e altre informazioni, consentendo la generazione di nuovi dati (anch’essi sensibili) relativi a persone identificate o identificabili, con il rischio di determinare situazioni discriminatorie, nonché la violazione dei diritti e della dignità personale. Tale strumento non è per nulla estraneo al fenomeno sportivo ove si consideri l’attività di tracciamento e profilazione degli utenti dei siti delle Organizzazioni Sportive tramite *cookies*. Per un approfondimento v. Gruppo di lavoro articolo art. 29 (oggi *European Data Protection Board*), *Linee Guida sui responsabili della protezione dei dati*, in *edpb.europa.eu*, 2017, 9.

²⁶ Sul punto, vale la pena rammentare come a nulla servirebbero le raccomandazioni da parte dei Garanti Europei a dotarsi comunque del DPO, innanzi ad una facoltatività imposta dalla legge: cfr. Gruppo di Lavoro Garanti Privacy europei (A29WP) sul DPO, *Data Protection Officer*, del 13 dicembre 2016, reperibile sul sito *garanteprivacy.it*.

²⁷ Sul punto appare doverosa una precisazione. Sebbene il Garante per la protezione dei dati personali, nel risalente provvedimento n. 41878 del 31 dicembre 1998, in *garantepri-*

4. Le finalità della raccolta. Profilazione degli atleti e dati relativi alla salute tra valutazione delle prestazioni sportive e rischi di discriminazione.

Nel contesto tracciato, la prassi è solita confrontarsi con attività di raccolta, da parte di organizzazioni sportive, di certificati di idoneità fisica di singoli atleti e di associati, oltretutto di informazioni sullo stato di salute a seguito di accurate analisi mediche: accade, ad esempio, nell'ambito dei rapporti con le Federazioni delle discipline paralimpiche²⁸, ove le visite mediche sono svolte direttamente in sede federale.

Il trattamento di siffatti dati, il quale rinviene il suo fondamento giustificativo ora nel libero consenso dell'interessato, ora nelle finalità della raccolta, confluisce nell'attività di profilazione, la quale offre al titolare la possibilità di tener traccia dello stato di salute degli atleti e delle attività dei soggetti coinvolti.

La raccolta di dati tramite analisi mediche e la profilazione degli atleti non soltanto sono tese alla valutazione dei livelli delle prestazioni sportive, ma consentono altresì di prevenire lesioni, infortuni e rischi connessi all'attività sportiva. Al contempo, le informazioni così elaborate si rivelano utili al fine di massimizzare il grado di competitività delle società, in occasione, ad esempio, delle convocazioni sportive.

Orbene, dalla circostanza che tali dati includono informazioni relative allo stato di salute (basti pensare ai referti di non idoneità, i quali presuppongono la presenza di patologie nell'interessato o comunque la necessità di evitare potenziali rischi indotti dalla pratica sportiva)²⁹, ne dovrebbe derivare che tali dati andrebbero trattati secondo l'art. 9 GDPR, il

vacy.it, abbia chiarito che «il giudizio conclusivo di idoneità all'esercizio dell'attività sportiva agonistica, inteso come dato denotante la normalità psicofisica del soggetto, può ritenersi compreso fra i dati personali "comuni"», nel medesimo provvedimento ha specificato che «il referto di non idoneità, che presuppone nell'interessato o la presenza di patologie o comunque la necessità di evitare potenziali rischi indotti appunto dalla pratica agonistica, assume senza dubbio la connotazione di dato sensibile». Di là dalle concrete ragioni che hanno sospinto ad una difforme conclusione, ad oggi, attesa l'esigenza di protezione sussumibile sotto l'egida del GDPR rispetto ai dati particolari, sembra più corretto propendere per una interpretazione estensiva della norma di cui all'art. 9, che consente di includere nell'alveo dei dati sensibili tutte le informazioni idonee a rilevare lo stato di salute dell'interessato.

²⁸ G. M. RICCIO, *Sport e GDPR, gli obblighi per le federazioni*, cit.

²⁹ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento n. 41878 del 31 dicembre 1998, *ibidem*.

quale sotto la rubrica «Categoria particolare di dati personali»³⁰ vieta espressamente il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute.

Il divieto rinvia, tuttavia, una serie di deroghe espresse, tra le quali si annoverano il consenso esplicito dell'interessato, idoneo ad autorizzare il trattamento, e le finalità di interesse generale relative alla sanità pubblica che giustifica il trattamento avulso dal consenso dell'interessato.

Tali finalità sono compendiate in un elenco non tassativo³¹, nel quale la previsione normativa rimane aperta all'inclusione di finalità correlate genericamente alla medicina preventiva e alla medicina del lavoro, i cui esiti possono spiegare effetti, altresì, nel professionismo sportivo.

La *ratio* della disposizione mira, certamente, alla tutela delle situazioni giuridiche essenziali tramite la valorizzazione del principio di uguaglianza e dignità personale. Tuttavia, il ruolo marginale attribuito al consenso³² unitamente alla previsione di generiche finalità che possono giustificare l'autorizzazione al trattamento impongono alcune doverose considerazioni.

L'utilizzo dei dati, basato sulla profilazione degli interessati, costituisce sempre più il fondamento giustificativo di future scelte di azione³³: così

³⁰ Sul punto diffusamente L. DURST, *Il trattamento di categorie particolari di dati in ambito sanitario*, in R. Panetta (a cura di), *Circolazione e protezione*, cit., 65.

³¹ Dal cons. n. 54 GDPR si evince, infatti, che il trattamento di categorie particolari di dati personali può essere necessario per motivi di interesse pubblico nei settori della sanità pubblica, senza il consenso dell'interessato. Il trattamento viene consentito, altresì, per non meglio specificate ragioni di interesse pubblico connesse al settore della sanità, alla protezione di gravi minacce per la salute, per garantire migliori standard di sicurezza e una più elevata qualità assistenziale e sanitaria.

³² Il quale, nella materia dell'elaborazione e della profilazione delle informazioni, in ragione del riutilizzo dei dati, spesso inconsapevole, si trasforma in un «non consenso»: G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, cit., 92. Nella stessa ottica: P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali*, cit., 482, ove si ritiene che il consenso non sia sufficiente e che anzi è, per certi versi, fuorviante e inidoneo di fatto a garantire il rispetto della persona. Con una certa linea di continuità, la «questione del consenso» emerge, altresì, nell'ambito della circolazione negoziale dei dati ove il consenso «forzato» prestato per accedere ai beni e ai servizi offerti sembra preludere il problema della asimmetria contrattuale: V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2018, 689 ss.

³³ In tale prospettiva, le informazioni, intese come il portato dei c.d. dati granulari, possono venire utilizzate per svariate ragioni relative a motivi pubblici o di sicurezza: V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. med.*, 2/2018, 36. Segnatamente, sui possibili utilizzi dei dati nel settore pubblici-

anche nel settore sportivo, ove l'elaborazione di dati relativi alle prestazioni fisiche degli atleti non di rado costituisce l'elemento dirimente in valutazioni di carattere economico, come ad esempio, nell'ambito di trasferimenti dell'atleta da un club all'altro piuttosto che in sede di trattative tese all'ingaggio dello sportivo.

È evidente allora come la gestione di informazioni «sensibili» possa rappresentare occasione di discriminazione degli interessati oltreché di lesione della privacy, nella sua più ampia accezione di diritto all'autodeterminazione informativa³⁴.

5. La debole resistenza delle misure di garanzia. La valenza dinamica dell'informazione condiziona la tutela della privacy e impone un controllo sistematico sul potere informativo delle organizzazioni sportive.

Nel tentativo di ovviare a tali problemi, il legislatore ha individuato una serie di misure di garanzia.

La profilazione dei dati personali, nei termini già menzionati, comporta, infatti, per i titolari del trattamento l'obbligo, tra gli altri, di effettuare una valutazione di impatto e di tenere un registro di trattamento dei dati di cui agli artt. 30 e 35 GDPR³⁵.

stico v. G. BAROZZI REGGIANI, *Le ICT, gli Open data e l'innovazione della P.A. alla luce della recente riforma del Codice dell'Amministrazione Digitale*, in G. AVANZINI, M. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà pluralismo e trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 307-342.

³⁴ Inteso quale diritto del singolo di decidere sulla cessione e l'uso dei dati che lo riguardano. Tra le prime applicazioni di tale pretesa si rinviene la celebre pronuncia della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht* 15 dicembre 1983, 1 BvR 209/83) ove la c.d. *informationelle Selbstbestimmung* è stata riconosciuta in ossequio ai principi del libero sviluppo della personalità e dell'intangibilità della dignità dell'uomo. Per un approfondimento v. G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la protezione dei dati. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del «Datenschutz»*, in *Inf. dir.*, 3/1986, 95 ss. Sulla rilevanza dell'autodeterminazione informativa ad incidere nella circolazione dei dati v. A. MANTELERO, *I flussi transfrontalieri di dati personali: l'effetto delle politiche comunitarie*, in *Contr. impr.*, 2/2002, 1300 ss.

³⁵ Segnatamente, ai sensi dell'art. 30 del GDPR, il titolare e il responsabile del trattamento sono obbligati a tenere un registro delle attività di trattamento salvo impieghino meno di 250 dipendenti. E tuttavia, nella menzionata ipotesi, il registro è obbligatorio nel caso in cui il trattamento effettuato «possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di

Tali strumenti sarebbero volti a realizzare il c.d. principio di *accountability*³⁶, teso alla responsabilizzazione dei titolari. Ma ciò non pare essere davvero risolutivo in termini di protezione dei dati personali, men che meno per evitare rischi di discriminazione.

Ed invero, l'adempimento di tali obblighi di condotta ingenera soltanto un apparente affidamento sulla conformità dell'attività del titolare del trattamento, ma non sarebbe sufficiente a tutelare la privacy degli interessati.

Ora, nell'ambito sportivo, la circolazione delle informazioni personali dell'atleta può dipendere ora da una sua insindacabile scelta (come nel caso dell'esercizio del diritto alla portabilità dei dati)³⁷, ora da ragioni indotte dal perseguimento di interessi economici - prossimi alla concorrenzialità e all'incremento del fatturato - delle stesse società di appartenenza ed eventualmente di destinazione (*rectius* titolari del trattamento), tenute all'adempimento di tali misure di garanzia.

Se è così, l'evento pregiudizievole connesso alla diffusione delle informazioni sarebbe caratterizzato da una sfuggente prova del danno, per il quale appare oggettivamente difficile l'emersione di profili di responsabilità, in ragione della mera tenuta del registro delle informazioni o

cui all'articolo 10». Per un approfondimento sulla valutazione di impatto si rinvia a F. SARTORE, *La valutazione d'impatto nel GDPR*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione*, cit., 333 ss.

³⁶ Il quale impone un nuovo approccio al rischio, in base al quale è il titolare del trattamento dei dati a dover valutare le misure tecniche da adottare sulla base della natura dei dati, dell'oggetto e delle finalità di trattamento, al fine di garantire la protezione dei dati nell'ambito della loro circolazione. Per un approfondimento sulla genesi risalente del principio e sul suo impatto nell'ambito della protezione dei dati v. G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo*, in *La protezione dei dati personali*, cit., 17 ss.; ID, *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 12/2019, 2778 ss. e G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2/2019, 199 ss. Sull'incidenza del principio nell'ambito della responsabilità v. D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e nuova responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2019, 2151 ss. Per i rilievi sanzionatori B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione Europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, 326 ss.

³⁷ Il diritto alla portabilità assume invero una duplice valenza: da un lato è inteso quale strumento di libera circolazione delle informazioni teso all'incremento della concorrenza tra società, dall'altro assume il ruolo di strumento di maggior controllo sui propri dati. Su questa seconda accezione v. L. BIANCHI, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione*, cit., 223 ss. ove si pone il raffronto anche con altri diritti, quale quello di accesso. In argomento anche B. SAETTA, *Portabilità dei dati, passim*.

dell'attuazione della valutazione di impatto.

In altri termini, l'assolvimento di siffatti obblighi consegnerebbe una semi impunità giuridica ai titolari³⁸ per un danno che è, invece, probabilmente in *re ipsa* connesso all'attività, secondo conclusioni per vero avvertite dagli studiosi della materia.

Ed invero, non è certo casuale il tentativo di ricondurre le attività nell'alveo di quelle pericolose, secondo una interpretazione evolutiva dell'art. 2050 c.c.³⁹, ove la pericolosità è insita nelle stesse potenzialità che la diffusione dei dati può offrire.

Di là dalla sua reale praticabilità, la cui verifica richiederebbe riflessioni di più ampio respiro, non sembra tuttavia azzardato intravedere, in esso, l'ulteriore conferma⁴⁰ di una valutazione necessariamente dinamica del dato personale e del suo trattamento, la quale si traduce, nel contesto sportivo, nell'esigenza di una «relazione informativa» costante tra l'atleta e la Federazione.

Certamente l'adempimento delle misure di garanzia, al pari delle condotte espressione dell'autoregolamentazione che conformano l'attività, sono da incentivare e promuovere. Ma proprio il valore dell'informazione, nella sua accezione di relazionalità, impone un *quid pluris*, dato dalla verifica costante in ordine al processo di formazione, elaborazione e utilizzo

³⁸ G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., 94.

³⁹ G. DE MINICO, *ibidem*. In particolare, la necessità di prevedere l'applicazione dell'art. 2050 cod. civ. è confermata da quattro criticità il Regolamento europeo non ha inteso dirimere: segnatamente, la prima si riferisce generalmente ai rischi di lesione dell'integrità delle banche dati; la seconda criticità attiene alla valutazione di impatto che riguarda, secondo la lettera della normativa europea, soltanto i dati personali e non già tutti i Big data che lavorano sostanzialmente con dati anonimi. La terza criticità è a quest'ultima connessa nella misura in cui si trascuri il fatto che le finalità connesse all'utilizzo dei Big data sono di regola ignote. Ciò conduce quindi all'ultima perplessità che attiene proprio all'esonero dalla responsabilità, da parte dei titolari, per danni cagionati pur in presenza di una valutazione d'impatto. Per una interpretazione evolutiva dell'art. 2050 c.c. A. PARZIALE, *Art. 2050 c.c.: dieci anni vissuti... Pericolosamente*, in *Danno e resp.*, 2/2019, 188.

⁴⁰ In questa linea interpretativa si inseriscono infatti le argomentazioni che muovono dal concetto dell'informazione come bene frutto «della vita di relazione tra soggetti, che assume un senso ed un ruolo nella dinamica delle attività umane»: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, cit., 345, riferibile non soltanto al risultato finale, bensì alla relazione informativa tra due o più parti: V. MANESINI, *Il problema giuridico dell'informazione*, in *Dir. aut.*, 1983, 433. In tale accezione, i molteplici aspetti che assume l'informazione – elaborazione, diffusione, rapporto comunicativo tra soggetti – trovano tutti confluenza nel trattamento dell'informazione in forma oggettivata, come sintesi delle situazioni soggettive coinvolte: P. PERLINGIERI, *ivi*, 353.

dei dati⁴¹; che deve tradursi, in buona sostanza, in un controllo sul potere informativo⁴² detenuto dalle organizzazioni sportive, le quali, non diversamente dai consueti operatori economici, sono sempre più orientate a sfruttare il potenziale insito nei dati personali.

⁴¹ In ragione della dinamicità dell'informazione, tale verifica pretende un approccio onnicomprensivo che comprenda l'intero processo elaborativo di dati, unitamente al controllo sull'algoritmo e quindi sul procedimento tecnologico e matematico che governa la formazione e l'utilizzo dei dati, il quale: *«non può esaurirsi nel fine di garantire un'autoregolamentazione, rispettosa dei codici di condotta – sebbene questi siano da incentivare e promuovere –, ma devono consistere necessariamente in una verifica esterna degli algoritmi costitutivi del procedimento, favorita dal legislatore in un contesto di sistema e non nella sola disciplina regolatrice disposta dall'Authority»* P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali*, cit., 483.

⁴² A. MANTELETO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. inf.*, 2012, 141. Prospettiva condivisa da chi propone l'intervento di poteri pubblici alternativamente o congiuntamente: C. BUZZACCHI, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Conc. merc.*, 2016, 153 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

LUCIANA LA BANCA

Autonomia privata e atipicità delle sanzioni civili: la configurabilità di una clausola penale pura

ABSTRACT - This paper focuses on the relationships between penalty regulation and negotiating autonomy in a system where the principle of *numerus clausus* and the prohibition of taking the law into one's own hands suggest to consider the hypotheses of private self-protection to be exceptional. Hence, after a short examination of the functions referable to the institution of the penal clause, it follows an inquiry on the meaning of the so-called pure penalty and the limits to the definition of atypical civil sanctions.

KEYWORDS - Private autonomy - self-defense - pure penal clause - deterrence - compensation - atypical civil sanctions

LUCIANA LA BANCA*

**Autonomia privata e atipicità delle sanzioni civili:
la configurabilità di una clausola penale pura****

SOMMARIO: 1. *Presupposti, funzione e limiti delle sanzioni civili. Delimitazione del piano del lavoro.* – 2. *Pena versus risarcimento. Modelli sanzionatori a confronto.* – 3. *La funzione risarcitoria della clausola penale. Una tecnica di liquidazione anticipata e forfettaria del danno.* – 4. *La funzione compulsoria-afflittiva. Un esempio di pena privata.* – 5. *Il problema della clausola penale pura.* – 6. *Autonomia privata e negozi non appartenenti ai tipi muniti di precipua disciplina legale. Se siano ammissibili sanzioni civili atipiche.* – 7. *Autonomia privata e potere sanzionatorio: i confini tra uso e abuso del diritto di predisporre sanzioni civili con finalità non risarcitoria. Il ruolo integrativo della buona fede.* – 8. *La configurabilità di una clausola penale pura*

1. Presupposti, funzione e limiti delle sanzioni civili. Delimitazione del piano del lavoro

In un contesto di relazioni economiche caratterizzato dalla trasformazione dei mercati e dall'intensificazione del traffico giuridico, un ripensamento del ruolo ascrivibile all'autonomia privata si rende quanto mai opportuno al fine di scongiurare quel senso di insoddisfazione, a più livelli avvertito, nei confronti dell'apparato sanzionatorio, là dove reputabile inidoneo a rispondere alle rinnovate istanze degli attori sociali.

L'esigenza di assicurare al titolare di un diritto il più alto grado di effettività della tutela senza, per ciò solo, intaccare il ruolo di *ultima ratio* da sempre riservato alla sanzione criminale ha condotto, per un verso, a un processo di progressiva depenalizzazione di numerosi illeciti ritenuti "bagatellari", per l'altro, alla valorizzazione di rimedi a struttura non risarcitoria nel campo del diritto civile.

In ossequio al principio di sussidiarietà, molteplici reati sono stati convertiti in illeciti civili e amministrativi, persuasi che anche sanzioni meno aggressive potessero preservare, con efficacia pari a quella della pena, l'integrità di taluni beni giuridici.

Nell'ambito dei rimedi "alternativi" a tal fine previsti, le difficoltà probatorie connesse alla sussistenza di un danno risarcibile e l'eventualità che il pregiudizio si prospetti di gran lunga inferiore ai vantaggi che il responsabile intende trarre dall'inosservanza della regola di condotta

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

possono, tuttavia, impedire al risarcimento di assolvere a una precipua funzione preventiva.

L'indagine si propone di riflettere sui rapporti intercorrenti tra l'architettura sanzionatoria e il negozio giuridico, nel senso di interrogarsi sull'ipotizzabilità di una causa punitiva degli atti di autonomia privata in un ordinamento nel quale il principio del *numerus clausus* e il divieto di farsi giustizia da sé imporrebbero di ritenere di competenza esclusiva dello Stato il potere sanzionatorio.

Tale profilo sarà investigato analizzando la disciplina positiva dell'istituto cui si fa comunemente riferimento per tentare di individuare i tratti distintivi della categoria delle sanzioni civili punitive; una volta esaurita la complessa disamina delle norme concernenti, per l'appunto, la clausola penale, ci si interrogherà sull'ammissibilità di rimedi sanzionatori atipici e, in particolare, sulla configurabilità della clausola penale c.d. pura. Uno studio sul tema necessita, invero, di qualche intendimento preliminare in ordine alla nozione di sanzione accolta in materia di responsabilità civile. Si tratta di considerazioni la cui opportunità può spiegarsi in ragione delle specificità della risposta apprestata dall'ordinamento giuridico interno a fronte della commissione di un illecito, le quali contribuiscono a rendere se non altro dubbia la riconducibilità della categoria oggetto di questo lavoro al novero delle tradizionali forme di tutela privatistica.

La costruzione di un ordinamento che sia in grado di garantire la sopravvivenza e la stabilità di un gruppo senza ricorrere alla sanzione rivela un'intrinseca impercorribilità non appena si chiariscono i termini della questione¹. Sembra, invero, priva di concrete potenzialità applicative ogni riflessione in tema di effettività del sistema giuridico che non assuma la socialità del diritto a elemento centrale della disputa². Soltanto la valorizzazione della dimensione relazionale del singolo consente, infatti, di operare una selezione delle condotte rispetto alle quali può essere utile interrogarsi sulla sanzionabilità del contegno umano.

¹ Le uniche ipotesi di sistema normativo sempre osservato (il sistema normativo perfettamente razionale per esseri perfettamente razionali ovvero anche non razionale per esseri completamente automatizzati) sono state qualificate da una certa dottrina come casi-limite, storicamente mai realizzati. Cfr. N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI (1969), 530.

² In argomento, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 160, il quale afferma che senza la socialità della scienza giuridica si tradisce il compito proprio di questa forma di conoscenza, quale conoscenza del diritto al fine della sua corretta applicazione.

Una simile attività ermeneutica si avverte come necessaria perché possa dirsi pienamente soddisfatta la primaria esigenza dell'ordinamento alla non dissoluzione della comunità organizzata alla quale appartengono soggetti liberi di non conformarsi alla regola di comportamento cristallizzata nella norma giuridica.

Si è detto, in proposito, che in tanto ha senso discutere di responsabilità e di sanzione, in quanto vi sia un individuo in grado di autodeterminarsi nel mondo e di alterare, con le proprie scelte, l'ordine sociale³.

Nella prospettiva appena delineata, un'analisi delle concrete modalità attuative del principio di autoconservazione del sistema diventa, dunque, imprescindibile.

Limitatamente alle sanzioni che presiedono al regolare svolgimento dei rapporti privatistici, è possibile inferirne l'appartenenza alla categoria delle misure cosiddette riparative, stante la particolare logica cui risulta informata la relativa disciplina. Esse si ispirano al principio secondo il quale il male generato dall'inottemperanza della norma giuridica non possa e non debba essere ripagato con altrettanto male, bensì rimosso ovvero ridotto nei limiti delle umane e giuridiche facoltà⁴. Tanto varrebbe a giustificare la precipua reazione dell'ordinamento, intesa a ripristinare la situazione antecedente alla violazione ovvero, quando non sia praticabile un ristabilimento in forma specifica⁵, ad attribuire al danneggiato l'equivalente economico della perdita subita⁶.

³ Che l'azione non sanzionabile non sia di per sé un'azione insignificante, ma soltanto un'azione irriducibile alla logica della socialità in quanto rilevante solo per il soggetto agente e per nessun altro è affermato da F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI (1989), 309, il quale sottolinea come «sanzionare un'azione significa dunque riconoscerla come coesistenziale, nella prospettiva globale di una coesistenzialità che non è un mero dato naturalistico, ma un co-appartenersi come soggetti liberi e simmetrici; una coesistenzialità che è un sistema dinamico (perché necessariamente soggetto alla legge della temporalità) di equilibri, nel quale ogni soggettività garantisce sé stessa attraverso la garanzia che fornisce all'agire di ogni altro».

⁴ Sia consentito il rinvio a L. LA BANCA, *Sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti giuridici stranieri in materia di sanzioni civili afflittive*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 1/2019, 170.

⁵ Così T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, Giuffrè, Milano, 1985, 59.

⁶ Le sanzioni che determinano l'eliminazione del pregiudizio mediante la ricomposizione dello *status quo ante* sono classificate come "restitutorie"; quando, invece, la misura si sostanzia in una somma di denaro idonea a rimuovere il danno occorso, si discorre di "risarcimento".

Coerentemente con la *ratio* riparatoria del rimedio, l'art. 1218 c.c. regola le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza della norma che impone al debitore di eseguire con esattezza la prestazione dovuta, prevedendo un obbligo, gravante sul trasgressore, di corrispondere al creditore danneggiato il valore economico della lesione sofferta.

La restaurazione del patrimonio del soggetto pregiudicato dalla violazione viene realizzata dal legislatore mediante l'imposizione di un dovere secondario avente la funzione di sostituirsi al dovere originario di prestazione.

Tuttavia, la mera prova dell'inadempimento non è ritenuta sufficiente al fine di consentire al risarcimento di spiegare i propri effetti, rendendosi necessarie ulteriori verifiche concernenti l'esistenza, l'entità e la derivazione causale del danno dall'inadempimento dell'obbligazione. Detto accertamento rappresenta un momento irrinunciabile del processo determinativo e applicativo del risarcimento⁷, del quale è opportuno tenere conto nel prosieguo della trattazione al fine di orientare le riflessioni sul ruolo assolto dalle sanzioni punitive civili nei moderni ordinamenti.

2. *Pena versus risarcimento. Modelli sanzionatori a confronto*

In disparte il comune profilo del pregiudizio in capo a chi abbia mancato di conformarsi alla regola comportamentale da osservare⁸, è utile soffermarsi sulle principali differenze sussistenti tra la sanzione risarcitoria

⁷ Si è a lungo discusso della possibilità di ricondurre il risarcimento del danno nell'ambito delle sanzioni. La questione si è posta con particolare riguardo alle ipotesi di responsabilità oggettiva, per le quali difetterebbe il presupposto rappresentato dalla rimproverabile violazione della norma. D'altro canto, si è evidenziato come anche la minaccia dell'obbligazione risarcitoria sia in grado di motivare all'adempimento e di svolgere quella funzione dissuasiva propria della sanzione penale. Cfr. E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), 782, secondo il quale «l'obbligazione risarcitoria assolverebbe anche ad una funzione intimidatrice nei confronti degli altri consociati, nel senso che il timore di incorrere nella sanzione risarcitoria costituirebbe una remora a commettere nuove e più gravi violazioni: e ciò in quanto il risarcimento si risolverebbe in una vera e propria pena a carico dell'autore del danno». Sul dibattito concernente la natura del risarcimento, si rimanda a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, commentato da G. LAZZARO, *Imperativismo e responsabilità civile*, in *Riv. int. fil. dir.*, XLI, 1964, 780-790.

⁸ Si veda A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1980, 232 ss.

e la sanzione penale, i cui presupposti applicativi ed effetti non sembrano, *prima facie*, equiparabili.

Atteso che la comminazione della pena postula il perfezionamento di una fattispecie espressamente prevista come reato dal legislatore, tendendo a ristabilire l'equilibrio violato attraverso la punizione del trasgressore della regola di condotta, sembra preferibile discutere, nel merito, di reazione alle conseguenze dannose dell'illecito piuttosto che di rimedio in senso stretto; al contrario, la funzione squisitamente economica ascrivibile al risarcimento, implicando una nuova allocazione delle perdite prodottesi e non potendo prescindere da talune verifiche in ordine alla precisa consistenza del danno da riparare, favorisce un'interpretazione di tipo rimediale.

Il preminente carattere compensativo del risarcimento non consentirebbe, in sostanza, di ipotizzare che, per suo tramite, sia perseguibile una finalità diversa dalla restaurazione dell'interesse leso, potenzialmente ispirata a dinamiche dissuasive e punitive. Tale assunto sarebbe corroborato, tra le altre, dalla norma che contempla la risarcibilità dei soli danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, limitando il risarcimento di quelli imprevedibili alle ipotesi di inadempimento doloso. La prevedibilità fungerebbe, dunque, da parametro alla stregua del quale valutare la proporzionalità della sanzione risarcitoria alla lesione determinatasi nella sfera giuridica del creditore sulla scorta di un giudizio di probabile verifica del danno, condotto secondo il criterio della normalità e alla luce delle circostanze di fatto note⁹.

In quanto riferibile al *genus* delle sanzioni "eterogenee", può rilevarsi come la pena non condivida la medesima natura della condotta prescritta, finendo col risolversi in una conseguenza a contenuto afflittivo che l'ordinamento fa derivare esclusivamente dalla violazione della norma; le discrepanze con il risarcimento si manifestano nella riconducibilità di quest'ultimo alla categoria delle sanzioni "omogenee" le quali, pur discendendo coattivamente dalla violazione di un obbligo, partecipano, all'opposto, della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti¹⁰.

⁹ Cfr., in giurisprudenza, Cass., 11 agosto 2004, n. 15559, in *Giust. civ.*, 1/2005, 1562. Per una ricostruzione della nozione di prevedibilità quale criterio atto a verificare la proporzionalità del risarcimento alla lesione di quegli interessi che sono connessi alla prestazione secondo un criterio di normalità, C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub art.* 1225, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, 373.

¹⁰ Così P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), 787, il quale rileva che «la sanzione omogenea e la sanzione eterogenea impeditiva rafforzano, in genere, una norma-

Tanto premesso, vale evidenziare come la rigida autoreferenzialità di pena e risarcimento possa, talvolta, venir meno per lasciare spazio a una forma di tutela dei diritti diversa da quella garantita, alternativamente, dalle norme penali e dalle norme civili. L'opportunità di adeguare la sanzione risarcitoria alle rinnovate istanze della realtà giuridica e sociale ha, infatti, realizzato un progressivo avvicinamento della relativa disciplina all'idea di prevenzione dell'illecito e di soddisfazione morale (anziché unicamente economica) del danneggiato¹¹.

L'irrilevanza della concreta portata dei danni e l'astratta idoneità a prevenire e reprimere la commissione dell'illecito attraverso la coazione psicologica del soggetto tenuto a osservare un certo contegno sollecitano una riflessione sull'istituto della clausola penale¹².

L'esigibilità della penale consegue, invero, alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione principale; di qui la necessità di assumere come prioritaria non la funzione di trasferire gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento dal patrimonio del creditore rimasto insoddisfatto a quello del debitore insolvente, bensì quella di stigmatizzare l'inosservanza della regola di condotta convenzionalmente determinata.

Il principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" potrebbe, tuttavia, ostacolare l'operatività di un meccanismo sanzionatorio il cui funzionamento fosse demandato all'iniziativa dell'autonomia negoziale. Premesso che la pena quale sanzione in grado di incidere sulla libertà personale dell'autore dell'illecito rappresenta appannaggio esclusivo dell'esperienza pubblicistica e che la relativa tipicità è espressamente prevista a livello costituzionale in ragione della natura superindividuale dell'interesse protetto dalla norma penale, è utile chiedersi se sia configurabile, sul piano dei rapporti privatistici, una pena non criminale, intesa quale sanzione idonea a colpire un bene diverso da quello leso a

garanzia; la sanzione eterogenea afflittiva, pur potendo essere vista nella prospettiva della garanzia, rafforza essenzialmente una norma-comando: in altre parole, tende ad offrire una motivazione antitetica rispetto a quella che può portare alla violazione dell'obbligo, sotto il presupposto di una libera scelta». Sulla questione, ID., *Delitto e pena nel pensiero di G. Romagnosi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1961, 959 ss.

¹¹ In tal senso, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1991, 111. Cfr., altresì, B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Metzner, Frankfurt am Main - Berlin, 1961, 82.

¹² È, infatti, la superfluità di qualsivoglia accertamento in ordine al pregiudizio arrecato al creditore a non consentire una pacifica collocazione della clausola penale nell'ambito delle sanzioni civili a preminente carattere satisfattivo.

seguito della violazione di un dovere di astensione o di un obbligo di agire che abbia la propria fonte nel contratto.

3. La funzione risarcitoria della clausola penale. Una tecnica di liquidazione anticipata e forfettaria del danno

La disciplina cui si fa tradizionalmente riferimento per tentare di enucleare gli elementi caratterizzanti la categoria delle sanzioni civili punitive, le quali abbiano titolo in un atto dell'autonomia privata (anche note come "pene private negoziali"), è quella delineata dagli artt. 1382 ss. c.c. in materia di clausola penale.

Secondo un orientamento, tali disposizioni tradiscono una volontà legislativa di non ostracizzare l'idea della pena privata, malgrado dottrina e giurisprudenza maggioritarie continuino a ritenere che nell'istituto poco vi sia di penale e che la clausola rappresenti, al contrario, uno strumento convenzionale di liquidazione anticipata e forfettaria del danno derivante dall'inosservanza del comportamento dovuto¹³.

Al fine di comprendere i termini del rapporto che può instaurarsi tra l'ordinamento sanzionatorio e l'autonomia negoziale, si rende necessaria una puntuale analisi del dato normativo, la cui apparente ambiguità legittima il profilarsi di plurime posizioni in merito allo scopo concretamente perseguito dai privati mediante l'ausilio della penale.

L'art. 1382 c.c., rubricato "effetti della clausola penale", stabilisce che «la clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore», aggiungendo, al comma successivo, che «la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno».

A dispetto del *nomen iuris*, il legislatore individua nella limitazione del risarcimento l'effetto tipico della pattuizione, salvo precisare, immediatamente dopo, che l'esigibilità della penale prescinde dall'assolvimento di specifici oneri probatori in ordine alla sussistenza e all'entità del danno conseguente all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale. L'enunciato effetto

¹³ In tal senso, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 2. Si veda anche F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 3 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 2/1987, 531 ss.

limitativo del risarcimento costituisce l'incontrovertibile ancoraggio testuale a partire dal quale la dottrina e la giurisprudenza tuttora maggioritarie hanno ricostruito la funzione della clausola penale in chiave eminentemente risarcitoria. I fautori di questa teoria attribuiscono alla pattuizione disciplinata dagli artt. 1382 ss. c.c. il fine specifico di semplificare l'applicazione della sanzione tipizzata dal legislatore per le ipotesi di inadempimento¹⁴.

In ambito contrattuale, il risarcimento presuppone l'insorgenza in capo al soggetto non inadempiente non di un qualsiasi danno, ma di un danno giuridicamente rilevante ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1218 ss. c.c.

Le difficoltà e, talvolta, l'oggettiva impossibilità di fornire una prova in tal senso, unitamente ai tempi sovente troppo lunghi della giustizia civile, indurrebbero il creditore e il debitore ad accordarsi (in vista di un futuro e ipotetico inadempimento) sulla prestazione da eseguire in luogo di quella originariamente dovuta. Tale prestazione, sostituendosi a quella principale per esplicita volontà dei contraenti, garantirebbe alle parti di conseguire le utilità del risarcimento, indipendentemente dall'assolvimento di precisi oneri. La circostanza che la penale sia dovuta pur in assenza di prova del pregiudizio sarebbe indice della facoltà riconosciuta dal legislatore ai privati di predeterminare convenzionalmente e in maniera forfettaria la misura del danno, il quale finisce con l'essere liquidato in deroga alle norme che presiedono alla ordinaria quantificazione del risarcimento.

La forfettizzazione del danno risarcibile metterebbe il debitore nella condizione di conoscere con anticipo le conseguenze del proprio inadempimento¹⁵ e di rendere il creditore previamente edotto in ordine al *quantum debeatur*, così da poter ottenere il risarcimento senza dover provare l'effettiva consistenza del danno sofferto e senza che il debitore possa

¹⁴ Cfr. M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. c.c.* (a cura di) D'Amelio e Finzi, Barbera Editore, Firenze, 1948, 537; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1946, 131 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da) Grosso e Santoro Passarelli, Vallardi, Milano, 1966, 146; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1983, 207 ss.; L. CARRARO, *Recensione a Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 189.

¹⁵ La distinzione con il risarcimento risiederebbe nella determinazione postuma del contenuto di quest'ultimo. Una volta verificatosi l'illecito, è compito del giudice stabilire, sulla scorta dei parametri individuati dal legislatore, il *quantum* dovuto al soggetto che ha subito l'inadempimento.

eccepire l'inferiorità di tale danno¹⁶. Ciò non implicherebbe la completa irrilevanza del pregiudizio occorso¹⁷ né la configurabilità di una presunzione assoluta di danno¹⁸, atteso che non ogni inadempimento è causa diretta e immediata della perdita subita dal creditore o del suo mancato guadagno¹⁹. Si tratterebbe, più semplicemente, di un mutamento dei criteri di liquidazione, i quali, essendo rimessi alla scelta dell'autonomia negoziale, ben potrebbero affrancarsi dal tradizionale onere della prova²⁰.

In relazione a detto aspetto, si è posto il problema dell'eventuale superfluità dell'elemento probatorio per intrinseca dannosità dell'inadempimento²¹. Secondo una dottrina, la prova del danno sarebbe assorbita dalla prova dell'inadempimento dal momento che, essendo la prestazione volta ad assicurare al creditore una certa utilità, privarlo della stessa non potrebbe non arrecargli un danno²².

¹⁶ In questi termini, A. DE CUPIS, *op. cit.*, 524. Cfr. anche M. DE LUCA, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1998, 36.

¹⁷ Cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984, 15, il quale rileva che, escludendo la rilevanza del danno nell'interpretazione dell'art. 1382, comma 2 c.c. in conformità a un costante e univoco indirizzo giurisprudenziale e alla dottrina assolutamente dominante, deve conseguentemente ammettersi che la liquidazione preventiva e a *forfait* del danno che si assume quale propria e caratterizzante la clausola penale sembra destinata a entrare in crisi. Si veda anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, Utet, Torino, 1980, 256, secondo il quale non è certo da porre in dubbio che nella funzione della clausola rientri essenzialmente la funzione sanzionatoria e che questa sia anche la sola sufficiente a giustificare il valore giuridico dell'impiego, giacché altrimenti non potrebbe essere spiegato perché la penale sia dovuta anche se non viene dimostrata la sussistenza di un danno. L'autore sembra escludere che la clausola penale possa essere costruita come un accordo di liquidazione preventiva del danno, salvo poi precisare la possibile coesistenza di una funzione risarcitoria accanto a quella coercitiva, circostanza quest'ultima che mal si concilia, secondo Marini, con l'irrilevanza del danno di cui in premessa. Si rimanda, altresì, alla ricostruzione di E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 906 ss.

¹⁸ Cfr. A. MARINI, *op. cit.*, 16, ove si osserva che «né varrebbe richiamarsi, come pure si è fatto, alla mediazione di una ipotetica presunzione di esistenza del danno destinata ad operare a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione posto che, si tratterebbe, in ogni caso, di una presunzione assoluta di danno e, dunque, il problema appare risolto solo attraverso un artificio costruttivo».

¹⁹ A norma dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

²⁰ Sul punto, A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII (1990), 189.

²¹ Per puntuali osservazioni critiche, A. MARINI, *op. cit.*, 17.

²² In argomento, A. DE CUPIS, *op. cit.*, 479, il quale ritiene che nella prova dell'inadempimento sia implicita la prova del danno arrecato al creditore e che, sostanziandosi l'oggetto dell'obbligazione in una prestazione utile al creditore,

La *ratio* compensativa che si vuole ascrivere alla clausola penale sarebbe ulteriormente comprovata dalla lettera dell'art. 1383 c.c., il quale statuisce che «il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo». Fine ultimo della disposizione sarebbe quello di evitare che l'inadempimento sia fonte di un'ingiustificata locupletazione del danneggiato, al quale è preclusa la possibilità di conseguire un risarcimento che si concreti in un beneficio maggiore di quello che avrebbe prodotto la prestazione qualora fosse stata eseguita.

La stessa risarcibilità del danno ulteriore deporrebbe a favore della teoria dominante. Alle parti sarebbe, infatti, consentito di dare rilievo a quella porzione di danno che in concreto superi l'ammontare della penale, stante l'oggettiva difficoltà di avere piena contezza, fin dal momento della conclusione del contratto, del pregiudizio che potrebbe loro derivare da un futuro (e meramente probabile) inadempimento. Condizione ineludibile del patto diverrebbe, dunque, l'accertamento dell'intero danno, compreso quello già coperto dalla penale, a riprova della valenza riparatoria sottesa all'istituto²³.

La stessa norma sul potere di riduzione giudiziale delle penali manifestamente eccessive di cui all'art. 1384 c.c. è stata, di volta in volta, manipolata e piegata al perseguimento di finalità contrapposte. Il Codice civile prevede una modulazione fondata sull'interesse del creditore all'adempimento non solo nell'ipotesi di penale *ab origine* manifestamente eccessiva, ma anche nel caso in cui la stessa diventi tale per effetto del parziale adempimento dell'obbligazione principale. Siffatto assunto verrebbe a corroborare le tesi della funzione risarcitoria della clausola penale, la quale non può essere pretesa nel suo iniziale ammontare quando risulti sproporzionata rispetto a un danno di minore consistenza rispetto a quello che si sarebbe, viceversa, determinato là dove la prestazione fosse rimasta del tutto ineseguita.

Il pregio di questa ricostruzione sarebbe, in sintesi, quello di conferire alla determinazione convenzionale del danno «un margine di dispositività che emancipa le parti da una necessaria mediazione giurisdizionale e dalla

l'inadempimento, il quale priva il creditore di questa utilità, non possa non risultargli dannoso.

²³ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1947, 585, il quale si esprime in favore di una clausola penale con mera funzione di acconto sul risarcimento del danno.

rigorosa osservanza del regime risarcitorio»²⁴. La previsione di una penale consente di coniugare due diversi profili: stimare la convenienza dell'affare e prevenire contestualmente una lite che può sorgere in ordine al *quantum* risarcibile²⁵. Esito della menzionata valutazione sarebbe, dunque, quello di conformare il risarcimento al fine ultimo concretamente perseguito per il tramite dell'operazione economica²⁶.

4. La funzione compulsoria-afflittiva. Un esempio di pena privata

Secondo una differente interpretazione delle norme in materia di clausola penale, l'inciso "indipendentemente dalla prova del danno" sarebbe da intendersi nella diversa accezione di "indipendentemente dall'esistenza del danno". Diversamente opinando, dovrebbe, infatti, essere garantita al debitore non soltanto la possibilità di provare che il creditore non abbia subito alcun danno ovvero che il proprio inadempimento non abbia determinato un danno risarcibile, ma anche la facoltà di dimostrare che la lesione sofferta dall'altro contraente abbia un'entità inferiore rispetto a quella pattiziamente liquidata, frustrando così lo scopo di agevolazione sanzionatoria cui l'istituto appare preordinato.

In altre parole, la posizione di quanti hanno inteso rinvenire nell'ultimo comma dell'art. 1382 c.c. una mera inversione dell'onere della prova²⁷ non sarebbe condivisibile dal momento che, trattandosi di un'ipotesi che fa eccezione alla regola in forza della quale chi vuole azionare un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, là dove il legislatore avesse voluto disporre in senso derogatorio, vi avrebbe provveduto in maniera esplicita.

Spunti di conferma in tal senso sarebbero ritraibili da un'altra disposizione, l'art. 1224 c.c., il quale disciplina gli interessi legali in tema di obbligazioni pecuniarie, esonerando il creditore dall'onere della prova

²⁴ S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Cedam, Padova, 1990, 131.

²⁵ Sulla funzione transattiva che si intende attribuire alla clausola penale, A. PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, V (1985), in particolare i capitoli I e II relativi al contenuto e agli effetti del contratto. In giurisprudenza, Cass., 21 giugno 1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 2/1996, 488, secondo il cui indirizzo la penale consentirebbe di evitare l'azione di risoluzione, permettendo di adire direttamente il debitore per l'ammontare prestabilito.

²⁶ Cfr. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1980, 238 ss.

²⁷ Cfr. M. GHIRON, *op. cit.*, 537.

dell'esistenza del danno ("anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno"). Secondo una certa dottrina, anche tale norma è stata concretamente interpretata nel senso che l'attribuzione degli interessi legali prescinde del tutto dal danno concretamente verificatosi, non nel senso di una semplice inversione dell'onere della prova²⁸.

Si è già detto che l'interpretazione della penale quale forfettizzazione del danno risarcibile costituisce il fulcro della tesi risarcitoria. Detta circostanza solleva il creditore dall'onere di provare un *quantum* che è stato già convenzionalmente individuato, ma è altresì vero che, così argomentando, il medesimo onere probatorio continuerebbe a sussistere in capo all'attore in relazione all'*an* del risarcimento. Tale evenienza, al pari di quelle precedentemente illustrate, vanificherebbe la *ratio* "transattiva" sottesa alla disciplina della clausola penale²⁹.

La stessa tesi dell'intrinseca dannosità dell'inadempimento non sarebbe esente da critiche. Come già evidenziato, essa si fonda sul presupposto che inadempimento e danno procedano di pari passo, ma tale conclusione non può essere accolta. Esistono, infatti, ipotesi di inadempimento che non determinano un danno giuridicamente rilevante, rispetto alle quali un problema di risarcimento non si pone affatto³⁰.

Nel tentativo di superare i limiti della già menzionata elaborazione teorica, è possibile individuare nella funzione punitiva l'elemento caratterizzante la clausola penale e, a tal fine, considerarla una pena privata. In questa nuova prospettiva, la penale fungerebbe unicamente da sanzione per l'inadempimento senza che acquisisca rilevanza alcuna né l'esistenza né la misura del danno. Tanto che la si voglia considerare "privata" per la natura dei soggetti cui è deferita la predeterminazione, quanto che la si voglia così qualificare per il tipo di interesse che essa si propone di tutelare, questa pena condivide con quella di diritto pubblico una doppia anima: deterrente e afflittiva.

Per quanto concerne il primo aspetto, è utile sottolineare come la tutela accordata al creditore in caso di inadempimento o di ritardo possa, talvolta, non risultare sufficiente. La semplice prospettazione della sanzione risarcitoria potrebbe, invero, essere inidonea a distogliere il debitore dalla

²⁸ A. MARINI, *op. cit.*, 14.

²⁹ Secondo questa diversa ricostruzione, la parte che intende conseguire la penale dovrebbe limitarsi a fornire la prova dell'inadempimento, essendo sollevata dall'onere di dimostrare l'entità del pregiudizio sofferto.

³⁰ In tal senso, A. MARINI, *op. cit.*, 18 ss. Sul punto, anche S. SATTA, *Condanna generica*, in *Enc. dir.*, VIII (1961), 720.

condotta illecita là dove il profitto che quest'ultimo si prefigge di realizzare mediante l'inadempimento superi di gran lunga la misura del risarcimento che deve essere corrisposto alla stregua dei parametri individuati dall'ordinamento³¹.

Al fine di ovviare alla paventata inefficacia del rimedio risarcitorio, i privati possono convenire una penale che trascenda, superandola, l'entità del danno potenziale o stimato e sia, per ciò solo, atta a esercitare una forma di coazione psicologica sul debitore, inducendolo ad adempiere per non incorrere nella sanzione individuata a norma dell'art. 1382 c.c. Coerentemente con questo orientamento, la funzione più rilevante della clausola penale consiste nell'assurgere a mezzo di coazione indiretta per le ipotesi in cui la coercizione attraverso gli ordinari rimedi giurisdizionali non può essere attuata o risulti incerta. Esaurita inutilmente la funzione deterrente, la pena privata svolgerebbe nei confronti del debitore, resosi comunque inadempiente, una funzione segnatamente afflittiva.

Ritenuto che anche la previsione di un rimedio a preminente carattere compensativo possa essere astrattamente idonea a determinare l'astensione dal comportamento antiggiuridico³², ne consegue la necessità di fondare su argomenti di altra natura la distinzione tra risarcimento e pena privata. Si è già osservato che il *proprium* del rimedio risarcitorio è quello di operare una traslazione del pregiudizio da chi lo ha subito a chi lo ha provocato, in modo da rimediare alle conseguenze dannose dell'illecito mediante la restaurazione dell'interesse leso. Sotto questo profilo, si attribuisce rilievo preminente all'evento, mentre sarebbe affatto irrilevante la condotta del soggetto agente³³.

A fronte della trasgressione di una regola di condotta - riconducibile, nel caso delle pene contrattuali, al mancato adempimento dell'obbligazione principale - la sanzione, pur concretandosi (al pari del risarcimento) in una reazione all'illecito, ha una sua specificità, costituita dall'attitudine all'afflizione del danneggiante.

Valide ragioni a sostegno della tesi in forza della quale la clausola penale sarebbe da collocare nel novero delle pene private possono trarsi, inoltre,

³¹ Si discorre di "inadempimento efficiente" con riguardo alle ipotesi in cui la mancata esecuzione della prestazione garantisca una migliore allocazione della ricchezza, determinando per il debitore inadempiente vantaggi superiori al danno sofferto dal creditore. Cfr. P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2003, 724 ss.; V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 3/2001, 1085-1086.

³² Sub nota 7.

³³ Così A. ZOPPINI, *op. cit.*, 113.

da un'esegesi di stampo storico-evolutivo e da una lettura sistematica delle norme che governano l'istituto.

In primo luogo, si fa riferimento all'art. 1212 del Codice civile del 1865, il quale definiva testualmente la clausola penale come la «compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale». Gli interpreti, i quali avevano attribuito alla penale la funzione di liquidazione anticipata e convenzionale del danno (e di contestuale rafforzamento del vincolo obbligatorio)³⁴, hanno successivamente inteso la mancanza, nel codice del 1942, di una disposizione che richiamasse in maniera esplicita il danno subito dal creditore quale indice del superamento della teoria risarcitoria, in ossequio all'antico brocardo secondo cui "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*".

Per quanto concerne il profilo sistematico, lo stesso patto di risarcibilità del danno ulteriore non sarebbe da interpretarsi nel senso di ascrivere alla penale la funzione di "acconto sul risarcimento", ma più congruamente come una stipulazione che nulla toglie alla natura di pena privata dell'istituto, entrando a «far parte del contenuto solo eventuale e dispositivo della clausola penale»³⁵. L'obbligazione risarcitoria acquisirebbe, dunque, una rilevanza marginale dal momento che l'eventuale assenza di danni concreti o la minore estensione degli stessi rispetto a quelli coperti dalla penale non comprometterebbe l'operatività della clausola, la quale continua a essere integralmente dovuta. Così articolato, l'accordo sulla risarcibilità del danno ulteriore consente al soggetto non inadempiente di cumulare la prestazione penale (in relazione alla quale non è richiesta la prova del pregiudizio) con il risarcimento di quella porzione di danno che, una volta dimostrato e stimato, superi il *quantum* convenuto a titolo di penale³⁶.

Anche il potere di riduzione della penale manifestamente eccessiva sarebbe immune da connotazioni risarcitorie. L'art. 1384 c.c. non prevede, tra i criteri atti a orientare la diminuzione, alcun genere di riferimento al danno effettivamente occorso.

Il potere-dovere riconosciuto al giudice di intervenire sul regolamento contrattuale rappresenterebbe l'estrinsecazione del normale controllo che l'ordinamento si riserva sugli atti dell'autonomia privata, non anche una

³⁴ In tal senso, *ivi*, 190.

³⁵ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Esi, Napoli, 1948, 449. Si veda anche S. MAZZARESE, *op. cit.*, 157.

³⁶ Così M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1954, 81.

negazione della funzione punitiva della clausola penale³⁷. L'art. 1384 c.c., lungi dal sottendere un disfavore legislativo nei confronti della sanzione punitiva civile, depone a favore di una possibile causa punitiva degli atti dell'autonomia privata a struttura bilaterale, rispetto ai quali il potere di intervento del giudice si pone quale parametro della proporzione che, in uno Stato di diritto, deve sussistere tra l'illecito e la correlata sanzione. D'altronde, se la *reductio* fosse prevista al fine di ristabilire la funzione compensativa eventualmente compromessa, al giudice sarebbe verosimilmente riconosciuto il potere, previsto in altri ordinamenti³⁸, di aumentare la penale irrisoria.

I privati possono stipulare una clausola penale con funzione dissuasiva e repressiva perché legittimati, in tal senso, da una previsione di legge, la quale, anziché stabilire la sanzione della nullità, contempla il correttivo della riducibilità giudiziale al fine di garantire che l'autonomia contrattuale sia espressione di quegli interessi per tutelare i quali il potere negoziale viene riconosciuto.

In questa prospettiva, il debitore può essere condannato al pagamento di una penale che, pur essendo stata equitativamente ridotta dal giudice, risulti comunque superiore al danno conseguente all'inadempimento, a riprova del fatto che la componente strettamente sanzionatoria non può dirsi completamente estranea all'istituto.

5. Il problema della clausola penale pura

La prima questione da affrontare onde verificare l'ammissibilità e l'ampiezza di una funzione punitiva dell'autonomia privata involge il rapporto tra l'obbligazione risarcitoria e l'obbligazione penale. Trattasi di una relazione alla cui dialettica è ispirata la soluzione che si intende

³⁷ Al contrario, «le finalità della penale sembrano proprio quelle di una pena privata, visto che la prima intenzione delle parti è quella di premere sul comportamento futuro che sarà tenuto da una delle stesse per garantire, con maggiore forza, l'adempimento dell'obbligazione principale: finalità di prevenzione pienamente legittima anche in relazione alla previsione dell'art. 1322 c.c., mentre la finalità di punizione, ineliminabilmente sottesa alla figura di pena privata, non esclusa dall'intervento riduttivo del giudice in quanto esso, per giurisprudenza consolidata, può avvenire solo in via equitativa (...) essendo impossibile pensare ad un ripristino di una rigida correlazione tra riparazione e danno effettivamente subito dal creditore». In questi termini, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1983, 435 ss.

³⁸ Tale potere è espressamente riconosciuto al giudice dal legislatore francese.

prospettare al problema della configurabilità della clausola penale c.d. pura.

Si è detto in apertura che le riferite obbligazioni si connotano per autonomia reciproca ed eterogeneità funzionale. È vero, infatti, che il presupposto comune alla prestazione risarcitoria e a quella penale è rinvenibile nella mancata osservanza del comportamento dovuto, ma è altresì vero che la concreta determinazione di ciascuna sanzione si snoda lungo itinerari affatto diversi.

Quanto al risarcimento del danno, vale evidenziare come esso consegua a una puntuale scelta legislativa, vincolando il giudice ad attenersi alla semplice applicazione di criteri normativamente prefissati al fine di addivenire alla precisazione del *quantum* risarcibile; in relazione alla penale, tale "obbligatorietà" si tramuta, invece, in "volontarietà" del rimedio, di guisa che, pur risolvendosi in una facoltà che deriva ai privati in ogni caso dalla legge, la previsione e la conseguente applicazione della sanzione non possono prescindere dall'intesa delle parti³⁹.

L'ambiguità della formula legislativa pone non poche difficoltà interpretative in ordine a una prestazione la cui prerogativa si concreta nell'effetto limitativo del risarcimento. Premesso che la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, si tende a escludere che la stessa possa avere una qualche valenza sostitutiva della prestazione principale, riconducibile, per converso, all'obbligazione risarcitoria⁴⁰.

³⁹ Si è detto che l'obbligazione risarcitoria e l'obbligazione penale sono obbligazioni a contenuto indeterminato, ma determinabile e che, mentre nessuna differenza si pone quanto alla struttura, diverso risulta il procedimento determinativo del contenuto. Più precisamente, l'individuazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria e la specificazione della sanzione devono essere effettuate dal giudice successivamente al verificarsi del fatto sanzionato, sulla scorta di criteri prefissati dal legislatore che servono a restringere (anche se non ad annullare) la discrezionalità del giudice. Viceversa, nell'obbligazione penale il contenuto è determinato antecedentemente all'inadempimento o al ritardo attraverso uno specifico accordo delle parti del rapporto obbligatorio principale, che l'ordinamento riconosce e tutela proprio in quanto specificazione concreta della sanzione. In termini pressoché testuali, A. MARINI, *op. cit.*, 35.

⁴⁰ Una dottrina ha, tuttavia, sostenuto che al creditore non sia mai preclusa la possibilità di chiedere, in alternativa alla penale, il risarcimento del danno. Si tratterebbe, invero, di fare applicazione della norma di cui all'art. 1385 c.c. in materia di caparra confirmatoria sulla base di una semplice considerazione: la penale stipulata a tutela del creditore non può risultargli pregiudizievole ove sia stata convenuta in misura inferiore al danno. Cfr., sul punto, M. TRIMARCHI, *Caparra*, (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, VI (1960), 191, il quale evidenzia che «il disposto dell'art. 1385, commi 2 e 3, dovrebbe rappresentare il fulcro dell'intero e unitario sistema scelto per la clausola penale e per la caparra, per ciò che da quelle norme risulterebbe la volontà del legislatore di non imporre al creditore dell'obbligazione

Sebbene la penale pura non sia causalmente orientata alla reintegrazione del patrimonio dell'offeso⁴¹, non può dirsi che essa sia "pena" secondo l'accezione pubblicistica, non solo e non tanto perché la relativa determinazione è sottratta agli organi dello Stato⁴², quanto, piuttosto, perché si tratta di una sanzione inidonea a incidere sulla libertà personale dell'autore dell'illecito⁴³. Eppure, la possibilità di qualificare la fattispecie di cui all'art. 1382 c.c. in termini di pena privata sembrerebbe

principale una liquidazione preventiva e forfettaria dei danni, e al contrario di consentirgli una scelta tra codesta liquidazione (attuata sotto forma di clausola penale o mediante caparra) e la liquidazione dei danni secondo le regole generali (art. 1385 comma 3)». *Contra* A. ZOPPINI, *op. cit.*, 203. L'autore ritiene che i due istituti abbiano funzioni differenti, circostanza desumibile dalla possibilità di stipulare, con il medesimo contratto, sia una clausola penale sia una caparra. In particolare, la caparra, per la funzione confirmatoria che è chiamata a svolgere, si sostanzierebbe, di regola, in una somma modesta, mentre si verifica il fenomeno opposto quando è stipulata una clausola penale; e questo spiegherebbe perché il creditore insoddisfatto della caparra possa ottenere il risarcimento completo. Se si accogliesse la tesi criticata, perderebbe, inoltre, qualsiasi rilievo il patto con cui le parti convengono la risarcibilità del danno ulteriore. V. anche A. MARINI, *op. cit.*, 164, secondo il cui orientamento la penale impedirebbe la nascita dell'obbligazione risarcitoria, limitando la tutela accordata al creditore alla sola prestazione promessa.

⁴¹ Cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*, 534, il quale osserva che è spesso difficile stabilire in concreto la linea di demarcazione tra premio e indennizzo, tra risarcimento e punizione; S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIII (1995), 350. L'autore evidenzia come la caratteristica peculiare della pena privata consista nella mancanza di una necessaria corrispondenza tra il vantaggio pecuniario che il soggetto leso consegue e il danno effettivamente subito.

⁴² Potrebbe, infatti, obiettarsi che, ai fini della coercibilità dell'obbligazione penale, si rende pur sempre necessaria l'intermediazione dell'organo giudiziario.

⁴³ La dimensione superindividuale del bene giuridico potenzialmente inciso dal reato giustifica la stretta tipicità e la particolare gravità della sanzione criminale. A tale proposito, si è detto che «la pena "criminale" presenta un contenuto che, per lo meno nelle pene principali (art. 17 c.p.), si caratterizza per l'incidenza diretta o indiretta sulla libertà personale: diretta nelle pene detentive, indiretta in quelle pecuniarie (...). Le pene accessorie (art. 19 c.p.) costituite da interdizioni, sospensioni, incapacità costituiscono un complesso sanzionatorio largamente comune anche all'ambito amministrativo. Il dato che qualifica la natura "penale" di una sanzione è allora eminentemente formale, dipendente cioè dalla sua riconducibilità al novero delle pene contemplate dal codice penale; ma al di là di questo dato si prospetta l'esigenza costituzionale che siano trattate come "penali" tutte le sanzioni che comunque incidano sulla libertà personale, e debbano quindi sottostare alla somma di garanzie previste per questo tipo di intervento: la riserva di legge (art. 25, comma 2, cost. e art. 13, comma 2, cost.), la personalità della responsabilità (art. 27, comma 1, cost.), la giurisdizionalità dell'applicazione e le varie garanzie connesse allo svolgimento del processo penale. Il carattere massimale di questo complesso di limiti e di garanzie, presupponendo chiaramente l'idea che la sanzione penale sia la più grave delle sanzioni, ne postula, *ex adverso*, un'utilizzazione particolarmente oculata e circoscritta da parte dell'ordinamento». Così T. PADOVANI, *op. cit.*, 64.

osteggiata dalla norma che vieta al creditore di cumulare la prestazione principale con la prestazione convenuta a titolo di penale⁴⁴.

Coerentemente con la premessa secondo la quale la penale non pura è dovuta a titolo di risarcimento del danno⁴⁵, anche quella dottrina che ammette la possibile coesistenza di una funzione risarcitoria e di una funzione punitiva⁴⁶ ne spiega la concreta articolazione in chiave di essenzialità del solo risarcimento, rispetto al quale il profilo penale verrebbe in rilievo in veste meramente ulteriore ed eventuale⁴⁷.

Questo orientamento ben si armonizza non solo con il riferimento all'effetto limitativo del risarcimento, ma anche con il patto di risarcibilità del danno ulteriore e con il divieto di cumulo enunciato dall'art. 1383 c.c. Il creditore che ritenga comunque vantaggiosa l'esecuzione della prestazione principale non può, infatti, conseguire la penale che non sia stata stabilita per il semplice ritardo, non essendo ipotizzabile un inadempimento del debitore che si traduca in un'ingiustificata locupletazione della controparte. Si è osservato, nel corso di questo studio, che il fine dell'obbligazione risarcitoria si sostanzia nella redistribuzione delle perdite derivanti dall'illecito mediante una traslazione degli effetti pregiudizievoli prodottisi dalla sfera del danneggiato alla sfera del danneggiante. In quest'ordine di

⁴⁴ Secondo la dottrina, si realizzerebbe un'ingiusta sopraffazione del debitore tanto nell'ipotesi di penale manifestamente eccessiva quanto nell'eventualità in cui fosse consentito al creditore il cumulo della penale con la prestazione principale. Cfr. A. MARINI, *op. cit.*, 31, il quale ritiene «incongruo e contraddittorio un sistema che da un lato vietasse il cumulo della penale con la prestazione principale e dall'altro consentisse il cumulo della penale con la prestazione risarcitoria che è determinata, appunto, mediante il riferimento al danno derivante dalla mancata esecuzione della prestazione principale».

⁴⁵ A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188.

⁴⁶ In argomento, M. DE LUCA, *op. cit.*, 32, il quale riferisce come la suddetta impostazione sia stata sottoposta a critica da parte di altra dottrina sul presupposto della contraddittorietà dell'individuazione di un'unica figura di clausola penale, capace di assolvere contemporaneamente sia alla funzione punitiva sia a quella risarcitoria. Cfr. anche, su quest'ultimo punto, G. GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954, 244; E. GABRIELLI, *op. cit.*, 909, secondo il quale il significato dell'art. 1382, comma 1 c.c. non è nel senso di una vera e propria limitazione del risarcimento. Attraverso lo strumento della clausola penale, il legislatore avrebbe inteso offrire una pronta e immediata realizzazione dell'interesse del creditore in grado di coniugarsi con l'interesse del debitore a non vedersi ingiustamente sopraffatto. In questa prospettiva, il rapporto tra le due obbligazioni sarebbe, quindi, disciplinato nel senso di un rapporto alternativo: la stipulazione della clausola impedirebbe, in relazione alla fattispecie prevista nella clausola, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, con una conseguente sostituzione della sanzione penale a una diversa sanzione.

⁴⁷ Tra gli altri, A. DE CUPIS, *op. cit.*, 224 ss.

1/2021

idee, la prestazione penale si configura quale surrogato della prestazione originariamente dovuta, di guisa che la loro alternatività risulta connaturata al divieto di conseguire un'ingiustificata locupletazione.

La cumulabilità della prestazione principale con la penale convenuta per il semplice ritardo sembra perfettamente coerente con gli argomenti appena svolti, essendo il danno derivante al creditore dal ritardo ben altra cosa rispetto al pregiudizio che questi venga a subire a causa dell'inadempimento. Ebbene, il ritardo possiede, di per sé, un'attitudine lesiva dell'interesse creditorio al tempestivo adempimento che prescinde dall'eventuale e successivo inadempimento definitivo, il quale acquisisce autonoma valenza, in punto di risarcimento, soltanto ove si si verifichi un qualche danno⁴⁸.

Questa tesi non può essere accolta nella misura in cui si assume che l'inciso "indipendentemente dalla prova del danno" non abbia alcuna valenza probatoria e sottenda, al contrario, l'assoluta irrilevanza di qualsivoglia considerazione afferente al pregiudizio sofferto. Per tale motivo, una dottrina minoritaria⁴⁹ ha ritenuto di dover sovvertire i rapporti tra funzione risarcitoria e funzione punitiva in favore di quest'ultima,

⁴⁸ Cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 112. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 1984, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, 188 ove si osserva che «l'art. 1383 vieta il cumulo tra la domanda della prestazione principale e quella diretta ad ottenere la penale per l'inadempimento ma non esclude che si possa chiedere tale prestazione insieme con la penale per la mancata esecuzione dell'obbligazione nel termine stabilito, ovvero, cumulativamente la penale per il ritardo e quella per l'inadempimento, salva, nel caso di cumulo di penale per il ritardo e prestazione risarcitoria per inadempimento, la necessità di tener conto, nella liquidazione di quest'ultima, dell'entità del danno ascrivibile al ritardo che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale al fine di evitare un ingiusto sacrificio del debitore (che altrimenti dovrebbe eseguire due esborsi per lo stesso titolo) e correlativamente un indebito arricchimento del creditore». Si veda anche Cass., 22 giugno 1995, n. 7078, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, 465, secondo il cui indirizzo «salva diversa volontà delle parti, la pena prevista per l'inadempimento non può essere applicata anche per il semplice ritardo solo perché nel contratto è stato previsto un termine (non essenziale) di adempimento della obbligazione perché attesa la tendenziale incompatibilità tra il diritto alla penale ed il conseguimento della prestazione principale (art. 1383 c.c.), si renderebbe, altrimenti, più gravosa, per il debitore, la responsabilità derivante dall'inadempimento meno grave, costituito da quel ritardo che non faccia perdere all'obbligazione la sua utilità e che, quindi, consenta anche l'inadempimento tardivo rispetto alla responsabilità derivante dall'inadempimento definitivo, in cui, salve diverse pattuizioni, la clausola ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla penale convenuta».

⁴⁹ Cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., in particolare 11 ss. e 106 ss.

valorizzando una nuova espressione del medesimo fenomeno mediante l'elaborazione della categoria della penale pura.

Secondo tale orientamento, l'aspetto realmente insopprimibile dell'istituto non riguarderebbe la misura del risarcimento, bensì la causa sanzionatoria, la quale «ricorre sia nel caso in cui le parti della clausola (e più precisamente il creditore) vogliono ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale e comminano, per la ipotesi in cui non si dovesse verificare, una sanzione punitiva, e sia in quello in cui le stesse parti considerano l'eventuale risarcimento del danno»⁵⁰, di modo che "pura" può essere considerata la clausola convenuta esclusivamente a titolo di pena, "non pura" quella stipulata a titolo di pena e di risarcimento.

Malgrado la suggestività del riferito approccio esegetico, è opportuno meditare sul ruolo assolto dal danno nell'ambito di una fattispecie che sembra verosimilmente non curarsene. A tale proposito, non pare condivisibile l'opinione secondo la quale la penale deve essere interpretata quale limite all'esigibilità dell'obbligazione risarcitoria, dal momento che una simile posizione risulta intimamente connessa proprio a quel genere di accertamento che lo schema cristallizzato nella disciplina positiva si propone di tralasciare⁵¹.

Dalle considerazioni anzi formulate è, invece, possibile desumere che la norma di cui all'art. 1382, co. 1 c.c., stia a indicare che la pattuizione di una penale è in grado di fungere da limite al risarcimento in quanto ne

⁵⁰ *Ivi*, 11.

⁵¹ Sul punto, A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188, il quale, riferendosi alla limitazione del risarcimento, esclude che «la clausola sia l'antecedente di un effetto destinato ad operare, in funzione di limite, sull'obbligazione di risarcimento, perché in tal caso si dovrebbe presupporre la rilevanza del danno e, parlando di limite al risarcimento, bisognerebbe attribuire all'effetto di cui si tratta un portata puramente quantitativa e, in altri termini, considerare la clausola penale come un mezzo di (preventiva) liquidazione del danno, che vuol dire precisamente specificazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento. Ora, la liquidazione segue alla determinazione del danno risarcibile (cosiddetto accertamento dell'*an*); e si tratta di due momenti che debbono essere tenuti distinti. Se l'effetto limite del risarcimento, che alla clausola penale si riconduce, riguardasse solo la liquidazione (ossia la specificazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento), dovrebbe logicamente essere dimostrata dal creditore (almeno) la possibile esistenza (e potrebbe viceversa essere dimostrata dal debitore la insussistenza) di un danno risarcibile. Così il comma 2 dell'art. 1382 c.c. significherebbe soltanto che la penale è dovuta indipendentemente dalla prova (non dell'esistenza ma) dell'ammontare del danno». Del pari, non sembra condivisibile la tesi formulata da D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1965, 76. Secondo l'autore, la penale innoverebbe il titolo del risarcimento che, così argomentando, non sarebbe più il danno, bensì la volontà dei contraenti.

esclude, in concreto, l'operatività⁵². In questa circostanza, non troverebbe applicazione l'ordinario rimedio previsto per fronteggiare l'illecito contrattuale, bensì la diversa sanzione convenuta dai privati allo scopo di contrastare il semplice inadempimento.

Pare, dunque, che la dimensione "pura" della penale sia *in re ipsa*, nel senso che la clausola con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, derogando alla disposizione che obbliga il debitore che non esegua esattamente la prestazione dovuta al risarcimento del danno, avrebbe una primaria funzione deterrente, concretantesi nell'attitudine a premere sul comportamento del debitore affinché adempia l'obbligazione principale. Esaurita inutilmente questa insopprimibile funzione, la clausola si tramuterebbe in una vera e propria pena privata a carico del debitore inadempiente, la cui condotta viene a essere sanzionata per la sua antigiridicità, si determini o meno un danno risarcibile.

Soltanto la stipulazione del patto di risarcibilità del danno ulteriore consentirebbe ai privati di attribuire una qualche rilevanza al pregiudizio determinatosi in costanza di inadempimento⁵³, in modo da realizzare quella combinazione tra funzione risarcitoria e funzione punitiva sottesa alla penale non pura⁵⁴. L'assolvimento di specifici oneri probatori sarebbe, in quest'ultimo caso, la sola strada percorribile per garantire alle parti di attuare l'assetto di interessi dalle stesse diviso. Il danno, pur provato nella

⁵² Il rapporto tra le due obbligazioni è di alternatività: la stipulazione della penale impedisce, in relazione alla fattispecie prevista nella clausola, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria: la sanzione penale si sostituisce ad una diversa sanzione a carattere risarcitorio. Così A. MARINI, *op. cit.*, 32.

⁵³ Si è detto che «la funzione del patto in esame consiste nell'attribuire al danno parziale rilevanza ai fini della risarcibilità secondo le norme generali (art. 1223 ss.). Non vi è dubbio che il patto con cui si conviene la risarcibilità del danno ulteriore tende ad eliminare la situazione di svantaggio in cui il creditore potrebbe trovarsi qualora il danno (effettivo) fosse superiore al valore della penale, dato che, se fosse stipulata solo la clausola penale, ogni indagine sul danno sarebbe esclusa». Così A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 193, il quale, sulla base di questa premessa, conclude nel senso che il patto di risarcibilità del danno ulteriore non altera, in alcun modo, la precipua funzione della clausola penale. Nella prospettiva delineata, l'accertamento del danno complessivo non rileva di per sé, ma soltanto in quanto strumentale a dimostrare l'esistenza del danno ulteriore, senza che si realizzi alcuna deroga all'art. 1382, comma 2, c.c., dal momento che è sempre preclusa la prova del danno che risulti coperto dalla penale.

⁵⁴ Dello stesso avviso è M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 80, il quale ritiene, per l'appunto, che la suddetta convenzione possa accedere soltanto alla clausola penale non pura («se, infatti, le parti prevedono l'obbligo di prestazione a solo titolo di pena, il risarcimento del danno rimane interamente regolato dalle norme ordinarie»).

sua interezza onde verificarne l'esuberanza rispetto alla prestazione promessa, non acquisisce alcuna importanza in relazione alla penale, la cui funzione punitiva resta invariata. L'accertamento del pregiudizio rileva, invece, ai fini dell'obbligazione risarcitoria collegata dai privati a quella porzione di danno che ecceda la misura della penale e diventi così essenziale ai fini della quantificazione.

L'effetto di parziale risarcimento eventualmente ascritto alla clausola, lungi dal provocarne un indebolimento, sembra rafforzare la posizione del creditore, il quale è posto nella condizione di fruire sia della tutela convenzionale offerta dalla penale sia di quella accordata dal legislatore a norma degli artt. 1218 ss. c.c.

La tesi della configurabilità di una clausola penale pura deve, tuttavia, confrontarsi con il disposto di cui all'art. 1383 c.c., il quale, vietando al creditore di domandare la prestazione principale e la penale rischia di inficiare la ricostruzione fin qui delineata. Si è detto, infatti, che se la funzione da ascrivere alla clausola penale fosse quella propria della pena privata, di coartare la volontà del debitore e di sanzionarlo per l'inadempimento, sarebbe consentito al creditore quel cumulo tra le suddette prestazioni, vietato dal legislatore.

A questo punto della riflessione si impone, dunque, qualche considerazione in ordine alla liceità e alla meritevolezza di una funzione punitiva perseguita dai privati per mezzo di una clausola penale eventualmente cumulabile con la prestazione principale.

6. Autonomia privata e negozi non appartenenti ai tipi muniti di precipua disciplina legale. Se siano ammissibili sanzioni civili atipiche

Il quadro normativo sinora tratteggiato induce a ritenere che la funzione punitiva dell'autonomia privata non sia completamente avulsa dal sistema. Occorre, tuttavia, accertare se le ipotesi di sanzioni civili predisposte direttamente dai soggetti del rapporto obbligatorio rappresentino fattispecie nominate, oggetto di una puntuale previsione legislativa, ovvero se sia dato ai contraenti di ricorrere a schemi atipici.

L'art. 1322 c.c. consente di stipulare contratti non appartenenti ai tipi muniti di una disciplina particolare purché orientati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. L'aprioristica e assoluta negazione della meritevolezza dei patti cosiddetti

sanzionatori potrebbe, invero, determinare la frustrazione di una delle possibili sfaccettature dell'autonomia privata⁵⁵.

Per quanto concerne la disciplina legale della clausola penale, ci si interroga sulla natura della norma contenuta nell'art. 1383 c.c.⁵⁶.

La tesi minoritaria, qui condivisa, esclude il carattere cogente della norma e ammette, conseguentemente, che il divieto di cumulo possa essere espunto dal concreto regolamento d'interessi. L'accoglimento della soluzione opposta implicherebbe un'indebita compressione dell'autonomia privata che in tanto ha ragion d'essere, in quanto vi siano argomenti sufficienti a confutare la meritevolezza degli scopi sanzionatori per suo tramite perseguiti.

Ebbene, le interazioni tra autonomia privata e autotutela sono investigate con tendenziale disfavore da quanti ritengono che la difesa degli interessi del singolo rientri nella competenza esclusiva degli organi dello Stato e che le ipotesi in cui è accordata ai privati la possibilità di conseguire in via stragiudiziale risultati analoghi a quelli realizzabili mediante il processo⁵⁷ rappresentino, in verità, semplici deroghe (tipizzate dal

⁵⁵ Secondo una dottrina, un'applicazione generalizzata del brocardo latino "*nemo iudex in causa propria*" sarebbe foriera di equivoci; viceversa, l'autotutela "controllata" rappresenterebbe la massima espressione di un sistema evoluto, di guisa che negarla equivarrebbe a un'indebita compressione dell'autonomia contrattuale e a una negazione di una delle sue possibili manifestazioni. In tal senso, M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 2006, 42.

⁵⁶ Gli artt. 1382 e 1383 c.c. assurgerebbero non solo a disposizioni inderogabili, ma addirittura a disciplina "minima" applicabile a qualsiasi negozio di carattere sanzionatorio. In questi termini, *ivi*, 82, ove si aggiunge che, in questa prospettiva, dette norme debbano trovare applicazione tanto ai patti sanzionatori a struttura bilaterale (che ricalcano lo schema legale della clausola penale), quanto ai negozi sanzionatori atipici, compresi quelli unilaterali.

⁵⁷ In questi termini, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano, 1971, 3. L'autrice qualifica, in generale, la tutela quale reazione variamente attuabile contro l'altrui fatto lesivo o pericoloso, sicché resterebbe escluso dal concetto di tutela anche il caso non sia possibile riscontrare quel *minimum* che è rappresentato dalla provenienza del fatto dalla sfera giuridica altrui e nel quale la presunta tutela si realizza attraverso l'esplicazione del contenuto di quella situazione da parte del titolare. Quanto all'autotutela, sarebbe sempre la legge a fornire ai privati lo strumento tipico, nella specie un negozio, che consente la realizzazione dello scopo di attuazione *ex se* dell'interesse violato o messo in pericolo. In questa prospettiva, gli schemi legislativamente predeterminati non sarebbero liberamente modificabili dai privati.

legislatore) a quel principio di ordine generale compendiato nel brocardo latino *“nemo iudex in causa propria”*⁵⁸.

L'art. 23 cost. stabilisce che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Le prestazioni patrimoniali previste a titolo di penale sarebbero, una volta che se ne escluda la funzione risarcitoria, manifestazioni dell'eccezionale potere di autotutela consensuale accordato dal legislatore ai privati.

Coerentemente con il tessuto assiologico costituzionale, non è dato riscontrare, nell'ordinamento giuridico italiano, la previsione di una norma a vocazione generale di tenore corrispondente a quella di cui al § 229 del BGB. La peculiarità di questa disposizione si sostanzia nell'aver esteso l'ambito applicativo dell'autotutela ai rapporti obbligatori, ammettendo, in tal modo, la possibilità di una realizzazione coattiva del credito⁵⁹.

Al contrario, nel nostro panorama legislativo si tende a disciplinare singoli ed eccezionali poteri di autotutela creditoria, diretti al soddisfacimento di interessi ritenuti, di volta in volta, meritevoli di protezione, di guisa che la realizzazione *ex se* delle proprie ragioni finisce

⁵⁸ Cfr. L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Esi, Napoli, 9, ove si legge che, «in base agli artt. 101 e 102 che attribuiscono la funzione giurisdizionale alla magistratura ordinaria e all'art. 2907, il quale stabilisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provveda l'autorità giudiziaria», l'ordinamento sembra aver voluto «vietare al privato di farsi giustizia da sé ovvero di autotutelare un proprio interesse. Al generale divieto della difesa privata, tuttavia, ostano le numerose ipotesi contenute nel codice civile (...), quali, per citarne alcune, quelle previste agli artt. 748, 924, 1152, 1385, 2756, 2757, 2794 c.c., ecc.».

⁵⁹ Si rimanda al § 229, il quale - sotto la rubrica *“Selbsthilfe”* - dispone che *«Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde»*. Lo scopo perseguito dalla norma è, in sostanza, quello di escludere la responsabilità di chi, a scopo di *“autoaiuto”*, asporti ovvero distrugga o danneggi una cosa o, ancora, arresti il debitore sospetto di prendere la fuga, ovvero superi la resistenza dell'obbligato contro un comportamento che questi è tenuto a subire, sempreché non sia possibile ottenere il tempestivo intervento dell'autorità competente e sussista il pericolo che, senza un simile, immediato intervento, la realizzazione della pretesa dell'agente possa essere frustrata o resa sostanzialmente più difficile. La traduzione è di L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 47.

col risultare preclusa ai privati (e penalmente sanzionata) quando assuma una connotazione pericolosa per la convivenza sociale⁶⁰.

Quanto all'autotutela pattizia, la questione inerente alla possibilità di creare convenzionalmente sanzioni non espressamente tipizzate dal legislatore non può essere affrontata senza estendere la riflessione al ruolo assolto dal consenso di colui che decida di sottoporsi a tale forma di autorità privata⁶¹. A ben guardare, il carattere negoziale degli atti di autotutela del creditore non segna soltanto il discrimine con la fattispecie prevista in termini generali e astratti dal BGB, ma genera qualche dubbio sulla relativa funzione. Ebbene, una più appropriata qualificazione dell'autotutela sembra riferibile a quelle ipotesi in cui la difesa di un diritto o di un interesse dipenda, in via esclusiva, dall'attività del suo titolare senza la necessaria intermediazione di un negozio a struttura bilaterale⁶².

⁶⁰ L'art. 392 c.p., rubricato "esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose", dispone che «chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 516. Agli effetti della legge penale, si ha violenza sulle cose allorché la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione. Si ha, altresì, violenza sulle cose allorché un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico». Quanto all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone, il successivo art. 393 c.p. stabilisce che «chiunque, al fine indicato nell'articolo precedente, e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo usando violenza o minaccia alle persone, è punito, a querela dell'offeso, con la reclusione fino a un anno. Se il fatto è commesso anche con violenza sulle cose, alla pena della reclusione è aggiunta la multa fino a euro 206. La pena è aumentata se la violenza o la minaccia alle persone è commessa con armi».

⁶¹ In tal senso, E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV (1959), 529.

⁶² Il concetto di autotutela sarebbe ben diverso da quello di autonomia privata riconducibile all'art. 1322 c.c., tradizionalmente definito come il potere dei privati di regolare i propri interessi, e in tal senso essa non avrebbe nulla in comune con il concetto di autotutela in quanto quest'ultima non mira a regolare interessi mediante negozi giuridici. Anche se taluno ha ritenuto che l'autotutela rientri nel concetto di autonomia in quanto questa come potere di darsi un ordinamento comprenderebbe tre settori: normativo, esecutivo e giurisdizionale nel quale ultimo l'autotutela rientrerebbe, in realtà i due concetti si escludono perché l'autonomia come potere (o libertà) dei privati di regolare i propri interessi è funzione del tutto estranea all'autotutela che è ammessa dall'ordinamento con l'esclusiva funzione di difesa, da parte del privato, dei propri interessi. Testualmente, L. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 10, la quale ha, altresì, sottolineato come l'autotutela non rappresenti esercizio di un diritto potestativo, in quanto mirerebbe alla difesa della propria situazione giuridica soggettiva e non alla modifica di quella altrui. Sulla relazione di reciproca esclusione, intercorrente tra autotutela e autonomia privata, si veda anche L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 67 ss. Per la nozione di autonomia, si rimanda a S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 14, il quale ne offre una definizione sotto il profilo

Tanto vale a trasferire il discorso dal piano dell'autotutela a quello dei limiti cui gli atti dell'autonomia privata soggiacciono in relazione a una loro possibile causa punitiva.

È utile, intanto, chiedersi se il principio di tipicità delle sanzioni, cristallizzato nell'art. 25 cost. in ragione della particolare incidenza della pena sulla libertà personale dell'autore dell'illecito e della peculiare natura dell'interesse protetto dalla norma penale⁶³, sia altresì connaturato al diritto privato, nel senso di non poter far leva sulla disciplina della clausola penale al fine di legittimare ogni forma di autorità e di giustizia privata dal momento che è sempre l'ordinamento a dover fissare le conseguenze sfavorevoli scaturenti dalla violazione del precetto, anche in materia civile⁶⁴. Nell'ambito dei rapporti privatistici, il principio di uguaglianza risponde, invero, all'esigenza della pari autonomia negoziale, fungendo da impedimento all'acquisizione di una posizione autoritativa di ciascun contraente nei riguardi dell'altro⁶⁵.

Un'applicazione rigorosa dell'art. 3 cost. implicherebbe, di rimando, la fine dell'autonomia privata, essendo propria del rapporto obbligatorio

soggettivo (come potestà di darsi un ordinamento giuridico) e sotto il profilo oggettivo (come carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri); E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I (1957), 1559; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, Milano, 1970; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1957, 265; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Cedam, Padova, 1972; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970.

⁶³ Sul punto, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 303. L'autore ritiene, infatti, che il principio positivo del "nullum crimen, nulla poena sine lege" abbia un suo specifico esclusivamente nei rapporti tra soggetti che "istituzionalmente" non si pongono sullo stesso piano, quale è appunto quello tra lo Stato che agisca *iure imperii* e il cittadino, trovando applicazione soltanto nell'ambito del diritto penale e amministrativo. Si veda anche B. GROSSFELD, *op. cit.*, 120 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Giuffrè, Milano, 1972, 70, nt. 8; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, 282 ss. *Contra* A. MARINI, *op. cit.*, 7, ove si osserva che, se il principio "nulla poena sine lege" assume una specifica rilevanza a norma dell'art. 25 cost., non perciò può limitarsi la portata del principio a uno specifico settore dell'ordinamento (quello penale).

⁶⁴ Per un'efficace sintesi dei termini della questione, E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1985, 513, il quale sottolinea l'opportunità di verificare non soltanto se la presenza di una disciplina collaudata, qual è appunto quella della clausola penale, sia un elemento sufficiente a dimostrare il riconoscimento di una funzione punitiva dei privati, ma anche il modello offerto dalla clausola penale rappresenti il punto di partenza o non piuttosto il limite stesso dell'indagine.

⁶⁵ In questi termini, C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, 5.

una soggezione sostanziale che si estrinseca nella situazione giuridica del debitore, il quale - a fronte del diritto del creditore all'esecuzione della prestazione - è obbligato a (non libero di) tenere una certa condotta. Quando i privati decidono spontaneamente e consapevolmente di vincolare parte del proprio patrimonio al soddisfacimento di un interesse altrui, la condizione di subordinazione in cui venga a trovarsi il soggetto passivo del rapporto obbligatorio non risulta lesiva di alcun precetto costituzionale. Al contrario, la «prevalenza di un interesse attuata mediante un potere di volontà attribuito all'interessato»⁶⁶, lungi dall'essere discriminatoria o irragionevole, sembra essere la più autentica manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta dall'art. 41 cost.

La partecipazione consapevole alla determinazione del regolamento contrattuale consente alle parti di costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali e di perseguire, in astratto, tutti quegli scopi che non travalichino i limiti stabiliti dal legislatore. Quanto alla clausola penale pura, l'obiettivo cui mirano i contraenti si risolve nella creazione di una sanzione giuridica idonea a colpire un bene diverso da quello leso, provvista di un'essenziale funzione dissuasiva-persuasiva e di un'eventuale funzione punitiva, la quale, presupponendo l'inadempimento, per certi aspetti, la avvicina alla pena *tout court*, per altri, segna il *discrimen* rispetto agli altri rimedi privatistici riconducibili alla categoria delle sanzioni civili restitutorie e risarcitorie⁶⁷.

Anche in ambito contrattuale, luogo privilegiato di tutela degli interessi disponibili, possono talvolta profilarsi superiori esigenze dell'ordinamento, le quali rendono necessaria la predisposizione di specifici

⁶⁶ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, 61.

⁶⁷ Si veda G. PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. giur.* Treccani, XXII (1990), 1, il quale sostiene che «la figura della pena privata non può che essere ricondotta e studiata all'interno del più ampio *genus* delle sanzioni giuridiche. E, in particolare, all'interno di quelle sanzioni che prendono il nome di sanzioni punitive, distinte quanto a finalità e caratteristiche, dalle sanzioni restitutorie e dalle sanzioni risarcitorie. Nelle prime, quelle restitutorie, la sanzione consiste essenzialmente nel ripristino della situazione giuridica antecedente alla commissione dell'illecito, nelle seconde, quelle risarcitorie, il ripristino dello *status quo ante* rispetto al momento in cui viene commesso l'illecito avviene per equivalente economico. Nelle sanzioni punitive, invece, la sanzione colpisce il responsabile in un bene diverso da quello offeso e che non è in alcun rapporto funzionale con esso: in tali sanzioni centrale è la finalità di prevenzione generale, esercitata sia mediante dissuasione sia mediante persuasione, ma è anche presente una finalità di prevenzione speciale, consistente nell'impedire che un determinato soggetto commetta nel futuro nuovi illeciti».

controlli dell'attività negoziale⁶⁸. È quanto si verifica nell'eventualità in cui la penale venga stabilita in una misura tale da risultare manifestamente eccessiva in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, legittimando l'intervento riduttivo del giudice.

È tale eccessività a giustificare la reazione dell'ordinamento e la consequenziale inderogabilità della norma che attribuisce al giudice il potere di riduzione, non il fatto che la clausola penale sia stata convenuta con finalità, simultaneamente, deterrenti e afflittive. In mancanza di sproporzione, infatti, la funzione punitiva è perfettamente coerente con il disposto legislativo, divenendo finanche la soluzione esegetica preferibile⁶⁹. In relazione alla clausola penale c.d. impropria e alla clausola penale c.d. successiva - sovente ricondotte alla categoria dei patti sanzionatori atipici - pare fuorviante discutere di inderogabilità presunta o effettiva della disposizione che sancisce il divieto di cumulo. È stato convenientemente ritenuto che «dette pattuizioni, incidenti sull'entità del danno risarcibile, appaiono non già introdurre un rimedio (anche) sanzionatorio alternativo a quello risarcitorio, bensì derogare agli ordinari criteri di quantificazione del danno risarcibile: esse, dunque, non sono riconducibili al novero dei patti sanzionatori, ma qualificabili alla stregua di clausole di liquidazione del danno»⁷⁰.

⁶⁸ Quanto ai rapporti tra autonomia ed eteronomia, particolare considerazione merita «la massima reazione dell'ordinamento giuridico nei confronti dello svolgimento dell'attività negoziale svolta dai privati: il riferimento è alla nullità *ex art. 1418 c.c.* perché il contratto è contrario a norme imperative. In termini rigorosamente tecnici, la nullità non presenta certo il carattere di sanzione. Infatti, la nullità postula l'esistenza di due norme: la prima che conferisce un potere, la seconda che disciplina le modalità di esercizio del potere stesso. E in questo rileva il tratto distintivo con la figura della sanzione, la quale presuppone, logicamente, un comportamento disapprovato, mentre invece approvato è il comportamento presupposto dalla nullità. La sanzione, per essere effettiva, esige, però, necessariamente una fase esecutiva, mentre, invece, la nullità è attuata direttamente dallo stesso legislatore, e si appalesa in tal modo come la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale esercitato dall'ordinamento sull'attività negoziale dei privati». In questi termini si esprime G. PONZANELLI, *Pena privata*, cit., 5.

⁶⁹ Che non si tratti di un rimedio a contenuto risarcitorio è comprovato dal tenore dell'art. 1384 c.c., il quale non individua nella concreta entità del danno patito il criterio atto a guidare l'intervento del giudice.

⁷⁰ M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 54. Si veda anche S. MAZZARESE, *Clausola penale e autonomia privata*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 269, il quale, dopo aver definito la penale "impropria" come la clausola con la quale le parti converrebbero di liquidare anticipatamente i danni, derivanti dal futuro inadempimento, in una misura forfettaria dovuta solo nell'ipotesi che i danni si produrranno ma a prescindere dalla loro effettiva consistenza e la penale "successiva" come patto mediante il quale le parti si impegnano a

Se, viceversa, si assume l'irrelevanza del pregiudizio a elemento caratterizzante la fattispecie, l'orientamento secondo il quale sarebbe inibita ai privati la stipulazione di una clausola a puro titolo di pena necessita di qualche ripensamento. In verità, è la stessa categoria dell'inderogabilità a richiedere una lettura coerente con la *ratio* dell'istituto. A tal fine, è necessario procedere alla individuazione dell'interesse o del valore tutelato dalla disposizione e verificare se la norma della cui natura si dibatte rappresenti la sola modalità attuativa del principio a essa sotteso⁷¹.

È il senso di insoddisfazione verso i tradizionali rimedi del diritto civile⁷² a determinare i soggetti dell'autonomia privata alla predisposizione di una sanzione volta a sopperire alle carenze dell'ordinario risarcimento del danno. In particolare, la stipulazione di una clausola penale concorrerebbe al rafforzamento del vincolo contrattuale e alla tutela delle ragioni del creditore quando la reazione dell'ordinamento non sia, di per sé, sufficiente a dissuadere il debitore dalla condotta illecita⁷³.

convenire, successivamente all'inadempimento, la liquidazione dei danni escludendo il ricorso giurisdizionale in ordine all'accertamento della esistenza e alla liquidazione dei danni, esclude che dette figure possano considerarsi clausole penali ovvero pene private («da tali patti non conseguono obbligazioni penali che si perfezionino a prescindere dal verificarsi in concreto di danni patrimoniali, ma obbligazioni risarcitorie mediante le quali, nel presupposto che i danni realmente si verificchino, le parti derogano alle regole ordinarie del risarcimento»).

⁷¹ In questi termini, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 247. Secondo questa dottrina, «la qualificazione di derogabilità o inderogabilità non è un "prima" ma un "dopo": insufficiente si palesa la prospettiva strutturalistica, tuttora prevalente, che decide del carattere cogente della normativa in base ad elementi formali ed estrinseci (espressa comminatoria di nullità, tono imperativo del comando). La classificazione delle norme in derogabili o inderogabili è il risultato non di una mera interpretazione grammaticale e letterale della singola norma, ma di una complessa interpretazione, la quale tiene conto dell'interesse e del valore tutelati dalla disposizione, dell'intensità della sua rilevanza e delle garanzie richieste affinché sia concesso ai soggetti il potere di stabilire da sé le regole applicabili alle proprie vicende (...). Una regola è inderogabile qualora, per esplicita scelta legislativa (legittima se congruente con il sistema costituzionale) o per effetto di (corretta) interpretazione, sia l'unica modalità di attuazione del principio corrispondente». *Contra* C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2002, 278, secondo la cui ricostruzione la considerazione degli interessi perseguiti generalmente dalla norma impositrice di un onere formale non può dispensarne l'applicazione nelle singole fattispecie e il contratto privo della forma necessaria deve considerarsi nullo anche in ipotesi di consenso espresso, consapevole e certo.

⁷² Così E. MOSCATI, *op. cit.*, 512.

⁷³ Sulla necessità di interpretare la pena privata come unico strumento veramente efficace quando l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento, poiché la misura prevedibile del

Per tale motivo, la circostanza che la penale sia dovuta “indipendentemente dalla prova del danno” diventa l’unica strada percorribile per ovviare al problema dell’inefficacia della tutela risarcitoria.

I patti con i quali i contraenti intendono attribuire una qualche rilevanza alla sussistenza e all’entità del pregiudizio derivante dall’inadempimento - si pensi alla già menzionata penale impropria ovvero alla clausola di risarcibilità del danno ulteriore - si discostano dallo schema cristallizzato nell’art. 1382 c.c. Per quanto concerne, invece, la clausola penale pura si impone una scelta: o si considera la norma di cui all’art. 1383 c.c. come non derogabile dall’autonomia privata e si attribuisce, conseguentemente, alla fattispecie una funzione risarcitoria in netta contraddizione con la *ratio* che ha ispirato la formulazione dell’art. 1382 c.c. e con l’espressa negazione di qualsivoglia rilevanza al danno occorso ovvero - ed è questa la soluzione qui accolta - si considera il divieto di cumulo non vincolante per le parti che possono, pertanto, creare una “pena privata” coerente con il dato normativo e perfettamente rispondente all’esigenza di garantire l’adempimento dell’obbligazione principale.

Non sembra, quindi, azzardato affermare che non rientri nei propositi del legislatore l’intenzione di ostacolare la stipulazione di una clausola penale nella sua forma pura e che il divieto gravante sul creditore di domandare la prestazione principale e la penale operi soltanto nel caso in cui alla fattispecie sia stata impressa una connotazione (anche solo parzialmente) risarcitoria.

Coerentemente con gli argomenti svolti, si ritiene che la natura derogabile dell’art. 1383 c.c. si spieghi in ragione della sua riferibilità alla clausola penale pura e che la norma ivi contenuta sia, invece, rivolta alla regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra la penale e il risarcimento del danno nelle ipotesi di penale non pura⁷⁴.

Sulla scorta delle osservazioni che precedono, è possibile aderire all’indirizzo secondo il quale la funzione punitiva dell’autonomia privata non si realizzi esclusivamente secondo modalità tipizzate dal legislatore, ma soggiaccia a limiti inderogabili che ne conformano il concreto esercizio⁷⁵.

risarcimento, essendo ancorata al limite del danno, è inferiore al profitto della propria iniziativa illecita, E. MOSCATI, *Pena*, cit., 781.

⁷⁴ Cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 105.

⁷⁵ In modo pressoché testuale, M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 83, la quale evidenzia come atipici rimedi negoziali di carattere sanzionatorio, diversi dalla clausola penale, possano ritenersi validi nel rispetto di detti limiti.

Una volta escluso dal novero dei suddetti limiti, per le ragioni poc'anzi esposte, il divieto stabilito dall'art. 1383 c.c., è opportuno considerare l'inderogabilità strutturale della clausola penale, nel senso che la bilateralità del negozio da cui origina la pena privata sembra essere «la più confacente al principio di uguaglianza che costituisce una delle direttive del sistema del diritto privato e trova un esplicito riconoscimento a livello costituzionale» e che «il principio di uguaglianza reciproca non verrebbe assicurato altrettanto bene da un atto unilaterale, manifestazione di un potere autoritativo»⁷⁶.

Quanto al contenuto, il principio secondo il quale, nel nostro ordinamento, speciali posizioni di supremazia competerebbero soltanto allo Stato e ad altri enti pubblici⁷⁷ non rappresenta un impedimento alla creazione e all'applicazione di sanzioni civili atipiche nella misura in cui si consideri la norma di cui all'art. 25, comma 2, cost. posta a presidio della libertà personale del singolo⁷⁸.

⁷⁶ E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 533; ID., *Pena*, cit., 786. Nel senso che la bilateralità della struttura rappresenti un preciso limite all'autonomia dei privati che solo attraverso l'accordo possono realizzare la funzione penale, anche A. MARINI, *op. cit.*, 92.

⁷⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 92.

⁷⁸ Sul fondamento democratico della riserva di legge, si veda L. FORNARI, *Note sulla "crisi" della riserva di legge in materia penale*, in *Principi costituzionali* (a cura di) Ventura e Morelli, Giuffrè, Milano, 2015, 597, ove si legge che «il principio di legalità attiene storicamente alle garanzie che riguardano le modalità di produzione e la formulazione delle norme incriminatrici o comunque incidenti sui diritti di libertà dell'individuo, posto "di fronte ai rischi di sopraffazione e strumentalizzazione insiti nel meccanismo e nel potere punitivo". Nel nostro ordinamento, questa esigenza di tutela, interna al rapporto di tensione che si crea fra potestà coercitiva dello Stato e destinatario del comando penale si esprime, in particolare, nel principio di riserva di legge (statale) contenuto nell'art. 25 II co. Cost., che si fonda sul principio liberale di separazione dei poteri: in effetti, il principio di riserva di legge "prima che la relazione tra atti, riguarda i rapporti tra gli organi da cui quegli atti emanano". Esso esprime allora una scelta precisa e significativa: l'attribuzione al solo organo parlamentare, riconosciuto come più dotato di sensibilità garantistica, del compito di individuare i reati e le relative sanzioni (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Scelta non coincidente, quanto ad ispirazione ideologica, con quella, ancora intrisa di autoritarismo statale, che ispirò il pur analogo principio dell'art. 1 del codice penale: obbiettivo della proclamazione costituzionale è la difesa del cittadino, sia nei confronti del potere esecutivo, i cui atti normativi esprimono la sola maggioranza parlamentare, sia dal rischio di possibili arbitri del potere giudiziario e più in generale di ogni forma di produzione giudiziale del diritto, che i pensatori di origine illuministica ritenevano fonte di inevitabili discriminazioni. È lecito presumere, del resto, che l'organo rappresentativo della volontà popolare ricorra alla minaccia penale con cautela e quindi solo in vista della protezione di interessi rilevanti della collettività, la cui tutela valga il sacrificio - pesante allo stesso modo

Nessun intralcio, dunque, rispetto all'imposizione di precipe prestazioni di dare, fare o non fare che, pur sostanziandosi in una più o meno ampia limitazione della sfera giuridica del soggetto tenuto all'esecuzione, non incidano - in funzione restrittiva - sulla libertà personale del debitore e siano, in definitiva, suscettibili di apprezzamento economico. Il quadro appena delineato non può, tuttavia, dirsi completo senza un'attenta analisi del ruolo svolto, nell'ambito dei patti sanzionatori atipici, dalla clausola generale di buona fede, tradizionalmente indicata come limite all'atto di autonomia privata⁷⁹.

7. Autonomia privata e potere sanzionatorio: i confini tra uso e abuso del diritto di predisporre sanzioni civili con finalità non risarcitoria. Il ruolo integrativo della buona fede

La comprensione del reale contributo offerto dall'autonomia negoziale al sistema sanzionatorio presuppone che la fruizione di strumenti alternativi di tutela si espliciti in maniera coerente con le finalità per il perseguimento delle quali l'ordinamento riconosce ai privati la titolarità di taluni poteri.

Per questo motivo, è opportuno ampliare le valutazioni concernenti i limiti cosiddetti "interni" alla cui osservanza è vincolata la creazione di pene private negoziali fino a ricomprendervi un rigoroso accertamento in ordine alla sussistenza di un nesso di strumentalità tra l'interesse protetto e l'interesse sacrificato per il tramite del patto sanzionatorio⁸⁰.

La funzione di induzione all'esecuzione della prestazione che si vuole ascrivere alla fattispecie di cui agli artt. 1382 ss. c.c. non si realizza, invero, quando la penale aggredisca il debitore in un modo non funzionale ovvero non strettamente necessario a quanto è da ritenersi utile ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione principale. La sanzione così predeterminata si traduce, in sostanza, in un abuso del diritto riconosciuto al creditore, il quale, in aperta violazione dei canoni della correttezza e della buona fede, lo esercita per un fine diverso da quello per il quale gli è stato

per ognuno - della libertà personale». Cfr. anche L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII (1990), 2.

⁷⁹ In tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, Giuffrè, Milano, 1974, 37; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 143; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, 216 ss.

⁸⁰ In tal senso, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 302.

attribuito. Se il titolare di un diritto mira a conseguire un'utilità difforme da quella che il legislatore ha inteso garantirgli, la situazione giuridica di vantaggio non sarà più meritevole di tutela secondo l'ordinamento, legittimando quell'intrusione nel regolamento contrattuale che si esprime attraverso la *reductio ad aequitatem*.

L'abuso del diritto si caratterizzerebbe, invero, per «l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto, onde abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere»⁸¹.

Diversamente dal diritto tedesco⁸², non è dato rinvenire nell'ordinamento giuridico italiano alcuna norma idonea a spiegare la posizione assunta dal nostro legislatore nei confronti della categoria dell'abuso del diritto, la cui elaborazione si deve, com'è noto, a una copiosa riflessione dottrinale⁸³.

⁸¹ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37. Di abuso nel senso di modalità di esercizio di un potere discorre G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Esi, Napoli, 1995, 86, il quale osserva che il contegno abusivo è espressione del potere astrattamente consentito dalla norma autorizzativa, ma è il concreto esercizio, ovvero le modalità attraverso le quali si attua, che ne sancisce l'illegittimità alla luce delle circostanze particolari della situazione di fatto. In termini non dissimili, L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 97, la quale sostiene che un abuso si realizzi quando un comportamento, pur formalmente corrispondente al contenuto del diritto, prescinda dalla considerazione dell'altrui interesse che la norma pone in funzione di limite incidente non sul *quantum* e, cioè, sull'estensione, bensì sul *quomodo* della situazione, caratterizzandola nel senso della discrezionalità.

⁸² Il divieto della *Chikane* è, invero, espressamente sanzionato dal § 226 del BGB, ove si legge che «*Die Ausübung eines Rechts ist unzüllasig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*». Si veda anche l'art. 2 del Codice civile svizzero, il quale prevede che «*Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln*». In ambito comunitario, il divieto di abuso del diritto è esplicitamente sancito dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale riproduce il testo dell'art. 17 della CEDU, stabilendo - sotto la rubrica "divieto dell'abuso del diritto" - che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Quanto ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia per stabilire quando l'esercizio di un diritto sia abusivo, essi sono stati individuati nella c.d. alterazione del fattore causale, che si configura tutte le volte in cui il diritto venga, in concreto, esercitato per finalità diverse da quelle che ne hanno giustificato l'attribuzione (profilo oggettivo) e nella consapevolezza di tenere un comportamento "abusivo" (profilo soggettivo ovvero *animus nocendi*).

⁸³ Sul tema dell'abuso in generale, V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965, 205 ss.; M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1/1969, 1596 ss.

La necessità di contenere la portata espansiva dell'ormai sedimentato principio secondo il quale "*qui iure suo utitur neminem laedit*" affonda le proprie radici nel rinnovato assetto impresso ai rapporti privatistici dall'entrata in vigore della Costituzione⁸⁴.

Non sembra potersi revocare in dubbio che la clausola generale di buona fede - cui le parti devono attenersi tanto nello svolgimento delle trattative, quanto nella formazione ed esecuzione del contratto a norma degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. - concorra alla limitazione delle pretese e dei poteri del titolare del diritto, informandone l'esercizio ai canoni della solidarietà costituzionale.

Nel caso qui esaminato, la clausola generale assurge al rango di criterio alla cui stregua l'interprete è tenuto a valutare il contegno delle parti, onde verificare che gli interessi perseguiti mediante la previsione di una penale siano, in concreto, meritevoli di tutela.

Questa non semplice operazione ermeneutica consente di attribuire alla buona fede una funzione, per così dire, "integrativa" del programma negoziale, specificandosi in un obbligo di protezione⁸⁵ della sfera giuridica altrui nei limiti del sacrificio che è lecito esigere da ciascuna delle parti.

Si discute, nello specifico, di un criterio conformativo della condotta, sulla scorta del quale il debitore sia tenuto a eseguire la prestazione e, contestualmente, a salvaguardare quegli interessi "secondari" della controparte che, pur non essendo esplicitamente dedotti in obbligazione, risultino alla stessa collegati; quanto al creditore, la clausola generale di buona fede non si traduce soltanto in un impedimento all'esercizio abusivo del diritto, ma anche in un obbligo di adoperarsi al fine di scongiurare l'imprevisto aggravio della prestazione *ex latere debitoris*⁸⁶.

⁸⁴ Sulle interazioni tra norme costituzionali e diritto dei contratti, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 139 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1971; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1999, 126 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 79 ss.; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, 495 ss.; F. S. MARINI, *Il «privato» e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁸⁵ Si è a lungo dibattuto in ordine alla natura contrattuale ovvero aquiliana degli obblighi di protezione. Per la tesi contrattuale, qui sostenuta, si rimanda a E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, 99; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 368; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit.*, 1984, 507 ss.

⁸⁶ In tal senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *La responsabilità*, *op. cit.*, 87, il quale definisce la buona fede come criterio generale di determinazione della prestazione in quanto amplia

Potrebbe, a rigore, obiettarsi che la risposta dell'ordinamento all'ipotesi di prestazione penale convenuta in spregio ai canoni di correttezza e buona fede contenga in sé l'implicita negazione della meritevolezza della funzione sanzionatoria dell'autonomia privata, la quale soltanto potrebbe legittimare una simile intromissione dell'ordinamento nel regolamento contrattuale.

Il fatto che il legislatore abbia previsto la riducibilità della penale manifestamente eccessiva in luogo della sua caducazione depone, invero, a favore della possibile causa punitiva della fattispecie, anziché smentirla. Se la funzione sanzionatoria fosse avversata dall'ordinamento, la sorte di quegli accordi caratterizzati da una manifesta eccessività della prestazione convenuta per l'inadempimento di una prestazione principale non sarebbe, con tutta probabilità, la riduzione giudiziale, bensì la nullità, come previsto nei paesi di *common law*⁸⁷.

In definitiva, ciò che la norma di cui all'art. 1384 c.c. mira a realizzare è far sì che l'operazione economica si compia in una direzione coerente con i valori dell'ordinamento e con il principio di proporzionalità⁸⁸ tra mezzi impiegati e finalità perseguite, il quale si risolve nell'adeguatezza della sanzione confezionata dai privati all'illecito che gli stessi intendono prevenire e reprimere⁸⁹.

la sfera degli interessi che il debitore deve perseguire, senza superare i limiti di un apprezzabile sacrificio, obbligando, viceversa, il creditore ad attivarsi nell'interesse del debitore. Cfr. anche S. RODOTÀ, *op. cit.*, 152 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 2/1971, 287, 289 e 293.

⁸⁷ Così A. ZOPPINI, *op. cit.*, 172, il quale osserva che se la funzione afflittiva fosse effettivamente non tollerata dall'ordinamento, allora la conseguenza logica non sarebbe la riduzione, bensì la nullità del patto in ragione di una presunta connotazione illecita. Gli ordinamenti che rifiutano la funzione di stimolo indiretto all'adempimento, e concretamente che l'ammontare pattuito superi quello del danno probabile e/o effettivo, prevedono, infatti, la nullità del patto e non la riducibilità. Questa è la posizione degli ordinamenti di *common law* e l'orientamento dalla giurisprudenza belga.

⁸⁸ Sull'applicazione giurisprudenziale del principio di proporzionalità, si veda Corte cost., 25 novembre 1993, n. 417, in *Giur. cost.*, 1993, 3447 ss.; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 409, in *Giur. cost.*, 1993, 3398 ss.; Corte cost., 28 giugno 1993, n. 344, in *Giur. cost.*, 1993, 2681; Corte cost., 7 maggio 1993, n. 224, in *Giur. cost.*, 1993, 1656; Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, 1189, ove si legge che il principio di uguaglianza impone al giudice costituzionale di verificare, tra le altre cose, che vi sia proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata, proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita.

⁸⁹ Sulla scorta di queste argomentazioni, è stato sostenuto che attribuire alla buona fede efficacia integrativa del regolamento pattizio non costituirebbe deroga all'autonomia,

È, dunque, il costante raffronto tra la concertata regola di condotta e il quadro assiologico di riferimento che consente ai privati di “accedere” al sistema sanzionatorio. In questa prospettiva, discutere di buona fede integrativa significa fissare dei limiti alla esigibilità di una prestazione formalmente lecita, la cui esecuzione confligge, tuttavia, con gli interessi sostanziali dei soggetti del rapporto.

Limitatamente al *genus* delle sanzioni civili atipiche, nel novero delle quali si è scelto di collocare la clausola penale pura, la loro configurabilità non si ritiene, in termini generali, esclusa.

L'ordinamento non può, tuttavia, mostrare indifferenza nei riguardi degli atti negoziali con causa punitiva che, trascendendo lo scopo di premere sul comportamento del debitore al fine di evitare l'inadempimento, si risolvano in una indebita sopraffazione di quest'ultimo cui, peraltro, non faccia da contraltare un rilevante interesse del creditore all'esecuzione della prestazione principale.

8. *La configurabilità di una clausola penale pura*

Nel corso della trattazione, si è tentato di evidenziare come l'obbligazione risarcitoria e gli altri rimedi fruibili dal creditore per il soddisfacimento del proprio interesse possano rivelarsi inidonei ad assicurare una piena protezione là dove l'inadempimento si riveli comunque vantaggioso per il debitore⁹⁰.

neppure in quell'accezione che assume quest'ultima a sinonimo di autoregolamentazione, perché attraverso la buona fede non si mira ad imporre alle parti ciò che esse non hanno “voluta”, in quanto l'abbiano escluso, ma soltanto ciò che è coerente con la compiuta realizzazione del programma economico secondo un criterio di razionalità che ne assicuri la congruenza con le finalità generali dell'ordinamento. In modo testuale, G. ROMANO, *op. cit.*, 127 ss., secondo la cui interpretazione la buona fede richiamerebbe le parti alla realizzazione di un interesse o valore che le parti stesse, nell'attuazione del loro progetto economico, non sono ammesse a trascurare.

⁹⁰ Si è cercato di evidenziare come la previsione di un rimedio a preminente carattere compensativo, pur astrattamente idonea a determinare l'astensione dal comportamento antigiusuristico, possa, in concreto, non assolvere allo scopo nell'ipotesi in cui la misura prevedibile del risarcimento si prospetti considerevolmente inferiore all'utilità che il responsabile intende trarre dall'iniziativa illecita. In argomento, E. MOSCATI, *Pena*, cit., 781. La tesi secondo la quale alle pene private deve riconoscersi un'attitudine a prevenire e reprimere inadempimenti/illeciti che non cagionino danni o che ne cagionino in misura esigua a fronte dei potenziali introiti conseguibili dal danneggiante è sostenuta anche da M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 214, la cui riflessione ha il pregio di sottolineare come l'iniziativa

Con riguardo alle previsioni di cui agli artt. 1382 ss. c.c., si è potuto constatare come la clausola penale rappresenti uno strumento convenzionale di gestione delle sopravvenienze afferenti alla fase dinamica del rapporto obbligatorio: la mancata ovvero ritardata esecuzione della prestazione principale. Deferire ai privati il compito di disciplinare le conseguenze dell'illecito contrattuale (prima che si verifichi la situazione patologica e mediante la creazione di una sanzione civile con finalità non soltanto redistributiva delle perdite scaturenti dall'inosservanza della regola contrattuale, bensì esclusivamente o prevalentemente punitiva) equivale ad aprire alla configurabilità della penale cosiddetta pura. Tale assunto, lungi dall'essere sconfessato dalla disposizione che prevede un controllo sulle penali manifestamente eccessive, trova proprio nell'art. 1384 c.c. puntuale conferma.

Quale che sia l'opzione esegetica preferibile⁹¹, si ritiene infatti che la *ratio* della norma debba essere individuata nell'esigenza di fissare un limite alla misura della sanzione voluta dalle parti affinché la stessa sia giusta e proporzionata all'illecito⁹². La riducibilità diventa, dunque, espressione dell'equità correttiva del giudice, il cui intervento non pare diretto a evitare possibili abusi di posizione dominante in vista di una supposta tutela della parte contrattualmente più debole⁹³, bensì ad arginare l'eccessività o l'inadeguatezza della sanzione convenuta⁹⁴.

del danneggiato e il beneficio economico previsto in suo favore siano in grado di spiegare la maggiore adeguatezza della sanzione punitiva civile (anche rispetto alla sanzione penale) a soddisfare l'interesse del soggetto leso.

⁹¹ Clausola penale con funzione di liquidazione anticipata e forfettaria del danno ovvero con funzione punitiva.

⁹² Che la sanzione ponga un problema di proporzione o di giustizia e che la giustizia sia nell'essenza stessa della sanzione è sostenuto da G. GORLA, *op. cit.*, 260.

⁹³ Così A. MARINI, *op. cit.*, 141. Cfr. anche E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 519, il quale ritiene che la possibilità di un intervento *a posteriori* da parte del giudice sia, invero, prevista al fine di evitare una sanzione non proporzionata alla violazione commessa dal contraente inadempiente e non tanto per riaffermare quella posizione di sostanziale equilibrio tra le parti, che costituisce, come è noto, una delle direttive dell'ordinamento in materia contrattuale. In senso conforme, G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II (1988), 381. *Contra*, A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 195, secondo la cui ricostruzione la norma contenuta nell'art. 1384 c.c. sarebbe posta a tutela di un interesse del debitore.

⁹⁴ Si rinvia a S. MAZZARESE, *op. cit.*, 183, ove si osserva come «il sistema di regole che si esprime nella riducibilità della prestazione penale (art. 1384 c.c.) affida al potere di intervento del giudice una esigenza specifica dell'ordinamento volta a contenere l'autonomia privata in materia sanzionatoria non semplicemente entro i limiti negoziali della clausola, che, peraltro, come si è visto, mostra una duttilità non indifferente del

Sebbene si tratti di una verifica alla quale può in astratto essere impressa una duplice direzione⁹⁵, la tesi della ammissibilità di una clausola penale pura risulta confortata da una serie di argomenti.

In primo luogo, non si spiegherebbe la manifesta eccessività originaria di una penale che le parti abbiano ritenuto, nelle loro previsioni, di valore equipollente al danno derivante dall'inadempimento⁹⁶. In questo senso, la riducibilità meglio si combina con la funzione preventiva e repressiva della clausola penale, la quale non può essere caducata⁹⁷ e risulta dovuta nella misura che il giudice ritiene sufficiente a dissuadere il debitore dall'inadempimento ovvero punirlo per la sua condotta illecita. Non a caso il criterio che deve orientare le scelte del giudice è individuato dal legislatore nell'interesse che il creditore aveva all'adempimento, senza che acquisisca alcuna rilevanza né la corrispondenza tra la prestazione principale e la prestazione penale né la correlazione tra quest'ultima e il danno occorso⁹⁸.

proprio assetto costitutivo, sia sotto diversi profili strutturali sia sotto quello funzionale ed effettuale, ma anche entro una sindacabilità giudiziale della "pena" ravvicinata ad una valutazione equitativa della prestazione dovuta dal soggetto responsabile ed orientata eccezionalmente a correggere una manifesta espressione della volontà contrattuale delle parti».

⁹⁵ Ebbene, se di liquidazione anticipata e forfettaria si discute, l'intervento riduttivo del giudice si giustificherebbe in ragione del necessario adeguamento del danno preventivamente liquidato a quello effettivamente determinatosi. Avuto diversamente riguardo alla funzione afflittiva, la correzione verso il basso compiuta dall'autorità giudiziaria risulta diretta a scongiurare che una forma di autotutela delle ragioni del creditore venga concretamente impiegata con modalità eccessive in rapporto alla posizione oggetto di tutela. Cfr. M. TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Esi, Napoli, 2002, 58.

⁹⁶ Di tale opinione è M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 131, il quale ritiene che il profilo della riducibilità della penale per manifesta eccessività possa meglio armonizzarsi con la concezione punitiva della clausola penale («Difficilmente potrebbe, infatti, parlarsi di eccessività (originaria) della penale se questa dovesse intendersi equivalente, per volontà delle parti, al danno nella misura prevista e quindi valutabile sin dall'inizio»).

⁹⁷ Si è già sottolineato come, se l'ordinamento avesse voluto escludere la funzione punitiva della clausola penale, avrebbe previsto la nullità delle penali manifestamente eccessive in luogo della riducibilità.

⁹⁸ In questa prospettiva, è possibile che la penale, seppur oggetto di *reductio* giudiziale, debba comunque essere corrisposta in misura superiore al pregiudizio derivante dall'inadempimento.

Ulteriori indici a supporto della tesi qui sostenuta sono ritraibili dalla posizione assunta dalla giurisprudenza in relazione all'accordo di irriducibilità della penale concluso dalle parti⁹⁹.

La *ratio* che ha ispirato la disposizione sulla riducibilità influenza le considerazioni sulla natura, cogente o dispositiva, della norma¹⁰⁰, nel senso che l'invalidità conseguente all'inosservanza di una previsione inderogabile deve potersi spiegare alla luce dell'interesse che il legislatore ha inteso tutelare. Tale interesse, concretandosi in un'esigenza primaria di proporzionalità della sanzione all'illecito, non è ascrivibile alle parti del rapporto bensì all'ordinamento, di guisa che è possibile inferire l'indisponibilità, da parte dei privati, di ciò che non si configura come un diritto¹⁰¹, bensì quale potere-dovere riconosciuto al giudice in funzione equitativa e per motivi di interesse generale.

Ragioni che trascendono quelle dei singoli soggetti coinvolti nella contrattazione consentono, dunque, di affermare l'inderogabilità della norma sulla riducibilità giudiziale della penale manifestamene eccessiva e di enucleare un ulteriore argomento a supporto della tesi favorevole a un intervento *iussu iudicis*.

In sostanza, se la previsione di una pena privata risponde all'esigenza di rafforzare il vincolo contrattuale, l'indisponibilità del controllo sulla concreta estrinsecazione della funzione punitiva dell'autonomia negoziale si giustifica in ragione di un principio generale che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva nella predisposizione e nell'attuazione delle sanzioni. Quel bilanciamento tra interesse tutelato e interesse sacrificato, compiuto direttamente dal legislatore in relazione alle sanzioni di diritto pubblico, è sì demandato ai contraenti, ma sotto l'egida del giudice, il cui ruolo si

⁹⁹ Da ultimo Cass. Sez. II ord., 16 dicembre 2019, n. 33159, in *CED Cassazione*, 2019, la quale si è espressa nel senso del possibile esercizio del potere di riduzione d'ufficio della penale eccessiva anche nel caso in cui le parti ne abbiano convenuto l'irriducibilità, trattandosi di un potere funzionale al perseguimento di un interesse generale dell'ordinamento.

¹⁰⁰ Cfr. M. P. PIGNALOSA, *Riducibilità della penale e autonomia privata*, in *Contr. impr.*, 6/2015, 1409-1411; V. PESCATORE, *Clausola di «irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 11/2007, 898-899.

¹⁰¹ Si vedano le considerazioni formulate da A. MARINI, *op. cit.*, 151 in ordine alla validità del patto con cui il debitore rinunci al potere di chiedere la riduzione della penale eccessiva. In tale accordo non potrebbe propriamente ravvisarsi una rinuncia sia in ragione dell'essenziale unilateralità di quest'ultima sia perché, non essendo ancora sorta, al momento in cui il patto viene stipulato, l'obbligazione penale, non può nemmeno ipotizzarsi un diritto alla riduzione della penale rinunciabile dal debitore. La rinuncia preventiva del debitore deve, dunque, considerarsi un semplice patto in deroga alla disciplina di cui all'art. 1384 c.c., in quanto tale nullo *ex art. 1418 c.c.*

traduce in una verifica di adeguatezza della sanzione convenuta dai privati alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

Le considerazioni svolte in materia di responsabilità contrattuale risultano, infine, coerenti con i più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità extracontrattuale¹⁰². L'aver ritenuto non più contrastante con il principio dell'ordine pubblico l'idea secondo la quale dalla lesione di diritti soggettivi assoluti possa originare una diversa forma di responsabilità civile, che si propone di superare la centralità del danno cagionato, induce a ritenere ulteriormente confortata la soluzione qui prospettata al problema della penale pura.

La sanzionabilità della violazione dell'obbligo di *alterum non laedere* è, infatti, rappresentativa dell'esigenza dell'ordinamento di preservare, *erga omnes*, determinate situazioni giuridiche. Assumere che si tratti di una forma di tutela suscettibile di articolarsi nell'applicazione di rimedi a contenuto non riparatorio, la cui concreta determinazione rimettere al prudente apprezzamento del giudice, contribuisce, invero, a ridurre i margini di prevedibilità degli effetti del contegno antigiusdittico; prevedibilità che risulta, all'opposto, assicurata in ambito contrattuale. In questo caso è, infatti, il privato a impegnarsi, spontaneamente e in una misura dallo stesso condivisa, al pagamento di una sanzione pecuniaria con valenza non risarcitoria.

Una volta verificata la coerenza della sanzione convenzionalmente prevista con il quadro assiologico di riferimento, è possibile sostenere che quanto più relativizzata tenda a essere la reazione all'illecito, sia in punto di preventiva individuazione del soggetto destinatario della sanzione sia in punto di specificazione del suo grado di incisività sul patrimonio giuridico dell'obbligato (*quantum*), tanto più infondata diventa ogni obiezione di incompatibilità con l'ordinamento di una clausola penale con funzione meramente punitiva.

Il contributo che questo lavoro ha inteso procurare alla tesi della configurabilità di pene private presuppone che alla locuzione venga attribuito un significato idoneo a fugare i dubbi originati dall'utilizzo di un aggettivo ("private") in apparente contrasto con il sostantivo ("pene"), per la definizione di un *genus* che non può, in ogni caso, ritenersi un ibrido. Si è detto che «della pena pubblica, ricorre in questa definizione, la minaccia del male e la irrogazione della pena al soggetto che non osserva la regola di condotta»¹⁰³. Nonostante la comune funzione dissuasiva-repressiva, la pena

¹⁰² Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, IX, 2017, 2613.

¹⁰³ M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 150.

di diritto privato conserva, tuttavia, quell'unicità che le deriva dall'essere prevista a tutela di interessi disponibili e dall'essere rivolta a beneficio non dell'Erario¹⁰⁴, bensì del privato, la cui iniziativa assurge a condizione irrinunciabile di applicabilità della sanzione¹⁰⁵.

Ebbene, le discussioni in tema di penale pura sembravano destinate ad assumere risvolti meramente accademici una volta consolidatosi l'orientamento sulla riducibilità d'ufficio¹⁰⁶. Tuttavia, le riferite aperture in ordine alla funzione deterrente-punitiva della responsabilità aquiliana e al riconoscimento di pene private "giudiziali", culminate nella sentenza sui danni punitivi¹⁰⁷, hanno contribuito a dare nuova linfa alla disputa concernente le pene private "contrattuali".

L'esigenza di ricondurre a sintesi la complessità e la dinamicità dell'ordinamento¹⁰⁸ ha imposto all'interprete un'applicazione, per così dire, "circolare" dei principi elaborati o, più correttamente, rielaborati a livello giurisprudenziale, riaccendendo il dibattito sulla clausola penale pura e suggerendone una rimeditazione in termini di compatibilità con l'ordinamento. Sulla scorta di queste premesse, si è, dunque, giunti alla conclusione secondo la quale la stessa riduzione d'ufficio, lungi dal riflettere il disfavore dell'ordinamento nei confronti di una possibile causa

¹⁰⁴ Tuttavia, non si esclude che allo Stato possa derivare, in via mediata, una qualche utilità dal ricorso a siffatta tipologia di sanzioni in termini di puntuale osservanza delle norme giuridiche e di ordinata convivenza civile.

¹⁰⁵ Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 29.

¹⁰⁶ La giurisprudenza di legittimità ha inteso il potere di controllo riconosciuto al giudice a norma dell'art. 1384 c.c. quale espressione del generale interesse dell'ordinamento a che l'autonomia contrattuale non oltrepassi i limiti entro cui essa è considerata suscettibile di realizzare interessi meritevoli di tutela. Occorre, tuttavia, precisare che, sebbene le Sezioni Unite non abbiano, in quella sede, preso posizione sulla *ratio* dell'istituto, dalla pronuncia sono stati ricavati indici a supporto della tesi della liquidazione anticipata e forfettaria del danno. In questo senso, l'intervento d'ufficio è stato interpretato come volto a ripristinare la corrispondenza tra il risarcimento inizialmente concordato a titolo di penale e il pregiudizio concretamente occorso, al fine di impedire al creditore di trarre un indebito vantaggio dall'altrui inadempimento. Cfr. Cass. Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 1/2006, 106.

¹⁰⁷ Cfr. P. PARDOLESI, *Oltre la deterrenza: valenza punitivo/sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 4/2020, 531 ss.; F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 1/2019, 88 ss.; O. CLARIZIA, *Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur. it.*, 10/2018, 2277 ss.; A. SARAVALLE, *Cronaca di una sentenza annunciata (per gli internazionalprivatisti)*, in *Giur. it.*, 10/2018, 2283.

¹⁰⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, in particolare 184 ss.

punitiva degli atti dell'autonomia negoziale, realizzerebbe, all'opposto, un'imprescindibile verifica di adeguatezza e proporzionalità della sanzione convenuta dai privati a fronte di un illecito contrattuale.

L'indagine, pur ruotando intorno a categorie giuridiche non più recentissime, ha cercato di dimostrarne l'attualità attraverso un percorso ermeneutico in grado di stare al passo con la storicità del diritto e con la mutevolezza del quadro assiologico di riferimento. Malgrado la rilevata ciclicità degli studi in materia di pene private, è, dunque, possibile concludere nel senso di riconoscere all'istituto una capacità di adattarsi al divenire normativo e di garantire un'effettiva, oltre che sollecita, risposta alle diverse istanze della realtà sociale nell'ipotesi in cui il semplice risarcimento si riveli inidoneo ad assicurare una tutela effettiva.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

ALESSANDRO MANFREDI

Big Tech e trattamento dei dati personali. Il caso WhatsApp e la sentenza Schrems II

ABSTRACT - Taking a cue from the grievances expressed by the Italian Data Protection Authority towards the updating of the WhatsApp privacy policy, the work will analyse the effective application of the GDPR on a case of large-scale personal data processing. Through the analysis of the WhatsApp privacy policy the main institutes and principles of the Regulation applied to the specific case will be identified, deepening their underlying philosophy. The study of the consent institution will be enhanced, identifying its legal basis, the founding elements and the applicative characteristics in the contractual context. Finally, through a look at the Facebook group's "global operations", the impact of the Schrems II judgement and the effects of the abolition of the Privacy Shield on the transfer of data outside the EU will be highlighted.

KEYWORDS - GDPR - WhatsApp - Privacy policy - Schrems II - consent to the processing of personal data

1/2021

ALESSANDRO MANFREDI*

Big Tech e trattamento dei dati personali. Il caso WhatsApp e la sentenza Schrems II**

SOMMARIO: 1. Il caso WhatsApp: aggiornamento dei termini di servizio e informativa privacy. L'intervento del Garante per la protezione dei dati personali. Posizioni contrastanti: gli obiettivi del Gruppo Facebook e i dubbi del Garante - 2. I principali punti d'interesse presenti nell'informativa privacy di WhatsApp, le considerazioni del Garante per la protezione dei dati personali. Il principio di trasparenza e il diritto di informazione, riferimenti alle principali norme di settore. Finalità di utilizzo dei dati, le comunicazioni di servizio e commerciali. Il diritto di accesso ai dati - 3. Il consenso al trattamento dei dati. Base giuridica di riferimento ed elementi caratterizzanti. Consenso e conclusione di un contratto: le principali disposizioni della Corte di Cassazione. Il principio di minimizzazione dei dati e le finalità di trattamento: il criterio di specificità. Liceità del Consenso - 4. Collaborazione con le altre aziende di Facebook e operazioni globali. Il dato personale, valore sociale ed economico. Trasposizione dei dati all'estero e collocazione fisica dei datacenter di WhatsApp fuori dall'Unione Europea. Privacy Shield: la sentenza Schrems II.

1. Il caso WhatsApp: aggiornamento dei termini di servizio e informativa privacy. L'intervento del Garante per la protezione dei dati personali. Posizioni contrastanti: gli obiettivi del Gruppo Facebook e i dubbi del Garante

Con una nota inoltrata ai propri utenti l'applicazione di messaggistica WhatsApp, facente parte del gruppo Facebook, ha illustrato i nuovi termini di servizio e la nuova informativa privacy legata all'utilizzo dell'applicazione. Aggiornare i propri utenti sui cambiamenti cui è posta la privacy policy è prassi ed obbligo di ogni entità giuridica che faccia uso di dati personali, sia essa pubblica sia essa privata, in ossequio ai parametri previsti dal Regolamento n. 2016/679 General Data Protection Regulation (GDPR). Tuttavia, nel caso preso in esame le particolarità riguardano la genericità delle informazioni inerenti ai nuovi criteri di trasposizione e condivisione dei dati tra WhatsApp e le diverse aziende del gruppo Facebook.

L'azienda afferma che i cambiamenti riguardino in modo particolare la crescente piattaforma WhatsApp Business, specificando come i dati dei cittadini europei non vengano in alcun modo condivisi per il

* Dottore in Giurisprudenza.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

miglioramento dei prodotti e delle pubblicità forniti da Facebook¹. Nonostante ciò, è stato manifestato riserbo dal Garante per la protezione dei dati personali avverso alle novità introdotte da WhatsApp. Attraverso una nota, il Garante ha affermato come i dati inseriti nell'informativa privacy dell'applicazione siano poco chiari e intelligibili, specificando come questi debbano essere valutati attentamente alla luce della disciplina in materia di protezione dei dati personali². Inoltre, a riprova del carattere emergenziale della situazione, la nota del Garante specifica la notifica del caso all'attenzione dell'European Data Protection Board (EDPB)³.

La situazione fin qui prospettata evidenzia una palese dicotomia di intenti tra il Gruppo Facebook e l'autorità Garante per la privacy. Da un lato Facebook vorrebbe ampliare il bacino informativo delle sue società controllate entro un termine ristretto posto dalla deadline dell'8 febbraio 2021 (successivamente posticipato a maggio per rimostranze da parte di utenti e autorità) e relativo all'entrata in vigore dei nuovi termini di servizio, dall'altro la limitazione delle attività di trattamento maggiormente incisive poste dai cd. Big Tech da parte dei Garanti europei.

2. I principali punti d'interesse presenti nell'informativa privacy di WhatsApp, le considerazioni del Garante per la protezione dei dati personali. Il principio di trasparenza e il diritto di informazione, riferimenti alle principali norme di settore. Finalità di utilizzo dei dati, le comunicazioni di servizio e commerciali. il diritto di accesso ai dati.

¹ANSA, *WhatsApp, in Europa nessuna modifica a condivisione dati con Facebook*, 11 gennaio 2021. Consultabile presso: https://www.ansa.it/sito/notizie/tecnologia/internet_social/2021/01/07/whatsapp-in-europa-nessuna-modifica-a-condivisione-dati-con-facebook_bd29bb96-d6c2-46a3-98fd-2d2ceec57ccf.html.

² GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, nota del 14 gennaio 2021: *WhatsApp: Garante privacy, informativa agli utenti poco chiara. L'Autorità intenzionata ad intervenire anche in via d'urgenza*.

³ L'European Data Protection Board (EDPB) è un organo europeo indipendente, che contribuisce all'applicazione coerente delle norme sulla protezione dei dati in tutta l'Unione europea e promuove la cooperazione tra le autorità competenti per la protezione dei dati dell'UE. È composto da rappresentanti delle autorità nazionali per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati. Ne fanno altresì parte le autorità di controllo degli Stati senza però che i loro rappresentanti godano del diritto di voto o di essere eletti presidente o vicepresidenti.

Il comunicato del Garante rileva l'opacità della privacy policy di WhatsApp definendola poco chiara, e risultando perciò di ostacolo ad una libera e consapevole accettazione dei termini da parte degli utenti (ovvero gli interessati dall'attività di trattamento).

Con tale affermazione il Garante sottolinea la possibile inidoneità dell'informativa posta da WhatsApp, la quale risulterebbe inefficace a garantire una completa e aggiornata esposizione delle novità presenti nell'informativa. Presentare all'interessato una corretta informazione è il primo passo per poter effettuare un trattamento idoneo alle regole poste dal GDPR. L'informativa ha il compito di elencare all'interessato i suoi diritti e le finalità cui il trattamento aspira, il tutto in derivazione del principio di trasparenza introdotto dall'art. 5 del GDPR. Detto principio mira a creare in capo al soggetto interessato una serie di poteri, tali da consentire una completa capacità cognitiva riguardante il contesto di trattamento.

La prima forma di trasparenza trova concretezza nel menzionato obbligo di informazione. Questo viene introdotto all'art. 13 e stabilisce che i soggetti interessati, principalmente le persone fisiche, debbano essere necessariamente informati circa le modalità, le finalità e i diritti che le riguardano, in modo da sensibilizzarle ai rischi cui potrebbero essere esposte. Ciò avviene mediante un'informativa che deve contenere al suo interno tutte le informazioni necessarie all'interessato, al fine di renderlo edotto sulle attività svolte⁴.

L'impossibilità di rintracciare con certezza i compiti cui l'informativa assolve, come affermato dal Garante nel caso della privacy policy di WhatsApp, impedisce il rispetto del principio di trasparenza e la corretta applicazione del menzionato art. 13. Per allineare l'informativa ai parametri del GDPR è necessario rendere agevole la fruizione delle informazioni presentate dall'informativa, redigendole in modo semplice e sintetico e rendendole visualizzabili e acquisibili attraverso vari tipi di strumenti, ovvero mediante: forma scritta, banner o apposite pagine web⁵, con messaggi audio o video⁶.

⁴ Tra le quali rientrano: l'identità e i contatti del titolare del trattamento (se presente anche del suo rappresentante); i dati di contatto del responsabile; le finalità e la base giuridica del trattamento; eventuali interessi legittimi; i destinatari terzi dei dati o l'eventuale trasposizione di essi verso un paese terzo all'UE; infine, le informazioni successive all'acquisizione dei dati (es: tempistiche di conservazione, accesso ai dati, revoca del consenso, reclamo).

⁵ Considerando n. 58, GDPR: «Il principio della trasparenza impone che le informazioni destinate al pubblico o all'interessato siano concise, facilmente accessibili e di facile

La chiarezza con cui le informazioni devono essere presentate è stata ulteriormente evidenziata dal Gruppo di Lavoro ex Art. 29⁷. Nella presentazione delle linee guida sulla prestazione del consenso, il Working Party ribadisce come le privacy policy debbano essere redatte in modo semplice e facilmente comprensibile, evitando stesure pregne di tecnicismi tali da poter nascondere informazioni rilevanti attraverso termini e condizioni⁸.

In relazione ai parametri indicati dalle norme del Regolamento GDPR la policy proposta da WhatsApp presenta alcune opacità. Queste sono principalmente attinenti alla collaborazione con le aziende del gruppo Facebook, soprattutto se relazionate alla sentenza Schrems II.

La policy di WhatsApp oltre ad elencare le tipologie dei dati acquisiti⁹, specifica le finalità per cui questi verranno utilizzati. Tra le varie sono elencate nell'informativa: fornitura di servizi, ovvero i dati necessari per erogare materialmente il servizio (tra cui rientra il numero di telefono); per motivi di sicurezza, per cui si può presupporre l'utilizzo di dati per finalità relative al legittimo interesse¹⁰; metadati, utilizzati per inviare messaggi e chiamate.

comprensione e che sia usato un linguaggio semplice e chiaro, oltre che, se del caso, una visualizzazione. Tali informazioni potrebbero essere fornite in formato elettronico, ad esempio, se destinate al pubblico, attraverso un sito web».

⁶ WP259, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, in https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48849, p. 13: «*This means valid information may be presented in various ways, such as written or oral statements, or audio or video messages*». In argomento: E. BASSOLI, *La nuova Privacy GDPR. Dopo il D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101. Guida teorico-pratica con schemi riassuntivi e formulario dei principali adempimenti*, Dike Giuridica, Roma, 2018, 98.

⁷ Il Gruppo di Lavoro ex Art. 29 è l'organo predecessore dell'attuale EDPB. Il nome del Gruppo scaturisce dall'art. 29 della Direttiva 95/46/CE che lo istituì.

⁸ WP259, loc. cit.: «*Controllers cannot use long illegible privacy policies or statements full of legal jargon. Consent must be clear and distinguishable from other matters and provided in an intelligible and easily accessible form. This requirement essentially means that information relevant for making informed decisions on whether or not to consent may not be hidden in general terms and conditions*».

⁹ Tra i quali rientrano: numero di telefono, nome, immagine del profilo, stato, posizione, informazioni sul dispositivo, sulla connessione e informazioni reperite mediante l'uso di cookie.

¹⁰ Descritto dall'art. 6 del GDPR, per legittimo interesse si intende la base giuridica attraverso cui il titolare, o terzi qualificati, possono trattare i dati in assenza non solo del consenso ma anche in mancanza di un obbligo giuridico. Tale prospettiva si applica a quella serie di situazioni in cui il titolare, per salvaguardare un proprio interesse, effettua una raccolta dati slegata dai fini dell'attività principale. Il trattamento per legittimo

Oltre ai citati fini, la privacy policy presenta due ulteriori eventualità di utilizzo dei dati: l'utilizzo per comunicazioni di servizio e per fini commerciali.

L'informativa identifica nel marketing, nella futuribile introduzione di banner pubblicitari e nella comunicazione per finalità di servizio le tre fattispecie di utilizzo dei dati per le comunicazioni verso l'utente (tra cui rientrano i nuovi aggiornamenti sulle novità introdotte dall'applicazione attraverso la condivisione di stati). In tal senso non appare casuale la menzione nella sezione riguardante le comunicazioni all'interessato dei diritti e delle procedure esperibili dall'utente per poter gestire il proprio patrimonio informativo. Tra questi vi rientra in particolare il diritto di accesso ai dati, il quale è strettamente legato al principio di trasparenza e al diritto di informazione.

Il diritto di accesso ai dati, diritto derivante dal principio di trasparenza, permette al soggetto interessato di richiedere determinate informazioni riguardanti l'attività di trattamento svolta in suo capo, attraverso un'apposita richiesta al titolare. L'articolo di riferimento, ossia l'art. 15 del Regolamento, descrive a quali notizie relative alle attività svolte dal titolare l'utente può avere accesso¹¹.

L'accesso ai dati risulta essere snodato in due differenti corollari, che ne favoriscono il funzionamento: il diritto a conoscere l'esistenza di dati riguardanti l'interessato e il diritto a riceverne comunicazione¹². A tal proposito, appare curiosa la mancanza, rispetto alla Direttiva 95/46/CE, del requisito dell'intelligibilità dei dati forniti. L'intelligibilità risulta essere un parametro essenziale per poter ricevere dati comprensibili e la sua mancanza potrebbe portare ad un'informazione non pienamente

interesse è comunque subordinato all'obbligo di informazione verso l'interessato oltre che ad un'attenta opera di bilanciamento con i diritti e gli interessi che lo riguardano.

¹¹ Queste sono: le finalità del trattamento; le categorie dei dati trattati; i destinatari dei dati (anche terzi), il periodo della loro conservazione o i parametri per determinarlo; l'esistenza del diritto a opporsi, a limitare, rettificare o cancellare i dati; la possibilità di proporre reclamo e richiedere informazioni circa l'esistenza di un processo decisionale automatizzato (es: profilazione).

Nel caso in cui le informazioni siano ricollegate a processi di raccolta automatizzati, queste possono essere richieste solo se il processo di raccolta sia preordinato all'assunzione di una decisione con effetti giuridici verso l'interessato. Segue quindi la possibilità di poter richiedere qual è la logica presente dietro tale processo come descritto dal paragrafo 1, lettera h dell'art. 15. Sul punto, V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 702.

¹² E. BASSOLI, *La nuova privacy GDPR dopo il D. lgs. 10 agosto 2018, n.101*, cit., 132-134.

trasparente¹³. Una volta richiesti i dati, senza ledere altrui diritti, il titolare può fornirne una copia degli stessi, richiedendo eventualmente un contributo spese per le copie successive, equipollente a quello dei normali costi amministrativi. Per favorire lo sviluppo dell'economia digitale, si dovrebbe ritenere che tale richiesta possa essere effettuata elettronicamente, in modo da permettere al titolare di adempiere alla richiesta con gli stessi mezzi¹⁴. È questo il caso di WhatsApp, la cui applicazione permette di richiedere una copia digitale dei propri dati direttamente attraverso il proprio smartphone.

Quanto esplicito dall'informativa, come già evidenziato, adempie ad una funzione preparatoria e cognitiva dell'interessato. Infatti, l'interessato dovrà necessariamente prestare il proprio consenso per poter permettere a WhatsApp e alle società collegate di avviare il trattamento dei propri dati. Perciò il consenso risulta essere l'elemento cardine di tutta l'attività di trattamento. La comprensione del predetto istituto richiede un'approfondita analisi, soprattutto con riguardo alle modalità di prestazione dello stesso e sul ruolo che ricopre durante la fruizione di un servizio e la conclusione di un contratto.

3. Il consenso al trattamento dei dati. Base giuridica di riferimento ed elementi caratterizzanti. Consenso e conclusione di un contratto: le principali disposizioni della Corte di Cassazione. Il principio di minimizzazione dei dati e le finalità di trattamento: il criterio di specificità. Liceità del Consenso

¹³ Un esempio concreto che raffigura l'importanza dell'intelligibilità dei dati, può essere rintracciato nell'esame effettuato dall'Autorità Garante relativamente ad un ricorso presentato nel 2001 (Garante Privacy, 26 marzo 2001, cod. web n. 41910, in www.garanteprivacy.it). Dopo aver effettuato un accertamento presso un'azienda ospedaliera, un paziente presentava ricorso presso l'Autorità Garante. Tra le interrogazioni, il paziente chiedeva di ricevere informazioni riguardanti il significato di alcuni codici diagnostici utilizzati dall'azienda ospedaliera. L'AG (riunitasi nelle persone di: Stefano Rodotà, presidente, Giuseppe Santaniello, vicepresidente, Gaetano Rasi e Mauro Paissan) ha accolto tale richiesta, ribadendo che i dati forniti debbano essere redatti secondo parametri di intelligibilità degli stessi (secondo quanto descritto, in quel tempo, dall' art. 13 della L. 31 dicembre 1996, n. 675).

¹⁴ F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*. Giappichelli, Torino, 2018, 25.

Il consenso al trattamento deve essere presentato secondo il Considerando n. 32 del GDPR, attraverso un atto positivo inequivocabile¹⁵ in forma scritta, attraverso mezzi elettronici o oralmente. A livello normativo viene introdotto dalla definizione fornita dall'art. 4 n. 11 del GDPR, il quale si riferisce testualmente a qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato. Appare evidente, dalla norma citata, che il consenso al trattamento può essere figurativamente considerato come la linea rossa che rende lecite o illecite eventuali attività che fanno uso di dati¹⁶.

Essendo presenti diritti irrinunciabili, strettamente collegati alla dignità e alla libertà personale, è necessario che ci sia una riflessione libera, specifica e informata, da parte dell'interessato che deve prestare il consenso¹⁷. Questi, unitamente a quella che viene definita «manifestazione inequivocabile», sono i fondamenti del consenso al trattamento¹⁸.

Analizzare questi caratteri singolarmente risulta fondamentale per consentire una precisa conoscenza del già menzionato istituto.

Partendo dal primo, occorre considerare che il concetto di libera manifestazione può essere estrapolato dall'art 7, par. 4 del Regolamento, il quale afferma che il consenso prestato deve essere libero da vincoli¹⁹, per

¹⁵ «Il consenso al trattamento è atto diretto a definire le modalità e le condizioni del trattamento stesso vincolando fortemente l'attività del titolare» (In questo senso, A. PISAPIA, *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2018, 59, la quale si richiama a F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, cit., 613 ss.; A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., 502 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2006, 994 ss.

¹⁶ Ritengono che il consenso sia fondamento di legittimità per il trattamento stesso, S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 2 ss.; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2001, 621 ss.

¹⁷ R. IMPERIALI, *Codice della Privacy. Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*. Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, 169.

¹⁸ Considerando n. 32 GDPR: «Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano».

¹⁹ Art 7, par. 4 «Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto».

cui non è possibile condizionare al consenso l'erogazione di un servizio o la conclusione del contratto²⁰.

La norma così posta mitiga un'eventuale costrizione attuabile verso l'interessato. Infatti, questi deve essere libero di poter fruire di un determinato servizio o di siglare un contratto, senza dover essere obbligato a fornire i propri dati per attività di trattamento.

Quanto affermato dall'art. 7, par. 4 trova inoltre riscontro in una pronuncia effettuata dalla Suprema Corte di Cassazione. La Corte di Cassazione ribadisce che in nessun caso, anche in presenza di clausole contrattuali, è possibile vincolare un soggetto alla prestazione del consenso al trattamento di quei dati che non risultano necessari ai fini degli adempimenti preposti. La Corte stessa ribadisce inoltre la natura imperativa delle norme a tema privacy il cui contrasto con le stesse, a norma dell'art. 1418 c.c., rende nulli eventuali termini avversi²¹.

Inoltre, tale eventualità si scontrerebbe con il principio di minimizzazione dei dati. Detto principio, enunciato dal Regolamento GDPR all'art. 5 lett. c, afferma che i dati raccolti in sede di trattamento debbano necessariamente essere: adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati.

Il principio di minimizzazione permette di effettuare una selezione accurata dei dati, in modo da evitare trattamenti superflui che potrebbero danneggiare gli interessati. L'importanza del principio di minimizzazione

²⁰ Tale previsione normativa risulta particolarmente importante rispetto al tema trattato. Spesso siti web o altri sistemi multimediali, vincolano la loro fruizione ad un eventuale consenso ad attività di trattamento di dati superflui alle finalità di trattamento. In questo modo il soggetto fruitore non può usufruire dei servizi e quindi prendere visione, ad esempio, di una pagina web, se prima non accetta di essere sottoposto ad attività di trattamento.

²¹ Cass. Civile Sez. I, Sentenza n. 26778, ottobre 2019. «In conclusione, la clausola con cui la banca ha subordinato il dar corso alle operazioni richieste dal cliente al consenso al trattamento dei dati sensibili è affetta da nullità in quanto contraria a norme imperative, a norma dell'art. 1418 c.c. Ne consegue che la condotta con cui lo stesso istituto di credito ha successivamente provveduto al "blocco" del conto corrente e del deposito titoli, proprio perché trova il proprio titolo in una clausola nulla dalla stessa inserita, non lo esonera da responsabilità per inadempimento contrattuale».

La vicenda riguarda un contenzioso sorto tra un cliente e la propria banca. Dopo aver concluso un contratto con il cliente e aver permesso a questo di fruire per diverso tempo dei servizi offerti, la banca decise di bloccare il conto del cliente in quanto questo non diede il consenso al trattamento dei propri dati personali ulteriori rispetto ai fini previsti dalle operazioni da questo svolte.

è stata inoltre ribadita dalla Corte di Cassazione che ne afferma la centralità in un contesto di trattamento lecito²².

Secondo quanto emerge dal Considerando n. 32, oltre a essere libero il consenso deve essere specifico. Esso deve infatti applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità²³, e qualora vi siano più finalità, il consenso deve essere prestato per ciascuna di esse. Il medesimo Considerando descrive i caratteri della richiesta di consenso fatta attraverso mezzi elettronici, la quale deve essere chiara, concisa e non deve interferire con il servizio per il quale il consenso è stato espresso. Inoltre, qualora dovessero cambiare le finalità, sarebbe necessario valutarne la compatibilità con quelle rispetto alle quali era stato in precedenza prestato il consenso, in modo da stabilire se esso debba essere rinnovato.

Il criterio di specificità viene ribadito non solo dall'art. 7 par. 2 del Regolamento, che ne evidenzia un'eventuale presentazione scritta²⁴, ma anche dal Gruppo di Lavoro ex Articolo 29. Il Gruppo dei Garanti europei ha ritenuto opportuno specificare che è la finalità a dover essere oggetto di un distinguo relativamente alla prestazione del consenso e non le operazioni che la compongono. Ad esempio, se il titolare volesse utilizzare i dati per finalità di marketing, il consenso prestato dovrebbe essere

²² Cass. Civile Ordinanza 34113, dicembre 2019: «Il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito dell'attività di recupero crediti è lecito purché avvenga nel rispetto del principio di minimizzazione dovendo essere utilizzati solo i dati indispensabili, pertinenti e limitati a quanto necessario per il perseguimento delle finalità per cui sono raccolti potendo essere comunicate informazioni riguardanti il debitore persona fisica funzionali alla cessione del credito, quali la situazione debitoria e l'ubicazione dell'immobile.».

La suddetta ordinanza è stata emanata dalla Corte di Cassazione per rigettare un ricorso, ritenuto generico, presentato da un cliente avverso al proprio istituto di credito per violazione della legge sulla privacy nel corso di attività di recupero crediti. Il rigetto da parte della Corte è avvenuto in quanto la parte ricorrente non ha evidenziato quali dati sensibili siano stati effettivamente ceduti dalla banca, ritendendo dunque il ricorso generico.

²³ Sul principio di finalità, F. PIRAINO, *Il codice della privacy e la tecnica del bilanciamento d'interessi*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 715 ss.

²⁴ Art. 7 Par. 2 GDPR: «Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante».

distinto rispetto a quello richiesto per l'attività di profilazione, in quanto mirano a obiettivi differenti. Se invece le diverse operazioni di trattamento mirano alla stessa finalità, come ad esempio la trasposizione dei dati all'estero, allora il consenso da prestare sarà unico²⁵.

Infine, il consenso è strettamente collegato alla liceità del trattamento, perciò, per renderlo legalmente valido, è necessario che sia inequivocabile e verificabile. A tal fine il Considerando n. 32 precisa che l'apposizione del consenso può essere effettuata mediante qualsiasi dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto²⁶.

Da ciò si desume che l'interessato può mantenere una duplice condotta: una attiva, prestando esplicitamente il consenso al trattamento dei dati; ed una passiva, consistente in una dichiarazione desumibile da un comportamento chiaro e senza alcuna possibilità di smentita, tenuto dall'interessato.

Inoltre, il Considerando richiamato precisa che non possano essere qualificate come modalità lecite di prestazione del consenso: l'inerzia, assimilabile al mancato compimento di qualsiasi tipo di azione; il silenzio; l'utilizzo di form precompilate o caselle già spuntate^{27 28}, che potrebbero

²⁵ S. BORGHI, *Il consenso nel GDPR: le linee guida dei Garanti europei*, in AA.VV. *Privacy e Dati Personali. Problemi e casi pratici*. Key, Milano, 2018, 188 ss.

²⁶ Considerando n. 32: «la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto».

²⁷ Tale concetto viene ribadito dalla Corte di Giustizia Europea con sentenza del 1° ottobre 2019 (Planet49 C-673/17), con la quale ha dichiarato che il consenso all'archiviazione di informazioni o all'accesso a informazioni, attraverso cookie installati nell'apparecchiatura terminale dell'utente di un sito Internet, non è validamente espresso quando l'autorizzazione risulta da una casella di spunta preselezionata, e ciò indipendentemente dal fatto che le informazioni di cui trattasi costituiscano o meno dati a carattere personale. Maggiori info in: M. IASELLI, *Cookie, per il consenso non basta una casella di spunta preselezionata*. 10 ottobre 2019, in <https://www.altalex.com/documents/news/2019/10/24/cookie-per-il-consenso-non-basta-una-casella-di-spunta-preselezionata>.

²⁸ C-673/17 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV v. Planet49 GmbH: «Il consenso attivo è ora, dunque, espressamente previsto dal regolamento 2016/679. Si deve rilevare, a tal riguardo, che, secondo il Considerando 32 di tale Regolamento, la manifestazione del consenso potrebbe comprendere, in particolare, la selezione di un'apposita casella in un sito Internet. Il suddetto Considerando esclude invece espressamente che «il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle» configurino consenso».

indurre ad una scelta forzata. In tale prospettiva andrebbe valutata l'eventuale liceità dell'apposizione di un termine perentorio di prestazione implicita del consenso, cui unico metodo di diniego risulterebbe l'opt-out da parte dell'interessato, come nel caso dell'informativa di WhatsApp.

Con riguardo invece alla verifica dell'effettiva apposizione del consenso, il titolare deve essere in grado di dimostrare che vi è stato un effettivo rilascio da parte dell'interessato²⁹. Il Regolamento non specifica in tal senso l'obbligo di una prova scritta per poter dimostrare la liceità del trattamento. È comunque palese che la forma scritta sia da preferire per avere maggior evidenza probatoria³⁰.

Infine, l'art. 7 par. 1 del GDPR precisa che l'interessato prima di procedere con l'apposizione del consenso, è informato circa la revocabilità dello stesso. Il soggetto interessato deve essere quindi informato della sua facoltà di revocare il consenso con la stessa facilità con cui è accordato. Ivi, inoltre, si specifica che l'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento³¹. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento effettuato sulla base del consenso prestato prima della revoca, perciò il trattamento precedente risulta essere comunque lecito, mentre il successivo diventa illecito³².

4. Collaborazione con le altre aziende di Facebook e operazioni globali. Il dato personale, valore sociale ed economico. Trasposizione dei dati all'estero e collocazione fisica dei datacenter di WhatsApp fuori dall'Unione Europea. Privacy Shield: la sentenza Schrems II

Come già affermato, il punto nodale del cd. caso WhatsApp riguarda la collaborazione che l'azienda effettuerà con le altre controllate del gruppo Facebook. I timori che scaturiscono da tale collaborazione

²⁹ Art. 7, par. 1, GDPR: «Qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali».

³⁰ F. DE STEFANI, *Le regole della privacy. Guida pratica al nuovo GDPR*. Hoepli, Milano, 2018, Cap. 4, consultato in formato digitale.

³¹ Sulla revoca, intesa come «atto ablativo degli effetti di un atto precedentemente caratterizzato dalla unilateralità, dalla provenienza dall'autore dell'atto revocato, dall'attuabilità in via stragiudiziale, dalla superfluità del sopraggiungere di circostanze o fatti nuovi», L. FERRI, *Revoca in generale (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, 198 ss.

³² F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale*, cit., 18.

riguardano la possibile creazione di un bacino informativo di ragguardevole imponenza che le aziende di Facebook andrebbero a generare. Le modalità di collaborazione, unitamente alle operazioni che WhatsApp definisce di «livello globale», possono essere individuate nella privacy policy e nelle FAQ ad essa correlate.

Da una prima analisi, la collaborazione tra WhatsApp e Facebook risulterebbe incentrata sull'utilizzo di infrastrutture, mezzi e servizi per permettere il potenziamento e l'espansione dell'applicazione. Le FAQ³³ indicano con specifica menzione, che i dati condivisi attraverso la piattaforma di messagistica non sono utilizzati per migliorare i prodotti o i servizi forniti da Facebook. Nonostante quanto indicato, le modalità di collaborazione prevedono comunque uno scambio di informazioni, seppur minime, tra le varie aziende del gruppo. Tali informazioni sono utilizzate per creare identificativi univoci al fine di valutare come e quali applicazioni, di proprietà del gruppo, vengano utilizzate dagli utenti. Il reperimento di questa tipologia di informazioni e il confronto con i dati in possesso di Facebook, anche se per il solo proposito di fornire i servizi, potrebbero portare ad una profilazione³⁴ dell'utente.

Quanto testé prospettato, deve essere necessariamente accostato ad alcuni elementi che consentano di individuare i motivi per cui l'attività di trattamento posta da WhatsApp crea rimostranze nei Garanti europei. Tali rimostranze sono individuabili in tre differenti elementi: nella qualificazione giuridica del trattamento dei dati quale attività pericolosa, nel valore socio-economico dei dati, nella trasposizione transfrontaliera dei dati personali.

Con riguardo al primo elemento, precedentemente all'avvento del GDPR e del D.lgs. del 10 agosto 2018, n. 101³⁵, il D.lgs. 30 giugno 2003, n.196 cd. Codice Privacy prevedeva l'applicazione dell'art 2050 c.c. ovvero la responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa, per i danni cagionati attraverso il trattamento dei dati. Successivamente l'articolo di

³³ FAQ di WhatsApp, *Come collaboriamo con le altre aziende di Facebook*. Consultabile presso: <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/how-we-work-with-the-facebook-companies>

³⁴ L'art. 4 del GDPR identifica nella profilazione qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali, consistente nell'utilizzo di tali dati per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, tra cui le preferenze personali e il comportamento.

³⁵ Il D.lgs. del 10 agosto 2018, n. 101 è il decreto attraverso il quale è avvenuto l'adeguamento del Codice Privacy al GDPR.

riferimento, ossia l'art. 15³⁶, è stato abrogato, per cui non è più presente un richiamo esplicito all'art. 2050 c.c. Tale abrogazione risulta consequenziale all'emanazione del GDPR, in quanto lo stesso Regolamento inserisce all'interno dell'art. 82 parametri più precisi nell'individuare i profili di responsabilità, garantendo un adeguato diritto al risarcimento in caso di danni³⁷.

L'identificazione del trattamento quale attività pericolosa può essere considerata come una conseguenza del valore sociale ed economico che il dato personale ha acquisito nel corso del tempo, come evidenziato da recente giurisprudenza. Secondo il TAR del Lazio da un punto di vista economico e contrattuale, i dati personali possono essere parificati ad un «asset negoziale» economicamente apprezzabile, perciò secondo tale impostazione l'utilizzo, ad esempio, di un social network o il download di un'applicazione potrebbe essere considerato come una controprestazione di matrice contrattuale³⁸. Con riguardo invece all'aspetto sociale, il dato

³⁶ Art.15 D.lgs. 196/2003 antecedente al D.lgs. n. 101/2018: «Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del Codice civile.»

³⁷ L'art. 82 stabilisce che il titolare del trattamento è responsabile per la violazione delle disposizioni presenti nel GDPR. Di contro, il responsabile risponderà delle violazioni relative alle mansioni a lui affidate dal GDPR ovvero comportamenti contrari alle istruzioni fornite dal titolare del trattamento. Altresì è prevista la responsabilità solidale tra più titolari e responsabili. Con la possibilità, in caso di pagamento di una delle parti, per tutte le altre, di rivalersi per le somme dovute. Il danno causato da una violazione delle norme presenti nel regolamento, verso cui può essere richiesto un risarcimento, può essere sia materiale che immateriale e deve essere necessariamente richiesto con azioni presso l'autorità giudiziaria. Solo in tale sede, con le modalità semplificate del rito del lavoro, l'interessato può vedersi riconoscere il risarcimento, in quanto in sede amministrativa può ottenere solo una limitazione o un divieto al trattamento. Una particolarità relativa alla responsabilità per violazione delle norme del Regolamento è rintracciabile nell'inversione dell'onere probatorio, prevista dal terzo punto dell'art. 82, in virtù del quale il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2, se dimostra che l'evento dannoso non gli sia in alcun modo imputabile.

³⁸ TAR Lazio Sez. I Sentenza n.261, gennaio 2020: «Le tesi di parte ricorrente presuppongono che l'unica tutela del dato personale sia quella rinvenibile nella sua accezione di diritto fondamentale dell'individuo, e per tale motivo F. era tenuta esclusivamente al corretto trattamento dei dati dell'utente ai fini dell'iscrizione e dell'utilizzo del "social network". Tuttavia, tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "asset" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto».

personale, soprattutto di tipo particolare³⁹, risulterebbe meritevole di tutela in quanto ad essi sono ricollegati diritti e libertà fondamentali che potrebbero essere posti a serio rischio in sede di trattamento, come descritto nel Considerando n. 51 del Regolamento.

La sensibilità delle attività di trattamento dati e il valore che il dato personale possiede, richiedono necessariamente una tutela adeguata degli stessi, relazionata al contesto territoriale in cui questi vengono utilizzati dopo la loro acquisizione. Tale necessità si rafforza quando i dati lasciano i territori europei tutelati dal GDPR. In tal senso, il Regolamento pone un netto cambiamento rispetto alla Direttiva 95/46/CE nella tutela dei dati esportati e importati dall'Unione. Infatti, mentre la Direttiva riteneva episodi singoli e sporadici l'importazione e l'esportazione dei dati oltre confini, il Regolamento invece li considera come dei flussi derivanti dal commercio e dalla cooperazione internazionale e per cui facenti parte di una realtà globalizzata⁴⁰.

Nel caso di WhatsApp i dati vengono spesso esportati verso gli Stati Uniti come conseguenza delle «Operazioni globali» intraprese dall'azienda, il tutto avvalendosi degli strumenti di Facebook⁴¹. In particolare, è necessario menzionare come i datacenter del gruppo siano fisicamente collocati fuori dall'Unione, rendendo perciò materialmente improbabile il trattamento all'interno della stessa.

Il transito dei dati fuori dall'Europa rappresenta con riguardo a WhatsApp un problema principalmente di natura legale, oltre che fulcro principale delle problematiche emerse con la nuova privacy policy. Infatti, con la sentenza della Corte di Giustizia Europea relativa al processo C-311/18 (cd. Schrems II) e avversa a Facebook Ireland e Maximilian Schrems, è stato dichiarato invalido il Privacy Shield.

Il Privacy Shield è un accordo UE-Stati Uniti introdotto attraverso la Decisione 2016/1250 della Commissione Europea a seguito dell'abolizione post sentenza C-362/14 del «Safe Harbor», ovvero, l'accordo tra Unione Europea e Stati Uniti che consentiva alle imprese americane di conservare i dati personali degli utenti europei sia in Europa e sia negli Stati Uniti. Il

Sentenza riguardante un provvedimento dell'AGCM avverso F. inc e F.I. ltd.

³⁹ I dati particolari sostituiscono la categoria dei cd. dati sensibili. Introdotti dall'art. 9 del GDPR includono: opinione politica, religiosa, sindacale, origine etnica, orientamento sessuale, dati biometrici, genetici e relativi alla salute.

⁴⁰ F. PIZZETTI, *Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, Torino, 2018, 76-78.

⁴¹ «WhatsApp utilizza l'infrastruttura globale e i data center di Facebook, inclusi quelli negli Stati Uniti» in *Operazione globali*. Consultabile presso: <https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy-eea>.

1/2021

Privacy Shield prevedeva l'introduzione di una serie di principi⁴² relativi alla trasparenza, alla gestione e alla vigilanza dei dati personali importati ed esportati tra Europa e Stati Uniti. L'abolizione del Privacy Shield avvenuto attraverso la sentenza Schrems II è espressione di uno scontro di forza tra i Big Tech e i giudici comunitari. Nella sua analisi, la Corte ha individuato nella normativa interna degli Stati Uniti alcuni programmi che consentono alle autorità di accedere ai dati personali trasferiti e importati dall'Unione. Secondo la Corte, l'accesso ai dati da parte delle autorità, oltre alla mancanza di strumenti giudiziari esperibili verso le stesse, comporterebbe limitazioni alla protezione dei dati personali, per cui le norme statunitensi non risulterebbero, nei requisiti, equivalenti alle regole dell'Unione⁴³.

Questo secondo la Corte renderebbe il trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti pericoloso, in quanto non vi sarebbe equivalenza con la qualità delle norme poste dal GDPR.

Sempre con riguardo alle operazioni globali di WhatsApp merita menzione la citazione nell'informativa dell'utilizzo delle clausole contrattuali standard, utilizzate dall'azienda per il trasferimento dei dati dallo Spazio economico europeo (SEE). Tali clausole introdotte dall'art. 46 del Regolamento, prevedono, secondo il Considerando n.108, la presenza di garanzie che dovrebbero assicurare un rispetto dei requisiti in materia di protezione dei dati e dei diritti degli interessati adeguato ai trattamenti all'interno dell'Unione. Inoltre, dovrebbe essere presente la disponibilità di diritti azionabili dagli interessati unitamente a mezzi di ricorso effettivi, fra cui il ricorso amministrativo o giudiziale oltre alla richiesta di

⁴² Tra cui rientrano: principio sull'informativa, principio sull'integrità dei dati e la limitazione delle finalità, principio di scelta, principio di sicurezza, accesso e ricorso oltre un controllo sulle responsabilità.

⁴³ C-673/17 Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems: «In base alle constatazioni contenute nella decisione «scudo per la privacy», è vero che i programmi di sorveglianza fondati sull'articolo 702 del FISA devono essere attuati nel rispetto dei requisiti risultanti dalla PPD-28. Tuttavia, sebbene la Commissione abbia sottolineato, ai punti 69 e 77 della decisione «scudo per la privacy», che siffatti requisiti sono vincolanti per i servizi di intelligence statunitensi, il governo degli Stati Uniti ha ammesso, in risposta ad un quesito della Corte, che la PPD-28 non conferisce agli interessati diritti nei confronti delle autorità statunitensi azionabili dinanzi ai giudici. Pertanto, essa non è idonea a garantire un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello risultante dalla Carta, contrariamente a quanto richiesto dall'articolo 45, paragrafo 2, lettera a), del RGPD, secondo il quale la constatazione di tale livello dipende, in particolare, dall'esistenza dei diritti effettivi e azionabili di cui godono le persone i cui dati sono stati trasferiti verso il paese terzo di cui trattasi».

risarcimento, nell'Unione o in un Paese terzo. Quanto affermato, delinea un'estensione delle garanzie proprie dello SEE alle attività di trattamento poste da organismi e autorità pubbliche di Paesi terzi⁴⁴. Tale estensione, se relazionata alla sentenza Schrems II, dovrebbe necessariamente portare ad una rivalutazione degli strumenti di adeguatezza posti da WhatsApp a garanzia dei dati esportati all'estero, valutando le ulteriori alternative alle clausole standard proposte ed elencate dall'art. 46.

Gli eventi descritti mostrano come gli interventi del Garante e della Corte di Giustizia Europea siano considerabili come diretta espressione dei nuovi parametri introdotti dal Regolamento 2016/679. Tale imposizione può essere considerata come una prova di maturità a dimostrazione che il cambiamento apportato dal GDPR è stato quantomeno necessario per mitigare le lacune presenti nella precedente Direttiva 95/46/CE.

In conclusione, l'analisi fin qui proposta permette di individuare alcune delle criticità emerse. Innanzitutto, appare evidente, nonostante gli interventi dei garanti europei e della giurisprudenza, la difficoltà dei vari soggetti attivi coinvolti nel trattamento dei dati alla stesura di policy di semplice fruizione. Con troppa frequenza i titolari presentano agli interessati privacy policy esageratamente complesse, generiche e spesso contraddittorie, le quali si affiancano in molti casi ad una mancata frammentazione delle varie tipologie di consenso, portando così ad un'unica manifestazione di volontà utilizzata per ogni tipo di attività. Tale condotta è conseguenza dell'introduzione del principio di accountability all'interno della normativa privacy; principio che impone al titolare una gestione responsabile del trattamento, effettuata attraverso l'adozione di un piano che permetta di adottare politiche adatte a trattare i dati raccolti, in base alla finalità e al contesto da cui questi vengono estrapolati. Si ha perciò un passaggio da un modello di trattamento statico tipico dei parametri della Direttiva 95/46/CE, in cui la semplice adesione ai parametri posti dalla legge è sufficiente a rendere un trattamento dati lecito, ad un modello «proattivo»⁴⁵, dove il titolare è vincolato dai principi stabiliti dal Regolamento e dal piano da questi predisposto, in base ai criteri di privacy by default/by design e al rischio connesso all'attività di trattamento. Per cui la frequente difficoltà o la mancata e colpevole volontà di indicare con chiarezza tutti gli elementi presenti nella privacy policy sono conseguenza di tale impostazione introdotta dal GDPR.

⁴⁴ F. PIZZETTI, *Il Regolamento europeo 2016/679*. cit., 82-84

⁴⁵ F. DI RESTA, *La nuova "Privacy Europea"*, Giappichelli, Torino, 2018, 124-125.

Comunque, nonostante i rischi che tale impostazione presenta, l'infinità dei settori che richiedono l'utilizzo di dati e di conseguenza la loro gestione, rendono tale modello maggiormente idoneo allo scopo, in quanto affidarsi ad uno strumento dinamico basato su principi generali rispetto ad uno strumento statico, come può esserlo un apparato normativo di settore, rende più agevole la creazione di policy adattabili ai diversi contesti di trattamento. Non solo, il passaggio ad un modello dinamico permette di effettuare un alleggerimento del carico di lavoro in capo al Garante, il quale potrà eventualmente intervenire in un secondo momento.

Ulteriori spunti di riflessione sono ravvisabili nell'attività di trasposizione dei dati verso gli Stati Uniti. Alla luce delle sentenze Schrems il trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti appare inidoneo se effettuato con i parametri previsti in precedenza dal Privacy Shield. Non a caso un primo passo, successivo all'emanazione delle citate sentenze, è stato effettuato dalla Data Protection Commission irlandese (DPC). La DPC è stata tra le prime autorità europee ad ingiungere Facebook per il trasferimento di dati all'estero, non solo in quanto Lead Supervisory Authority chiamata in causa nei menzionati processi, ma soprattutto in veste di autorità del Paese europeo in cui è presente la sede legale di Facebook. L'ingiunzione di Facebook da parte della DPC e riguardante il blocco al trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti, mette in risalto il problema relativo alla mancanza di server e data center in cui processare i dati del gruppo all'interno dell'area Schengen. La collocazione dei data center all'interno dell'Unione garantirebbe la collocazione fisica dei dati processati in Europa, permettendo un diretto controllo da parte delle autorità e dei garanti europei.

Inoltre, un altro aspetto da considerare è l'utilizzo da parte di WhatsApp delle clausole contrattuali standard, volte a garantire l'idoneità del trattamento dei dati da questa effettuato. Tali clausole nonostante siano state ritenute idonee dalla della Corte di Giustizia Europea, al fine di garantire un corretto trattamento transfrontaliero, non possono assolvere ai medesimi compiti di un accordo similare al Privacy Shield. Ciò è ovviamente desumibile, come anche rilevato dalla Corte, dalla natura contrattuale di tali clausole che non vincolano il Paese terzo verso cui i dati vengono trasferiti a rispettarle. Perciò, in ossequio ai parametri di equivalenza sostanziale relativi alle garanzie di cui all'art. 46 del GDPR, andrebbe individuato un ulteriore strumento, differente dalle clausole

contrattuali standard, idoneo a tutelare i dati oggetto di trattamento transfrontaliero su vasta scala come nel caso preso in esame.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

MARIA LAURA GUARNIERI

Sulla nozione di titolo esecutivo europeo

ABSTRACT - In civil and commercial matters we can count on a European judicial system where judgments don't need for a declaration of enforceability and can be enforced under the same conditions as a judgement handed down in the member State of enforcement. As is known this effect belongs to the enforcement order for uncontested claims, to the European order for payment, to judgement given in small claims procedure, but also to judgments enforced according to reg. n. 1215/2012. The present paper examines the necessary conditions of this effect and together the situations in which this effect changes or runs out. Starting from the analysis of this effect, the purpose of the study is to propose a concept of European enforcement order which is able to overcome the differences between the European instruments and to involve them in a uniform type.

KEYWORDS - enforcement of judgements - European enforcement order - European order for payment - judgements given in small claims procedure - civil and commercial matters.

MARIA LAURA GUARNIERI*

Sulla nozione di titolo esecutivo europeo**

SOMMARIO: 1. Premessa sistematica - 2. I titoli esecutivi europei certificati a norma del reg. n. 805/2004 - 3. I titoli esecutivi europei certificati a norma del reg. n. 1215/2012 - 4. I modelli speciali di titolo esecutivo europeo nei regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007 - 5. Il titolo esecutivo europeo come categoria composita alla quale afferiscono i titoli esecutivi di diritto interno naturalizzati europei ed i titoli esecutivi europei naturali - 6. Necessità di individuare una nozione unitaria di titolo esecutivo europeo, quantomeno sotto il profilo funzionale - 7. Il titolo esecutivo europeo come fonte di un diritto processuale all'esecuzione transfrontaliera dalla fattispecie complessa - 8. Segue: I fattori impedienti l'esecuzione transfrontaliera e l'efficacia preclusiva del titolo esecutivo europeo - 9. I titoli esecutivi europei come titoli ontologicamente complessi - 10. Il trattamento processuale del titolo esecutivo europeo che riceve attuazione nell'ordinamento italiano - 11. Conclusioni.

1. Premessa sistematica.

Il concetto di titolo esecutivo notoriamente rimanda ad un atto che documenta l'esistenza di un diritto di credito suscettibile di realizzazione coattiva secondo le norme del Libro III del codice di procedura civile¹. L'effetto processuale che ne scaturisce è l'astratta legittimazione all'esercizio dell'azione esecutiva sul territorio dello Stato, fino a contestazione². In altri termini, chi agisce in forza di un titolo esecutivo non ha l'onere di dedurre la vicenda sostanziale che ha determinato la formazione del titolo, né l'onere di far accertare l'esistenza del diritto all'esecuzione forzata. Eventuali fatti impeditivi, estintivi, o modificativi del diritto di procedere ad esecuzione forzata dovranno essere dedotti dal debitore mediante opposizione³. Il titolo esecutivo costituisce, dunque, il

* Docente di Diritto dell'arbitrato interno ed internazionale presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Sul titolo esecutivo la letteratura nazionale è vasta. *Ex multis*: R. VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in A. PROTO PISANI (diretta da), *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Torino, 1993, 9 e ss.; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955; F. CARNELUTTI, *Titolo esecutivo*, in *Riv. proc. civ.*, 1931, I, 313, ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963; G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale*, I, Roma, 1930, 37 ss.

² Sull'astrattezza dell'azione esecutiva si v. per tutti R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esc. forz.*, 2007, 14, richiamato da B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione civile*, 2020, Torino, 167, 422 ss.

³ B. CAPPONI, *ivi*, 167.

presupposto necessario e sufficiente per conseguire l'esatto adempimento dell'obbligazione⁴, la fattispecie da cui sola nasce la pretesa alla tutela esecutiva nei confronti degli organi giurisdizionali⁵.

Quando si accosta l'aggettivo "europeo", la nozione di titolo esecutivo si arricchisce di ulteriori contenuti: ci troviamo di fronte ad un atto che si presta all'attuazione oltre i confini dell'ordinamento in cui si è formato, idoneo a legittimare automaticamente l'esercizio dell'azione esecutiva in qualunque Stato membro⁶.

Il titolo esecutivo europeo mutua la propria vocazione transnazionale dai diritti che incorpora, i c.d. crediti a carattere transfrontaliero. Per comprendere l'esatta portata dell'istituto al quale ci stiamo affacciando è utile precisare preliminarmente il significato delle situazioni sostanziali che ne sono alla base.

Concetto dinamico e multiforme, il credito transfrontaliero emerge dalle relazioni civili e commerciali che si instaurano tra i cittadini comunitari nell'esercizio delle quattro libertà di circolazione⁷. Esso può far capo ad una situazione obbligatoria che presenta sin dall'origine una

⁴ A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2019, 30 ss.

⁵ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo esecutivo*, Milano, 2019, 20 ss.

⁶ Come spiega V. POZZI, *Titolo esecutivo europeo*, in *Annali*, I, 2007, § 1, europeo è innanzitutto il titolo che trova la propria fonte nell'ordinamento comunitario. In questa accezione si possono richiamare i titoli esecutivi previsti nei Trattati, come le sentenze di condanna e le altre ordinanze esecutive rese dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado, le decisioni della Commissione, del Consiglio e della Banca centrale europea che contengono obbligazioni pecuniarie. In una seconda accezione, «europeo» è il titolo di carattere nazionale che abbia una speciale attitudine a circolare liberamente tra gli Stati membri con immediata efficacia esecutiva. È in questo secondo e diverso significato che il titolo esecutivo europeo viene preso in considerazione nel presente lavoro.

⁷ La nozione di credito transfrontaliero viene elaborata nel testo a partire dalla nozione di controversia transfrontaliera fornita dal legislatore europeo. Essa viene definita come «rapporto giudiziale» in cui almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello dell'organo giurisdizionale adito (cfr. art. 3, par. 1, reg. n. 1896/2006 ed il corrispondente art. 3, par. 1, reg. n. 861/2007). Una definizione di controversia transfrontaliera è presente con quale differenza anche nel reg. n. 655/2014 istitutivo del sequestro conservativo europeo di averi bancari. La natura della lite viene qui determinata in ragione dei luoghi in cui si trova il conto bancario da sequestrare, ma rimanda comunque a fattispecie che presentano punti di contatto con più ordinamenti, anche in ragione del domicilio delle parti. Più precisamente, ai sensi dell'art. 3, par. 1 del citato regolamento «un caso è transnazionale se il conto bancario o i conti bancari su cui si intende effettuare il sequestro mediante l'ordinanza di sequestro conservativo sono tenuti in uno Stato membro che non sia: a) lo Stato membro dell'autorità giudiziaria presso cui è stata presentata la domanda di ordinanza di sequestro conservativo conformemente all'articolo 6; o b) lo Stato membro in cui il creditore è domiciliato».

connotazione internazionale, allorché venga in rilievo tra parti dislocate in Stati membri diversi. Può altresì ricondursi ad un rapporto che pur non coinvolgendo parti di Stati membri differenti assume carattere transnazionale nella fase patologica, quando ad esempio, a seguito dell'inadempimento il debitore si stabilisca all'estero, o detenga all'estero beni pignorabili⁸.

Ora per il domicilio delle parti, ora per i luoghi in cui l'obbligazione è sorta o deve essere coattivamente eseguita, anche il titolo esecutivo che incorpora un credito transfrontaliero presenta elementi di contatto con più ordinamenti: a volte si forma nello Stato membro dell'obbligato dove poi viene portato ad attuazione⁹; altre volte è confezionato nell'ordinamento comune ad entrambe le parti, ma riceve esecuzione in un altro Stato membro; altre volte ancora viene in rilievo nel paese del creditore per essere poi eseguito nei luoghi del debitore¹⁰. Trascende, insomma, la dimensione locale alla quale appartengono i soggetti del rapporto obbligatorio, per assurgere al rango di titolo esecutivo transfrontaliero, se così possiamo dire.

Ne sono un esempio il *Manoherfarhen*¹¹ emesso in Germania tra un creditore tedesco e un debitore italiano, destinato a ricevere attuazione nel nostro paese, dove si presume siano collocati i beni da pignorare; la sentenza di condanna pronunciata dal *Tribunal de grande instance*¹² in favore di un cittadino spagnolo nei confronti di un convenuto francese; l'atto pubblico stipulato nell'ordinamento di residenza dei contraenti ed eseguito in quello dove è situato il conto corrente del debitore.

In un recente passato la tutela giurisdizionale di siffatte situazioni sostanziali era interamente affidata alla legislazione processuale degli Stati coinvolti nella formazione e nell'attuazione del titolo esecutivo. Il creditore che non aveva la disponibilità di un titolo era spesso costretto a spostarsi in un'altra giurisdizione per far accertare, secondo la *lex fori*, l'esistenza del

⁸ Questa seconda declinazione è tipica dei crediti potenzialmente transfrontalieri. Cfr. sul punto G. PORCELLI, *Ingiunzione di pagamento europea e "mercato interno": un concetto da riformare?*, in A. CARRATA (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007, 114.

⁹ Lo impone l'art. 4, reg. n. 1215/2012 che individua il giudice competente a decidere nel merito un'azione di condanna nelle autorità dello Stato membro in cui ha domicilio il convenuto.

¹⁰ Ciò diventa possibile quando, ad esempio, un criterio di collegamento consente al creditore di intraprendere l'azione di accertamento all'interno del proprio ordinamento (cfr. art. 7, reg. n. 1215/2012). Sul punto v. *infra*.

¹¹ Il rimedio, simile al decreto ingiuntivo italiano, è disciplinato dagli artt. 688 ZPO tedesco.

¹² Si tratta dell'autorità giurisdizionale che in Francia è competente a conoscere le liti di valore superiore a 10.000 €.

proprio diritto¹³. Viceversa, il creditore che lo avesse ottenuto nel proprio ordinamento ed intendesse eseguirlo all'estero sopportava il filtro della procedura di *exequatur* nello Stato richiesto. Qui il titolo esecutivo poteva dispiegare esecutività e fondare legittimamente l'esecuzione forzata nella misura in cui le autorità competenti ne autorizzassero, ora con portata costitutiva¹⁴, ora con portata dichiarativa¹⁵, la produzione di effetti sul territorio nazionale.

Con l'avvento del titolo esecutivo europeo (*rectius*: dei titoli esecutivi europei) la tutela dei crediti transfrontalieri acquista connotati innovativi. Tra i paesi membri si instaura un regime di libera circolazione in cui i titoli esecutivi si muovono oltre le frontiere nazionali senza procedure intermedie e trovano attuazione in modo automatico, alla stregua di titoli esecutivi di diritto interno¹⁶.

L'innovazione si deve ai seguenti regolamenti: il reg. n. 805/2004 che istituisce il (certificato di) titolo esecutivo europeo per crediti non contestati¹⁷, il reg. n. 1896/2006 che introduce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento¹⁸, il reg. n. 861/2007 che disciplina il procedimento europeo per le controversie di modesta entità¹⁹, e il reg. n.

¹³ Le norme europee sulla competenza giurisdizionale attribuiscono il potere di decidere le controversie transfrontaliere alle autorità dello Stato membro in cui il convenuto ha stabilito il proprio domicilio. Di conseguenza, in mancanza di un criterio di collegamento che consenta al creditore di agganciare l'azione di accertamento del credito al proprio ordinamento, egli è costretto a conseguire il titolo esecutivo nella realtà giuridica del debitore convenuto (cfr. l'art. 4, reg. n. 1215/2012).

¹⁴ Cfr. Conv. di Bruxelles del 1968.

¹⁵ Cfr. reg. n. 44/2001.

¹⁶ Ci si riferisce non solo all'efficacia esecutiva, ma anche all'efficacia di giudicato. È evidente, infatti, che il tema trattato si inserisce nella più ampia questione attinente alla rilevanza nell'ordinamento interno dei provvedimenti giurisdizionali pronunciati all'estero, da considerarsi nella loro complessità, come provvedimenti dai quali possono scaturire effetti condannatori, dichiarativi e costitutivi.

¹⁷ Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati, in *G.U.*, L 143 del 30.4.2004, 15 ss.

¹⁸ Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *G. U.*, L 399 del 30.12.2006, 1 ss.

¹⁹ Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *G.U.*, L 199 del 31.7.2007, 1 ss.

1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale²⁰.

A ben vedere i citati regolamenti semplificano (e via via aboliscono) il meccanismo di *exequatur* che fa capo al reg. 44/2001 (c.d. Bruxelles I), gli uni europeizzando gli effetti dei titoli nazionali (reg. n. 805/2004 e reg. n. 1217/2012), gli altri europeizzando le procedure per la formazione del titolo esecutivo (reg. n. 1896/2006 e reg. n. 861/2007)²¹. Non adottano una definizione di titolo esecutivo europeo, né forniscono un catalogo che ci consenta di individuare i titoli idonei a fondare l'esecuzione forzata transfrontaliera. Eppure la nozione di titolo esecutivo europeo è immanente nel sistema di esecuzione e riconoscimento che ne deriva e necessita di essere esternata.

Attraverso un rapido esame della legislazione sovranazionale che ha dato corpo al regime automatico di esecuzione e riconoscimento attualmente in vigore nella materia civile e commerciale, sarà possibile capire come viene in rilievo il concetto di titolo esecutivo europeo, quando un titolo esecutivo può definirsi tale e a quali condizioni è possibile che un titolo esecutivo circoli liberamente sul territorio europeo senza che sia necessario autorizzarne l'efficacia nello Stato richiesto²².

²⁰ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.*, L 351 del 20.12.2012, 1 ss.

²¹ L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 24 s., esprime in questi termini gli effetti dei nuovi regolamenti sul tradizionale sistema di esecuzione e riconoscimento.

²² L'indagine sarà limitata ad un esame dei titoli esecutivi riconducibili alla «materia civile e commerciale» nell'accezione fatta propria dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione della Convenzione di Bruxelles, ad esclusione delle decisioni che ricadono nel campo fiscale, doganale, amministrativo e che riguardano la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri. Rimangono fuori dalla presente indagine anche i titoli esecutivi sorti nei rapporti relativi allo stato e alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale fra coniugi ed ai regimi assimilati, ai fallimenti, ai concordati e alle procedure affini, alla sicurezza sociale, all'arbitrato; del pari restano esclusi i titoli che incorporano crediti alimentari derivanti da rapporti di famiglia, parentela, matrimonio o affinità, nonché quelli nascenti da testamento e, più in generale, quelli afferenti alle successioni, comprese le obbligazioni *mortis causa*. Si tratta di titoli esecutivi che fuoriescono dall'ambito applicativo *ratione materiae* dei citati regolamenti, la cui circolazione non è regolata in modo uniforme o è disciplinata da altri strumenti di cooperazione giudiziaria secondo meccanismi di esecuzione e riconoscimento differenti. I titoli che si ritiene non possano essere ricompresi nella nozione di titolo esecutivo europeo sono i seguenti: le decisioni rese in materia di obbligazioni alimentari, attratte nell'orbita del reg. n. 4/2009; le decisioni e gli atti pubblici in materia di successioni, confluiti nel

Obiettivo ultimo del presente saggio è quello di elaborare una nozione di titolo esecutivo europeo capace di trascendere le sfaccettature degli atti e dei provvedimenti che compongono la categoria, ma soprattutto di dare fondamento unitario al diritto all'esecuzione forzata che oggi completa il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, sia sul piano interno che sul più vasto piano sovranazionale.

2. I titoli esecutivi europei certificati a norma del reg. n. 805/2004.

L'espressione titolo esecutivo europeo è stata impiegata per la prima volta dal reg. n. 805/2004 per designare il certificato che accompagna le decisioni, le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici relativi a crediti pecuniari non contestati²³, che a determinate condizioni possono ricevere attuazione oltre i confini dello Stato in cui si formano, *senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al [loro] riconoscimento* (art. 5, reg. n. 805/2004). In realtà non siamo ancora in

sistema delineato dal reg. n. 650/2012 istitutivo del certificato successorio europeo; le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, i cui effetti circolano secondo le disposizioni del reg. n. 1111/2019, nonché le decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e le decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, che ricevono esecuzione nello spazio giudiziario europeo rispettivamente secondo le disposizioni dei regolamenti n. 1103/2016 e n. 1104/2016.

²³ La letteratura sul certificato di titolo esecutivo europeo è ormai vastissima. Tra i saggi sul tema si v. quantomeno: N. BOSCHIERO, *The forthcoming european enforcement order. Towards a European Law-Enforcement Area*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, 2, 394 ss.; F. CARPI, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 688 ss.; A. CARRATTA, *Titolo esecutivo europeo, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, 2006, 1 ss.; P. DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili quali titoli esecutivi europei nell'ordinamento italiano*, in *Foro It.*, 2006, V, 103 ss.; ID., *Atti pubblici e transazioni certificabili quali titoli esecutivi europei*, in *Foro It.*, 2006, V, 229 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'L lis.*, 2004, 141 ss.; M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *NLCC*, 1-2/2005, 3 ss.; L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 1, 23 ss.; M.A. LUPOI, *Dei crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *www.judicium.it*; V. POZZI, *Titolo esecutivo europeo*, in *Enc. Dir.*, Annali I, 2007; A. M. ROMITO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 1, 119 ss.; Per la dottrina straniera si segnalano: L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Rev. crit. DIP*, janvier-mars 2006, 1 ss.; F. FERRAND, *Titre exécutoire européen*, in *Enc. Jur. Dalloz, Répertoire de procédure civile*, janvier 2006, 1 ss.; E. JEULAND, *Le titre exécutoire européen: un château en Espagne?*, in *Gazette du Palais*, mai-juin 2005, 1634 ss.

presenza di un titolo di derivazione eurounitaria, ma di un formulario standardizzato che saldandosi al titolo nazionale assicura l'esportazione automatica dell'atto e della sua forza esecutiva in qualunque ordinamento il creditore intenda avviare l'espropriazione²⁴.

A norma dell'art. 20, reg. n. 805/2004 il titolo straniero munito del certificato di esecutività europea è equiparato ad un titolo nazionale ed è *eseguito alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro di esecuzione*²⁵.

L'effetto processuale descritto si produce all'esito di un giudizio che ha luogo davanti alle autorità che hanno emesso il titolo esecutivo, le quali sono chiamate a verificare che il provvedimento o l'atto da certificare sia idoneo a legittimare un'esecuzione transfrontaliera. Non è questa la sede per approfondire gli aspetti processuali dell'indagine condotta dal giudice dello Stato d'origine²⁶. Ai nostri fini è sufficiente prendere in considerazione gli elementi costitutivi del diritto di procedere ad esecuzione transfrontaliera, sui quali si concentra l'attenzione dell'autorità emittente.

I presupposti dell'esecuzione transfrontaliera variano a seconda della natura del titolo da certificare. Se il creditore dispone di una transazione giudiziaria o di un atto pubblico, sarà sufficiente che il credito pecuniario rappresentato dal titolo appartenga alla materia civile e commerciale e che

²⁴ Così definisce il titolo esecutivo europeo nell'ambito del reg. n. 805/2004, L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, cit., 4.

²⁵ La stessa formula è rinvenibile anche all'interno degli altri regolamenti oggetto di indagine e designa l'efficacia degli altri titoli esecutivi europei conati dal legislatore comunitario (cfr. art. 20, par. 1, reg. n. 805/2004; art. 21, par. 1, reg. n. 1896/2006; art. 20, par. 1, reg. n. 861/2007; art. 41, 1, reg. n. 1215/2012). Sul punto v. *infra*.

²⁶ Sebbene non sia questa la sede idonea a fare dovuti approfondimenti sul punto, è d'obbligo precisare che l'attività di certificazione costituisce esercizio di attività giurisdizionale vera e propria. In questa direzione si sono espressi: Trib. Novara, 23 maggio 2012, in *Guida al diritto*, 2012, 36, 80, con nota di DEL ROSSO; Corte di Giustizia (UE), sentenza n. 511 del 16 giugno 2016, in *Guida al diritto*, 2016, 28, 30; Corte di Giustizia (UE), sez. IV, n. 300 del 17 dicembre 2015, in *Guida al diritto*, 2016, 4, 96, con nota di CASTELLANETA. Di avviso inizialmente contrario M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, cit., 36, che qualifica la certificazione come mera «rappresentazione documentale» degli elementi alla cui ricorrenza il regolamento collega l'abolizione dell'*exequatur*. Sulle verifiche che conduce l'autorità competente all'emissione del certificato e sulla natura del procedimento di certificazione si rinvia a M. FARINA, *Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il Regolamento n. 805/2004*, in *Aula Civile*, 2019, 11, 40 ss.

L'atto sia esecutivo sul piano interno²⁷. Se invece il creditore intende eseguire all'estero una decisione giudiziaria gli elementi costitutivi del diritto di procedere ad esecuzione forzata transfrontaliera si fanno più articolati. Essi sono individuati negli artt. 6 ss. del reg. n. 805/2004 e consistono in un complesso di *standard* processuali il cui rispetto nell'ambito dei procedimenti nazionali è prova del fatto che la mancata contestazione del credito da parte dell'obbligato è frutto di una scelta informata e non la violazione del diritto di difesa. Più precisamente, all'interno dello Stato d'origine si tratterà di verificare che la decisione da certificare sia esecutiva e che non abbia violato i titoli uniformi di giurisdizione vigenti nello spazio giudiziario europeo, che il debitore abbia avuto conoscenza in tempo utile ed in modo tale da potersi difendere dell'esistenza dell'azione giudiziaria promossa nei suoi confronti, che sia stato informato della possibilità di contestare il credito e delle conseguenze della non contestazione, e che l'ordinamento processuale dello Stato d'origine contempli la possibilità di ottenere un riesame della decisione per l'ipotesi che si siano verificate gravi violazioni del contraddittorio²⁸.

Per questa via il titolo esecutivo nazionale, fondato su un credito incontestato, è investito di un'efficacia transfrontaliera uniforme ed incondizionata, che non può essere scalfita nello Stato ricevente, neanche per far valere la contrarietà dell'atto all'ordine pubblico²⁹.

Quello che si delinea, tuttavia, è un effetto processuale provvisorio³⁰, in quanto il debitore che riscontri la mancanza dei presupposti della certificazione può contestare la fattispecie costitutiva del diritto di procedere ad esecuzione transfrontaliera e chiedere alle autorità emittenti

²⁷ Cfr. art. 24 e 25, reg. n. 805/2004. Ciò si spiega in quanto l'espreso riconoscimento della pretesa costituisce il contenuto naturale tanto dell'atto pubblico, tanto della transazione giudiziaria. G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 2, afferma in proposito che il requisito della non contestazione è *in re ipsa* per le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici.

²⁸ Come spiega M. FARINA, *Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo*, cit., 54, il certificato di titolo esecutivo europeo costituisce una rappresentazione documentale dell'avvenuto accertamento dei requisiti di cui all'art. 6, reg. n. 805/2004.

²⁹ In definitiva, si ammette la soppressione dell'*exequatur* nella misura in cui il debitore abbia assunto un comportamento inerte nel corso del processo, tale da precludergli una nuova occasione di opposizione nello Stato *ad quem* (V. POZZI, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 3).

³⁰ Così definisce l'effetto processuale che consegue all'emissione del certificato M. FARINA, *op. ult. cit.*, 51.

la revoca dell'attestato di titolo esecutivo europeo a norma dell'art. 10, reg. n. 805/2004³¹.

Il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo, in altri termini, legittima l'azione esecutiva transfrontaliera solo astrattamente e fino a contestazione³²: in questo quadro il creditore munito del certificato al momento dell'esecuzione nello Stato richiesto non ha l'onere di far accertare l'efficacia europea del titolo da eseguire; gli organi esecutivi dello Stato richiesto, dal loro canto, hanno il dovere di attivarsi per fornire tutela esecutiva al diritto documentato nel certificato, salva una reazione dell'esecutato che porti ad accertare l'inefficacia del titolo esecutivo europeo, o meglio, l'inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata transfrontaliera³³.

Dai rapidi cenni al meccanismo di certificazione è evidente che il reg. n. 805/2004 non abbia istituito un titolo esecutivo di formazione europea. Il Regolamento non introduce neppure una nozione uniforme di titolo esecutivo³⁴, ma ne tratteggia il prototipo, ne individua l'essenza, poiché restituisce all'interprete il nucleo duro della forza esecutiva europea. Tale virtù può essere rintracciata nell'attitudine a fondare l'espropriazione forzata in un ordinamento diverso da quello in cui il titolo viene ad esistenza, senza che sia necessario ricorrere a procedure intermedie di esecuzione e riconoscimento che ne autorizzino l'efficacia.

Se si guarda all'istituto del titolo esecutivo europeo dal punto di vista del nostro ordinamento, tale attitudine si riscontra in numerosi atti e provvedimenti inclusi nel catalogo di cui all'art. 474 c.p.c., tutti astrattamente suscettibili di conseguire la certificazione di titolo esecutivo

³¹ A norma dell'art. 10, reg. n. 805/2004 il debitore nello Stato d'origine può contestare il certificato che sia stato concesso per errore o in assenza dei requisiti previsti dal regolamento.

³² A noi sembra che il titolo esecutivo (certificato) europeo manifesti un'astrattezza analoga a quella dei titoli esecutivi sul piano interno. Sull'astrattezza dell'azione esecutiva nel nostro ordinamento si v. per tutti R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esc. forz.* 2007, 14, richiamato da B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione civile*, 2020, Torino, 167 e 422 ss.

³³ La revoca del certificato si rifletterà sull'esecuzione eventualmente intrapresa nello Stato richiesto provocandone la sospensione a norma dell'art. 23, reg. n. 805/2004, ovvero, qualora a seguito di opposizione ex art. 615 c.p.c. il debitore contesti la sopravvenuta carenza del titolo esecutivo europeo per ragioni estrinseche e successive alla formazione del titolo esecutivo europeo, l'arresto definitivo dell'esecuzione forzata (v. *infra*).

³⁴ Come pure fa notare M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, cit., 17.

europeo, in quanto riferibili a crediti pecuniari non contestati, così come definiti dall'art. 3, reg. n. 805/2004³⁵.

La dottrina agli esordi del certificato di t.e.e. ne ha ricostruito un primo ventaglio. Tra le decisioni giudiziarie certificabili vi compaiono innanzitutto le sentenze di condanna pronunciate per effetto della confessione resa dal debitore nel corso del processo³⁶, il decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647, comma 1, c.p.c. per mancata opposizione dell'ingiunto³⁷, il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo a seguito di estinzione del giudizio di opposizione a norma dell'art. 653, comma 1, c.p.c.³⁸, le ordinanze provvisoriale di cui agli artt. 183-ter, 183-bis

³⁵ Con riferimento ai titoli di formazione stragiudiziale l'art. 3, part. 1, lett. a) e d) considera il credito non incontestato se il debitore lo ha *espressamente riconosciuto* nel corso di una transazione approvata o perfezionata dal giudice, oppure in un atto pubblico. Nei titoli di matrice giudiziale il requisito della non contestazione dipende dal contegno assunto dal debitore nel corso del processo. L'art. 3, indica i caratteri della sottospecie giudiziale di non contestazione modulandola su tre situazioni processuali differenti: la norma considera il credito non contestato, innanzitutto, allorché il debitore lo abbia espressamente riconosciuto mediante una dichiarazione nel corso del processo (art. 3, par. 1, lett. a, prima parte); in secondo luogo, quando il debitore non lo abbia mai contestato nel corso del procedimento (art. 3, par. 1, lett. b); infine, qualora il debitore, pur avendo inizialmente contestato il credito nel corso del giudizio, non sia successivamente comparso o non si sia fatto rappresentare in un'udienza (art. 3, par. 1, lett. c).

³⁶ La fattispecie è riconducibile all'espresso riconoscimento del credito da parte del debitore ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. a). In questo senso: M.A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti d'ingiunzione*, cit., 6; L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, cit., 30, nota n. 17; A. CARRATTA, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 5; E. CONSALVI, *La proposta di regolamento (CE) che istituisce il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in *www.judicium.it*, 3, note n. 30 e 39. Di diversa opinione, M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, cit., 27-28, secondo il quale l'espresso riconoscimento in sede giudiziale non andrebbe riferito «a fenomeni operanti sul piano probatorio», quanto piuttosto «a quei meccanismi di vera e propria accettazione della pretesa» validi in altri ordinamenti.

³⁷ Si v. M.A. LUPOI, *ibidem*; A. CARRATTA, *ivi*, 4; M. FARINA, *ivi*, 29; P. DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili*, cit., 105; V. POZZI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 3; L. FUMAGALLI, *ibidem*, i quali in maniera unanime riconducono il decreto ingiuntivo non opposto alla fattispecie di cui alla lett. b), par. 1 dell'art. 3. Alla medesima categoria dovrebbe ricondursi il decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo, nel caso di opposizione tempestiva divenuta improcedibile per mancata o tardiva costituzione dell'opponente (M. FARINA, *ivi*, 31; contra L. FUMAGALLI, *ibidem* e M. A. LUPOI, *ibidem*).

³⁸ M. FARINA, *ivi*, 32 esclude il provvedimento dal novero dei titoli certificabili, mentre altri lo riconducono alla fattispecie di non contestazione di cui alla lett. c), par. 1, art. 3 (in questo senso: M.A. LUPOI, *ibidem*; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 4).

e 423, comma 1, c.p.c.³⁹, la sentenza di condanna pronunciata in contumacia del convenuto e passata in giudicato previa notifica al debitore soccombente⁴⁰.

Tra le transazioni giudiziarie si collocano invece⁴¹: il verbale di conciliazione redatto dal giudice nel rito ordinario all'udienza fissata su richiesta congiunta delle parti *ex art.* 185 c.p.c., così come il verbale che stigmatizza l'accordo raggiunto in adesione alla proposta conciliativa formulata dal magistrato a norma dell'*art. 185-bis* c.p.c.; il verbale di conciliazione reso esecutivo dal giudice del lavoro *ex art.* 420, commi 1 e 3, c.p.c.⁴² o dal giudice di pace a norma dell'*art. 320* c.p.c.⁴³; l'ordinanza pronunciata *ex art.* 263, comma 2, c.p.c. nel procedimento di rendimento del conto⁴⁴; il verbale di conciliazione *ex art.* 199 c.p.c., formato in esito al tentativo di conciliazione affidato dal giudice istruttore al consulente contabile e dichiarato esecutivo con decreto dello stesso giudice istruttore⁴⁵; l'ordinanza *ex art.* 789, comma 3, c.p.c. in relazione all'eventuale credito da conguaglio di cui all'*art. 720* c.c.; i verbali di conciliazione *ex art.* 410 e 411

³⁹ M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 29; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 4; L. FUMAGALLI, *ibidem*; P. DE CESARI, *ivi*, 106; V. POZZI, *ivi*, 3; A. CARRATTA, *ivi*, 4; M.A. LUPOI, *ivi*, 5.

⁴⁰ Sul presupposto che nel nostro sistema la contumacia sia assimilabile ad una *facta litis contestatio*, escludevano la certificazione della sentenza pronunciata in contumacia: C. CRIFÒ, *Cross-border enforcement of debts in the European Union*, cit., 183 e ss.; P. DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili*, cit., 107. In giurisprudenza, nel senso della certificabilità del provvedimento: Trib. Novara, ord. 23 dicembre 2012, in *Guida al Diritto*, 2012, 36, 80 e Corte giustizia UE sez. IV – sent. del 17 dicembre 2015, n. 300, in *Guida al diritto*, 2016, 4, 96, con nota di M. CASTELLANETA.

⁴¹ Il reg. n. 805/2004 all'*art. 24*, adotta una nozione ampia di transazione giudiziaria, riferendosi sia agli accordi conclusi davanti al giudice sia agli accordi da questi omologati. Sull'ampiezza della nozione nel reg. n. 805/2004 si v. le considerazioni di DE CESARI P., *Atti pubblici e transazioni certificabili*, cit., 229; M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 55; A. CARRATTA, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 3. Analoghe riflessioni ancora prima del reg. n. 805/2004 sono svolte da M. BOVE, *Circolazione europea della conciliazione-titolo esecutivo*, in *Società*, 2012, 6, 703.

⁴² M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 55; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 3; CARRATTA, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 2.

⁴³ L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, cit., 30, nota n. 17.

⁴⁴ M. FARINA, *ivi*, 56. L'autore inserisce l'ordinanza di cui all'*art. 263* c.p.c. nel catalogo dei titoli di formazione stragiudiziale certificabili quali titolo esecutivo europeo, aderendo all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale secondo il quale il provvedimento, riproducendo l'accordo raggiunto dalle parti, sarebbe spogliato del carattere decisorio.

⁴⁵ L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, cit., 30, nota 17; M. FARINA, *ivi*, 55.

c.p.c. sottoscritti davanti alle commissioni di conciliazione istituite presso gli uffici provinciali del lavoro⁴⁶.

Con l'introduzione dell'istituto della mediazione ad opera del d.lgs. n. 28/2010⁴⁷, riteniamo vadano ricompresi fra le transazioni giudiziarie valide come titoli esecutivi europei anche i verbali di conciliazione con cui vengono composte le controversie di rilevanza interna⁴⁸, omologati a norma dell'art. 12, comma 1, seconda parte, dal Presidente del tribunale previo accertamento della regolarità formale, del rispetto delle norme imperative

⁴⁶ M.A. LUPOI, *Di crediti contestati e procedimenti d'ingiunzione*, cit., 7 ss.; P. DE CESARI, *Atti pubblici e transazioni certificabili*, cit., 230; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 3 s.; A. CARRATTA, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 2. Va ricordato che tali verbali, come prescrive l'art. 411 c.p.c., dopo essere stati depositati presso la cancelleria del Tribunale, acquistano efficacia esecutiva solo a seguito del decreto del giudice che ne attesti la regolarità formale.

⁴⁷ Sul tema si v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019, 36 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 251 ss.; B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2011, 1 ss.; M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Le società*, 2012, 82 ss.

⁴⁸ In questo ambito è d'obbligo distinguere le controversie a rilevanza interna dalle controversie transfrontaliere, in quanto l'esecuzione oltre confine del verbale di mediazione che compone il conflitto segue regole differenti, ciò in forza della direttiva n. 52/2008 sulla mediazione civile e commerciale. Secondo l'art. 2, par. 1, della direttiva, sono finalizzati a comporre controversie transfrontaliere gli accordi di mediazione conclusi nelle liti insorte tra parti domiciliate o residenti in Stati membri diversi. Al contrario, sono accordi finalizzati a comporre controversie a rilevanza interna quelli intercorsi tra soggetti domiciliati o residenti all'interno dello Stato membro in cui il procedimento di mediazione fu espletato. L'esecuzione transfrontaliera dei primi è regolata dall'art. 12, ultimo capoverso, del d.lgs. n. 28/2010 che recependo i contenuti della citata direttiva introduce la possibilità di ottenere l'omologazione direttamente dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. Stando così le cose solo la circolazione dei verbali di mediazione che definiscono liti a rilevanza interna può seguire il canale tracciato dal reg. n. 805/2004 (così come quello previsto dal reg. n. 1215/2012). A parere di chi scrive, tuttavia, nulla vieta alle parti di una controversia transfrontaliera di conseguire un titolo esecutivo europeo avvalendosi della procedura di certificazione prevista nel reg. n. 805/2004 (e nel reg. n. 1215/2012), soprattutto nelle fattispecie in cui il creditore ha necessità di esportare il titolo in più ordinamenti. Difatti, in caso di obbligazioni pecuniarie, se il patrimonio del debitore presente nello Stato membro in cui il verbale ha ottenuto l'omologazione a norma del citato art. 12 si rivelasse incapiente, il creditore si troverebbe costretto a conseguire altrove una nuova omologazione. L'inconveniente potrebbe essere facilmente aggirato ottenendo la certificazione di titolo esecutivo europeo in quanto l'attestazione di esecutività europea abilita il creditore ad avviare l'esecuzione forzata in qualunque ordinamento. Di avviso analogo, E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento della esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1157 ss.

e dell'ordine pubblico⁴⁹. Devono, invece, escludersi dalla circolazione europea a norma dell'art. 24, reg. n. 805/2004 gli accordi di mediazione conclusi ai sensi dell'art. 12, comma 1, prima parte, d.lgs. n. 28/2010, ovvero, gli accordi di mediazione sottoscritti dagli avvocati⁵⁰.

Con riferimento agli atti pubblici, infine, per dottrina unanime potranno costituire titoli esecutivi europei, gli atti pubblici come definiti all'art. 2699 c.c.⁵¹.

3. I titoli esecutivi europei certificati a norma del reg. n. 1215/2012.

Un'efficacia esecutiva uniforme ed automatica, analoga a quella che connota i titoli esecutivi certificati a norma del reg. n. 805/2004, investe anche i titoli esecutivi di diritto interno certificati a norma del reg. n. 1215/2012⁵². Il regolamento Bruxelles I *bis*, come noto, ha esteso

⁴⁹ Della stessa opinione, M. BOVE, *L'accordo di conciliazione: efficacia ed esecutività nelle legislazioni nazionali assunte in attuazione dell'art. 6 della direttiva n. 52 del 2008*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3, 928. Sulla questione si v. E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 1157 ss.

⁵⁰ A differenza dell'altra ipotesi di conciliazione, il titolo si forma a prescindere dall'intervento dell'autorità giudiziaria, per il solo fatto che gli avvocati abbiano sottoscritto l'accordo siglato davanti al mediatore insieme alle parti e ne abbiano attestato la legalità. Se così è ci troviamo fuori dal nucleo duro della nozione di transazione giudiziaria fatta propria dal reg. n. 805/2004, la quale presuppone sempre il coinvolgimento del giudice statale nella formazione del titolo esecutivo, ora come soggetto che favorisce il raggiungimento dell'accordo, ora come autorità alla quale l'accordo è sottoposto per l'omologazione.

⁵¹ P. DE CESARI, *Atti pubblici e transazioni certificabili*, cit., 231; G. OLIVIERI, *Il Titolo esecutivo europeo*, cit., 3. Gli autori coerentemente sottraggono alla circolazione automatica le scritture private autenticate a norma dell'art. 2703 c.c., sebbene siano inquadrate nel catalogo dell'art. 474 c.p.c. accanto ai titoli esecutivi di diritto interno. La ragione di tale esclusione è di facile intuizione se si considera che la nozione di atto pubblico adottata dal regolamento richiede profili di autenticità non presenti nella scrittura privata. In questi termini: P. DE CESARI, *ibidem*; A. CARRATTA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 3.

⁵² Sul reg. n. 1215/2012 si v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Rifusione)*, Padova, 2015. Sugli aspetti relativi alla esecuzione dei titoli esecutivi si v. M. DE CRISTOFARO, *The abolition of exequatur proceedings: speeding up the free movement of judgement while preserving the rights of the defense*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, 353 ss.; A. LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I Bis")*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 583 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del regolamento n. 1215/2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1044 ss.; M. FARINA, *Per una prima lettura del regolamento "Bruxelles I bis": il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere*, in

(semplificandolo) il meccanismo di certificazione che sta alla base del reg. n. 805/2004 alle decisioni, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici facenti capo all'intera materia civile e commerciale (indipendentemente dalla natura del rapporto obbligatorio), al fine di allargare le maglie della libera circolazione oltre la fascia dei crediti pecuniari non contestati, ed includervi anche i titoli relativi ad obblighi di fare e di non fare, di consegna o rilascio⁵³.

Per effetto di questa impostazione il catalogo di titoli esecutivi europei stilato nell'analisi del reg. n. 805/2004 si arricchisce di nuovi elementi, dovendosi ora prendere in considerazione fattispecie processuali prima irrilevanti in un'ottica di libera circolazione.

In questo diverso quadro possono aspirare alla certificazione di titolo esecutivo europeo le sentenze di condanna che pronunciano sul merito di un giudizio in cui il debitore costituendosi abbia formulato eccezioni, il decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo a norma dell'art. 642 c.p.c. o il decreto ingiuntivo munito di esecutività alla prima udienza del giudizio di opposizione a norma dell'art. 648 c.p.c. Nel catalogo dei titoli certificabili deve includersi anche l'ordinanza resa a chiusura del rito *ex art. 702-bis* c.p.c. nella misura in cui abbia contenuto condannatorio, l'ordinanza di convalida di licenza o sfratto *ex art. 663*, comma 1, c.p.c., nonché il decreto emesso a norma dell'art. 664 c.p.c. per il pagamento dei canoni scaduti e le spese dell'intimazione, come pure l'ordinanza non impugnabile di rilascio emessa *ex art. 665* c.p.c., che il comma 2 definisce immediatamente esecutiva. Quanto alle misure cautelari il discorso andrebbe circoscritto ai provvedimenti d'urgenza⁵⁴ aventi contenuto condannatorio e, più in generale, alle misure cautelari concernenti obbligazioni esecutive. Riteniamo, invece, di poter escludere dal novero dei titoli certificabili l'*astreinte* di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. accessoria alle pronunce di condanna⁵⁵.

<http://aldricus.com/2013/01/13/farina-exequatur/>; C. SILVESTRI, *Recasting Bruxelles I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, 677 ss.

⁵³ V. POZZI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 2. Alla luce delle considerazioni svolte nel testo riteniamo di poter riferire l'espressione «titolo esecutivo europeo» anche ai titoli che conseguono la dichiarazione di esecutività secondo le disposizioni del reg. n. 1215/2012. Condivide tale ricostruzione E. D'ALESSANDRO, *Il titolo esecutivo europeo cit.*, 1044 ss.

⁵⁴ Favorevole alla circolazione dei provvedimenti d'urgenza E. CONSALVI, *La proposta di regolamento (CE) che istituisce il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, cit., 3.

⁵⁵ A noi sembra che l'*astreinte* italiana manchi del requisito della liquidità richiesto dall'art. 55, reg. n. 1215/2012 come condizione per la certificazione di titolo esecutivo europeo. La norma, infatti, ammette a circolare nello spazio giudiziario europeo le decisioni che dispongono una penalità purché il loro ammontare sia stato definitivamente fissato dal

A dispetto di quanto avviene nell'ambito del reg. n. 805/2004, i titoli appena elencati conseguono l'attitudine all'esecuzione forzata transfrontaliera all'esito di un controllo meramente formale:⁵⁶ in questo diverso contesto normativo l'attestato di esecutività transfrontaliera si riduce alla apposizione di una formula esecutiva europea che poco ha a che fare con il procedimento di certificazione delineato dal reg. n. 805/2004. Come è stato autorevolmente osservato, nel sistema Bruxelles I-bis gli effetti esecutivi europei sono connaturati al titolo, gli appartengono *ex lege*, in forza di una «presunzione di automatica riconoscibilità/esequibilità» posta dal Regolamento⁵⁷.

È d'obbligo precisare che il meccanismo di certificazione appena descritto non comporta una immissione compulsiva di titoli esecutivi sul territorio europeo, poiché il controllo sul titolo non viene meno, si sposta a valle: saranno le autorità dello Stato richiesto ad accertare, in caso di contestazioni da parte del debitore, se quella efficacia presunta sussista in concreto al momento dell'esecuzione forzata (art. 46, reg. n. 1215/2012)⁵⁸.

giudice d'origine. Il meccanismo di autoliquidazione tipico dell'*astreinte* italiana non sembra corrispondere allo schema contemplato dalla norma. D'altra parte, la formazione del titolo esecutivo europeo nel quadro del reg. n. 1215/2012 è una fattispecie a formazione progressiva che ha luogo in due tempi: prima viene in essere il titolo esecutivo sul piano interno, poi lo si dota di esecutività europea con la certificazione rilasciata a norma dell'art. 53. Nel transito dal primo al secondo passaggio non vi è spazio per la notifica dell'atto di precetto in cui quantificare le somme dovute. Se ne dovrebbe negare, dunque, la certificazione, a meno che non si voglia onerare il creditore di conseguire un decreto ingiuntivo per il pagamento delle somme dovute a titolo di penalità, da certificare questa volta come semplice decisione giudiziaria, a norma dell'art. 2, reg. n. 1215/2012. Suggestiscono la medesima soluzione la stessa E. D'ALESSANDRO, *La circolazione della condanna ex art. 614-bis c.p.c. nello spazio europeo*, in *Giur. it.*, 2014, 1027, nota n. 25; A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto di liquidazione di misura coercitiva accessoria a provvedimento cautelare e sospensione della sua esecuzione ex art. 23, Regolamento (CE) n. 805/2004*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 85 ss.

⁵⁶ Per il conferimento di esecutività alle transazioni giudiziarie e agli pubblici l'art. 60 prevede che l'autorità competente dello Stato membro d'origine, su istanza del creditore, dopo aver accertato l'autenticità e l'esecutività dell'atto sulla base del diritto interno, rilasci un attestato utilizzando il modulo di cui all'allegato II del regolamento, riportando una sintesi dell'obbligazione. Per quanto riguarda le decisioni, invece, l'autorità che le ha pronunciate, dopo averne verificato l'esecutività sul piano interno, a norma dell'art. 53 ne attesta la esecutività europea avvalendosi del modulo di cui all'allegato I del regolamento

⁵⁷ L'espressione appartiene a E. D'ALESSANDRO, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del regolamento n. 1215/2012*, cit., 1053.

⁵⁸ Tale indagine ha luogo nel c.d. giudizio di diniego. L'accertamento può essere avviato dal debitore esecutato, ma anche ad iniziativa del creditore procedente, il quale potrebbe avere interesse a che venga accertata l'insussistenza di ragioni ostative all'esecuzione

L'accertamento, è intuibile, avrà ad oggetto presupposti ulteriori e diversi rispetto a quelli che fondano l'esecuzione transfrontaliera nel reg. n. 805/2004. Occorrerà, infatti, verificare che il titolo non sia contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto, che la domanda introduttiva sia stata notificata con modalità congrue in caso di contumacia del convenuto soccombente, che la decisione non sia contraria ad altra precedente passata in giudicato, che non siano stati violati i titoli uniformi di giurisdizione da parte del giudice straniero (art. 45, reg. n. 1215/2012).

Si tratta di presupposti processuali negativi del diritto di procedere ad esecuzione forzata, la cui sussistenza si riflette sull'esercizio dell'azione transfrontaliera, ora inibendo l'inizio dell'esecuzione forzata, ora provocandone la sospensione, talvolta persino la cessazione⁵⁹.

Volendo prendere in prestito le nostre categorie processuali per descrivere il fenomeno che ha luogo quando emergono tali circostanze, potremmo dire che tali fatti si riversano sull'esecuzione forzata alla stregua di quanto accade nel nostro ordinamento quando sia contestata l'inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata per mancanza del titolo esecutivo in senso sostanziale⁶⁰. Ciò che viene in rilievo, più precisamente, è una divergenza tra il titolo esecutivo in senso documentale - rappresentato dal certificato di titolo esecutivo europeo apposto al titolo nazionale - e il titolo esecutivo in senso sostanziale - da intendersi come complesso degli elementi da cui sorge il diritto processuale di ottenere tutela esecutiva in un altro ordinamento⁶¹.

Ad ogni modo il diritto processuale all'esecuzione forzata che discende dall'applicazione del reg. n. 1215/2012 non si discosta dall'effetto descritto nel reg. n. 805/2004. Si tratta pur sempre di un effetto automatico del titolo esecutivo e dell'attestato che lo accompagna, che legittima

transfrontaliera. Cfr. art.36, par. 3, reg. n. 1215/2012, laddove prevede che *ogni parte interessata* può chiedere una decisione attestante l'assenza dei motivi di diniego di cui all'art. 45. La norma è stata interpretata nel senso di favorire nella fase che precede l'inizio dell'esecuzione un accertamento sul punto anche da parte del creditore.

⁵⁹ Cfr. art. 44, 45, 46, reg. n. 1215/2012.

⁶⁰ Come osservano, C. CONSOLO, *Limiti alla esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 397 ss., spec. 401; E. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931, p. 168 ss. e F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 247 ss., l'inesistenza del diritto a procedere ad esecuzione forzata deriva o dalla carenza di un titolo esecutivo in senso sostanziale ovvero dalla attuale inesistenza del diritto di credito che si intende tutelare coattivamente (sul punto si v. meglio *infra*).

⁶¹ Sulla distinzione fra titolo esecutivo in senso sostanziale e in senso documentale si v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo esecutivo*, cit., 35 ss.

astrattamente l'esercizio dell'azione esecutiva transfrontaliera e che perdura nello spazio giudiziario europeo salvo contestazioni.

4. *I modelli speciali di titolo esecutivo europeo nei regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007*⁶².

Come si è avuto modo osservare, il reg. n. 805/2004 non ha introdotto sulla scena internazionale un unico titolo esecutivo europeo, ma tanti titoli esecutivi europei quanti sono i titoli nazionali suscettibili di conseguire la certificazione alle condizioni previste dal Regolamento⁶³. Sulla stessa lunghezza d'onda si è posto il reg. n. 1215/2012 che, sebbene con modalità diverse, ha contribuito ad arricchire il catalogo di titoli idonei all'esecuzione transfrontaliera.

Le fattezze di un titolo esecutivo di formazione eurounitaria cominciano a delinearsi solo con i regolamenti n. 1896/2006⁶⁴ e n. 861/2007⁶⁵ che introducono rispettivamente l'ingiunzione europea di pagamento e la sentenza di condanna che definisce le liti di modico valore. Ci troviamo

⁶² L'espressione "modelli speciali" di titolo esecutivo europeo appartiene a F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012*, cit., 331 ss.

⁶³ V. POZZI, *Titolo esecutivo europeo*, cit. 1, definisce il titolo esecutivo europeo come un titolo esecutivo nazionale "particolarmente qualificato" cui il regolamento conferisce uno speciale status.

⁶⁴ Sul tema si v. quantomeno: P. BIAVATI, (a cura di), *Regolamento CE n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento (commentario)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2010, 2, 387 ss.; A. CARRATTA (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2007; M.A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *www.judicium.it*; M. MARINELLI, *Note sul regolamento CE 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in *Il giusto processo civile* 2009, 1, 63; A. MONDINI, *Il Regolamento (CE) 12 dicembre 2006, n. 1896, sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento in materia di controversie transfrontaliere, civili o commerciali*, in *www.judicium.it*; A.A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009.

⁶⁵ Sul tema si segnalano: C. ASPRELLA, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Giur. Merito*, 2008, 1, 29 e ss.; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 2008, 2, 395 e ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Torino, 2008; ID., *Regolamento 11 luglio 2007, n. 861 istitutivo di un procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *www.judicium.it*; A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int.* 2009, 1, 65 e ss.; L. PICCININNI, *Il nuovo procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2008, 6, 1214 e ss.; V. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 2, 611 e ss.

questa volta al cospetto di titoli esecutivi dotati di una attitudine transfrontaliera che non ha bisogno di essere accertata o instillata formalmente per potersi dipanare sul territorio europeo.

Il diverso trattamento processuale può essere compreso se si considera che il reg. n. 805/2004 e il reg. n. 1215/2012 lavorano, per così dire, su prodotti esecutivi nazionali resi in conformità alle regole sostanziali e processuali di diritto interno, che riflettono i valori dello Stato membro di provenienza, i quali non sempre coincidono o sono compatibili con i valori dello Stato membro in cui ricevono attuazione. Per tale ragione diventa ineludibile un controllo sul titolo che ne accerti l'idoneità all'esecuzione transfrontaliera, quanto meno ad iniziativa del debitore, ora nello Stato d'origine (reg. n. 805/2004), ora nello Stato richiesto (reg. n. 1215/2012).

Su un diverso crinale si muovono i regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007: i due strumenti non intervengono sugli effetti di titoli esecutivi che si sono già formati, investono piuttosto il procedimento di formazione del titolo esecutivo⁶⁶. Essi introducono due riti uniformi scanditi da norme comuni che rendono «accettabile» la decisione finale in tutti gli Stati membri⁶⁷, *senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento*⁶⁸. Per poter apprezzare tale aspetto vale la pena delineare brevemente l'iter di formazione dei due provvedimenti.

L'ingiunzione europea di pagamento, in particolare, è pronunciata all'esito di un rito sommario a struttura bifasica: una necessaria e a carattere monitorio, l'altra eventuale e a cognizione piena⁶⁹. Seguendo la conformazione dei procedimenti ingiuntivi locali⁷⁰, la fase monitoria si

⁶⁶ La dottrina in maniera unanime sintetizza in questi termini le differenze operative che intercorrono tra i regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007, da un lato, ed il regolamento n. 805/2004, dall'altro. La continuità tra il reg. n. 805/2004 ed il reg. n. 1215/2012, ci permette di estendere le medesime considerazioni al rapporto che intercorre tra quest'ultimo ed i regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007.

⁶⁷ P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme*, cit., 399; in termini analoghi C. TUO, *Armonia delle decisioni e ordine pubblico*, in *Studi int. eur.*, 2013, 8, 929.

⁶⁸ Cfr. art. 20, reg. n. 861/2007 e art. 19, reg. n. 1896/2006.

⁶⁹ A norma dell'art. 3, reg. n. 1896/2006, il rito europeo è applicabile per la tutela di crediti al pagamento di qualunque importo che siano sorti nell'ambito di controversie transfrontaliere.

⁷⁰ Si tratta di un rito «semi puro» che si ispira in parte ai modelli «con prova» ed in parte ai modelli «senza prova». Così definisce il rito europeo A. CARRATTA, *Il procedimento ingiuntivo europeo e la "comunitarizzazione" del diritto processuale civile*, cit., 1524. In dottrina, offre una pregevole ricostruzione dei modelli ingiuntivi vigenti in Europa, A. PROTO PISANI, *L'ingiunzione europea di pagamento nell'ambito della tutela sommaria in generale e dei modelli di procedimenti monitori in specie*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 1, 2 ss. Si v. anche G.

svolge *inaudita altera parte* sulla base delle mere affermazioni del creditore⁷¹ e si conclude con un ordine di pagamento a cui il giudice conferisce esecutività europea in conformità al modulo G, a condizione che il debitore non si opponga⁷². L'opposizione, infatti, provoca la caducazione dell'ingiunzione e di ogni effetto esecutivo transfrontaliero⁷³. In un sistema monitorio così strutturato, invero, l'apertura del giudizio a cognizione piena non è una conseguenza automatica dell'opposizione: l'accertamento sul merito del rapporto obbligatorio ha luogo esclusivamente se il creditore nella domanda introduttiva ha dichiarato di voler coltivare il giudizio di opposizione (art. 7, par. 4, reg. n. 1896/2006). In questo caso il processo prosegue dinanzi all'organo che ha emesso l'ordine di pagamento secondo le norme di procedura civile ordinaria, ovvero secondo le forme prescritte

PORCELLI, *Art. 7, Regolamento CE n. 1896/2006 del parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento - Domanda di ingiunzione di pagamento europea*, in *NLCC*, 2010, 2, 417 ss.

⁷¹ Come nei modelli ingiuntivi puri, nella fase monitoria non è richiesto alcun onere di allegazione a carico del creditore, ma come avviene nei modelli ingiuntivi con prova il giudice emette l'ingiunzione solo dopo aver deliberato la fondatezza e l'ammissibilità della domanda (art. 8, reg. n. 1896/2006).

⁷² Allo scopo di stimolare validamente l'opposizione non è necessario che il debitore precisi le ragioni che lo hanno indotto a reagire al provvedimento (art. 16, par. 3, reg. n. 1896/2006): in maniera del tutto speculare alla posizione del creditore, il debitore non è gravato di alcun onere di allegazione a sostegno della contestazione. M. MARINELLI, *Note sul regolamento CE 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, cit., 77, parla al riguardo di "opposizione in bianco".

⁷³ L'opposizione così formulata non presenta carattere impugnatorio (G. PORCELLI, *Art. 17, Regolamento CE n. 1896/2006 del Parlamento e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento - Effetti della presentazione di un'opposizione*, in *NLCC*, 2010, 2, 443; A.A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, cit., 158; A. CARRATTA, *Il procedimento ingiuntivo europeo e la "comunitarizzazione" del diritto processuale civile*, cit., 1524 e 1534). A differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento, dove l'ingiunzione assume le fattezze di una vera e propria decisione di condanna idonea al giudicato (si v. per tutti C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) ed il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2017, p. 186 ss.), l'ingiunzione europea ha il contenuto di un «progetto ipotetico di sentenza», non rappresenta ancora un accertamento giudiziale (M. MARINELLI, *Note sul regolamento CE 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, cit., 78). Di conseguenza, l'opposizione non dà luogo ad un giudizio attorno alla validità del provvedimento o alla sussistenza dei presupposti per la sua emissione, ma ad un giudizio sull'esistenza del diritto di credito (Si v. per tutti A.A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, cit., 158).

per la definizione delle controversie di modesta entità (cfr. reg. n. 861/2007)⁷⁴.

Solo in mancanza di opposizione, dunque, il provvedimento accompagnato dal formulario circola liberamente in tutti gli Stati membri, *senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento* (art. 19, reg. n. 1896/2006).

Nello Stato richiesto dell'esecuzione il debitore ha solo facoltà di opporre il contrasto con un precedente giudicato o, al più, l'avvenuto pagamento del credito (art. 22, reg. n. 1896/2006). Gli saranno inibite anche iniziative volte a far valere gravi violazioni del contraddittorio, dovendo egli veicolare tali censure all'interno dello Stato d'origine attraverso il c.d. rimedio del riesame (art. 20, reg. n. 1896/2006)⁷⁵.

Specularmente, nello Stato d'origine l'autorità competente non è gravata di particolari indagini sul titolo da eseguire. Affinché l'efficacia europea si produca è sufficiente accertare che l'ingiunzione sia stata notificata al debitore con modalità tali da garantire un contraddittorio effettivo con l'ingiunto⁷⁶ e che dalla notificazione sia decorso un lasso di tempo sufficiente a consentire al debitore di proporre opposizione.

⁷⁴ Il passaggio al rito interno ha rappresentato un punto controverso della disciplina europea, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Le difficoltà interpretative si sono addensate attorno alla scelta della parte sulla quale dovesse gravare l'onere di instaurare il giudizio di opposizione. Tra gli autori che si sono occupati del tema si segnalano: G. PORCELLI, *Il passaggio alla fase di merito dopo l'opposizione all'ingiunzione di pagamento europea resta un problema aperto*, in *Int'l Lis*, 2012, 3, p. 153; E. D'ALESSANDRO, *L'opposizione al decreto ingiuntivo europeo rende vano l'impiego del reg. n. 1896/2006*, in *Int'l Lis*, 2011, 2, p. 92 ss.; A. A. ROMANO, *Opposizione all'ingiunzione di pagamento europea e passaggio al procedimento ordinario*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 4-5, p. 1315. Sul versante giurisprudenziale si v. le soluzioni offerte da: Trib. Piacenza, decr. 18 settembre 2010, in *Foro It.*, 2011, 1571; Trib. Taranto, ord. 15 settembre 2016, in *Foro it.*, 2016, 12, I, 3978, con nota di A. MONDINI; Trib. Milano, ord. 18 luglio 2011, in *Foro it.*, 2012, I, 1, 275; Trib. Mantova, ord. 14 luglio 2011, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 4, 911; Trib. Firenze, ord. 25 settembre 2009, in *Guida al dir.*, 2009, n. 46, 40. Dirimente è stata la decisione assunta dalla Suprema Corte che ha rimesso al creditore ogni iniziativa processuale: Cass., Sez. un., 31 gennaio 2019, n. 2840 e 2841, in *Foro It.*, 2019, I, 1681, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Opposizione all'ingiunzione di pagamento europea: le sezioni unite sulle modalità di prosecuzione del giudizio*.

⁷⁵ Si pensi alle ipotesi in cui l'ingiunzione sia stata emessa per errore, o a causa di vizi patologici, ovvero quando il debitore dimostri di non aver avuto conoscenza dell'ingiunzione, o di non aver potuto contestarla tempestivamente per cause a lui non imputabile, richiamate nell'art. 20 citato nel testo.

⁷⁶ Sono le modalità descritte negli artt. 13 e 14, reg. n. 1896/2006, rispettivamente rubricati "Notifica con prova di ricevimento da parte del convenuto" e "Notifica senza prova di ricevimento da parte del convenuto", tutte accomunate da un grado di certezza o verosimiglianza che la notificazione sia effettivamente giunta a conoscenza dell'intimato.

Come premesso, una efficacia esecutiva analoga investe la sentenza di condanna pronunciata all'esito del giudizio disciplinato dal reg. n. 861/2007⁷⁷. Si tratta di un rito semplificato e accelerato, a trattazione prevalentemente scritta, interamente affidato a norme uniformi che ne scandiscono ogni fase, fatta eccezione per l'impugnazione, regolata dalle norme di procedura civile locali⁷⁸.

La decisione, pronunciata nel contraddittorio tra le parti, acquista efficacia europea sin dal momento della pronuncia: il giudice d'origine le conferisce esecutività in conformità al modello *standard D* e circola tra gli Stati membri *senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento*⁷⁹. Nello Stato richiesto sarà possibile rilevare, sempre ad iniziativa del debitore, esclusivamente il contrasto con altra precedente decisione pronunciata in uno Stato membro o in un paese terzo⁸⁰.

A differenza dell'ingiunzione di pagamento europea, l'effetto processuale appena descritto si produce a prescindere da eventuali contestazioni. D'altra parte, al giudice che rilascia l'attestato non è richiesto alcun apprezzamento giuridico sulla notificazione del provvedimento. Ciò si spiega in quanto la sentenza è pronunciata nel contraddittorio tra le parti e conserva l'attitudine transfrontaliera anche in caso di impugnazione o in pendenza del relativo termine⁸¹.

Inoltre, a differenza della certificazione che investe il titolo esecutivo europeo nel reg. n. 805/2004, il rilascio dell'attestato «non comporta ... l'attribuzione al titolo giudiziario di un particolare *status*, e neppure può essere contestato con una separata istanza di rettifica o revoca nello Stato d'origine, risolvendosi in un'attività puramente amministrativa»,

⁷⁷ A norma dell'art. 2, il rito è applicabile facoltativamente alle controversie aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro o la consegna di beni di valore non superiore a 5.000 €, purché abbiano natura transfrontaliera, nel senso già specificato per l'ingiunzione di pagamento.

⁷⁸ Fanno eccezione a questo regime processuale le sentenze di condanna pronunciate a seguito di gravi violazioni del contraddittorio, riesaminabili dalle autorità dello Stato d'origine a norma dell'art. 19, reg. n. 861/2007.

⁷⁹ Cfr. art. 20, reg. n. 861/2007.

⁸⁰ Cfr. art. 22, reg. n. 861/2007.

⁸¹ Fermo restando il potere delle autorità dello Stato richiesto di sospendere il procedimento di esecuzione al ricorrere di circostanze eccezionali. Cfr. art. 23, reg. n. 861/2007.

finalizzata a formalizzare l'acquisto di un'efficacia esecutiva che già appartiene alla decisione⁸².

Sotto questo profilo emerge nitidamente il risultato raggiunto dal reg. n. 861/2007 in punto di esecutività europea. Negli altri Regolamenti, infatti, la fattispecie costitutiva del diritto di procedere ad esecuzione transfrontaliera risulta ancora condizionata dalle norme interne. Il reg. n. 805/2004 e il reg. n. 1215/2012 in particolare, subordinano la produzione di quell'effetto alla circostanza che il titolo sia esecutivo secondo le norme di diritto comune⁸³. Il reg. n. 1896/2006, dal suo canto, costruisce l'esecutività europea dell'ingiunzione sulla mancata opposizione del debitore, demandando la circolazione del provvedimento nello spazio giudiziario europeo alle scelte processuali della controparte.

La sentenza uniforme, invece, acquista esecutività indipendentemente dalle previsioni locali ed a prescindere dalla reazione dell'obbligato. Essa conserva la propria efficacia transfrontaliera fino all'esecuzione, fermo restando che l'eventuale inibitoria della sua efficacia esecutiva ad opera del giudice dell'impugnazione o la sua eventuale caducazione, comporteranno l'arresto dell'esecuzione *medio tempore* intrapresa⁸⁴.

5. Il titolo esecutivo europeo come categoria composita alla quale afferiscono i titoli esecutivi di diritto interno naturalizzati europei e i titoli esecutivi europei naturali.

È chiaro che con l'avvento dei regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007 il concetto di titolo esecutivo europeo acquista connotati innovativi. Il titolo esecutivo europeo diventa una categoria composita che abbraccia due distinti fenomeni processuali: sul piano strutturale è oggi possibile distinguere titoli che si formano nell'ambito di procedure regolate da norme

⁸² Così V. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, cit., 627 e s. Analogamente A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int.*, 2009, 1, 74 e ss.

⁸³ Come risulta da una lettura combinata degli artt. 6, par. 1, lett. a), 24, par. 1, 25, par. 1, reg. n. 805/2004, e come pure si evince dal tenore dell'art. 6 par. 2, reg. n. 805/2004 che, con specifico riferimento alle decisioni giudiziarie, prefigura il rilascio di un attestato comprovante la non esecutività del titolo, sostitutivo del certificato di titolo esecutivo europeo, per l'ipotesi che l'esecutività della decisione sia stata sospesa o limitata nello Stato d'origine.

⁸⁴ Tali censure saranno deducibili nello Stato richiesto nelle forme dell'opposizione all'esecuzione. Qualora l'esecuzione sia intrapresa in Italia l'istanza sarà formulata a norma dell'art. 615 c.p.c.

uniformi, dotati di una innata attitudine transfrontaliera⁸⁵ (cfr. reg. n. 1896/2006 e n. 861/2007), e titoli che si formano in conformità al diritto interno, adattati successivamente alla circolazione inter-europea (cfr. reg. n. 805/2004 e n. 1215/2012). I primi godono di una intrinseca forza esecutiva europea che si diffonde automaticamente sul territorio comunitario senza alcun bisogno di essere *aliunde* esternata. I secondi, benché idonei di per sé a fondare l'esecuzione oltre confine, hanno bisogno che tale efficacia venga loro instillata formalmente mediante un atto ulteriore.

I commentatori qualificano i primi titoli esecutivi europei naturali, i secondi titoli esecutivi naturalizzati europei⁸⁶. Gli uni nascono come titoli esecutivi europei⁸⁷, lo sono per natura poiché europeo è il rito che ne regola la formazione, gli altri nascono come titoli nazionali e solo successivamente acquistano una connotazione europea.

L'eterogeneità dei titoli esecutivi europei emerge ancora più compiutamente sul piano dell'oggetto della tutela: i titoli esecutivi europei naturali sono concepiti esclusivamente per la tutela dei crediti sorti nelle controversie transfrontaliere in senso stretto⁸⁸. Per espressa previsione

⁸⁵ V. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, cit., 627. L'autore riferisce la qualità esecutiva richiamata nel testo alla sentenza che definisce il rito uniforme per le controversie di modesta entità. Si ritiene di poterla estendere anche all'ingiunzione europea di pagamento, parimenti classificabile tra i titoli europei naturali.

⁸⁶ L'espressione viene impiegata da S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Navarra, 2008, 17. Cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012*, cit., 331 ss., parla di forme speciali di titoli esecutivi europei.

⁸⁷ M.A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione*, cit., 1 ss. definisce l'ingiunzione europea un modello tipizzato di titolo esecutivo, ovvero un modello speciale di titolo esecutivo europeo. Allo stesso modo G. PORCELLI, *La nuova proposta di procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1262.

⁸⁸ La natura transfrontaliera della lite costituisce il limite operativo dei titoli esecutivi europei naturali. Tale limite si traduce nella impossibilità per il creditore di conseguire un titolo dotato di efficacia europea quando si tratta di recuperare un credito tra parti dislocate nello stesso Stato membro. Il rischio che porta con sé questa preclusione è quello di creare «discriminazioni tra azioni interne e azioni esterne al foro» (così letteralmente V. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, cit., 616. Ma si v. pure: M. MELLONE, A. PANCALDI, *Il regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, in *Dir. Un. Eur.* 2008, 2, 281 ss.; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme*, cit., 407, nota n. 43; F. FRADEANI, *I presupposti per la concessione dell'ingiunzione di pagamento europea*, in A. CARRATTA (a cura di), *Verso il procedimento ingiuntivo europeo*, 2007, Milano, 167). L'effetto è quello di porre il creditore che promuove la domanda contro un convenuto residente all'estero, in una posizione di vantaggio rispetto al creditore che agisce nei confronti di un debitore residente nel proprio Stato membro. Il primo può conseguire un titolo dotato di intrinseca forza transfrontaliera, il secondo è costretto a munirsi di un titolo di diritto interno da adattare

dell'art. 3, par. 1, reg. n. 1896/2006 e del corrispondente art. 3, par. 1, reg. n. 861/2007⁸⁹, il creditore può conseguire il titolo avvalendosi delle procedure uniformi a condizione che almeno una delle parti abbia domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello dell'organo giurisdizionale adito.

Solitamente fanno capo alle situazioni in cui il creditore non ha un titolo stragiudiziale, né può conseguirne uno giudizialmente all'interno del proprio ordinamento. Si tratta di controversie in cui la competenza giurisdizionale è determinata in ragione del domicilio del convenuto (art. 4, par. 1, reg. n. 1215/2012), di conseguenza l'attore è costretto a spostarsi nei luoghi del debitore per far accertare l'esistenza del diritto e conseguire la statuizione di condanna⁹⁰.

Viceversa, l'*humus* all'interno del quale vengono in rilievo i titoli esecutivi naturalizzati europei è quello delle liti potenzialmente transfrontaliere, ovvero le controversie a rilevanza interna che acquistano una connotazione transnazionale al momento dell'esecuzione forzata, allorché il creditore decida di attuare il titolo esecutivo in un ordinamento diverso da quello in cui lo ha conseguito. Si tratta di fattispecie in cui il creditore già dispone del titolo esecutivo, vuoi perché ha registrato o redatto un atto pubblico sul territorio del proprio Stato membro, vuoi perché lo ha ottenuto giudizialmente all'interno del proprio Stato membro dove anche il convenuto risiede o è domiciliato⁹¹.

eventualmente alla circolazione europea. Critici sulla scelta del legislatore europeo di circoscrivere la disciplina uniforme alle liti transfrontaliere: G. PORCELLI *Ingiunzione europea e mercato interno, cit.*, 114; F. FRADEANI, *op. ult. cit.*, 163 e s.; M. MELLONE, A. PANCALDI, *op. ult. cit.*, 281 ss.; P. BERTOLI, *op. ult. cit.*, 407, nota n. 43; M. CASTELLANETA, *Tempi più brevi per il recupero dei crediti e la definizione delle liti fino a duemila euro. Le controversie di modesta entità, in Guida al diritto, Dossier/1, febbraio 2009, 67.*

⁸⁹ Si v. Corte giustizia UE sez. X - 22/11/2018, n. 627, in *Diritto & Giustizia*, 23 novembre 2018: «L'art. 3, par. 1 del reg. n. 861/2007, deve essere interpretato nel senso che la nozione di *parti* copre solo l'attore e il convenuto nel procedimento principale. Il combinato di questa norma con l'art. 2, par. 1 deve essere interpretato nel senso che una controversia come quella di cui al procedimento principale, nella quale l'attore e il convenuto hanno il loro domicilio o la loro residenza abituale nello stesso Stato membro del giudice adito, non rientra nel campo di applicazione di tale regolamento».

⁹⁰ Potrebbero eccezionalmente venire in rilievo anche nell'ordinamento del creditore, tutte le volte in cui un criterio di collegamento alternativo o speciale permetta alla parte di sottoporre la cognizione della lite ai giudici del proprio Stato membro. Come avviene, ad esempio, quando l'attore sia anche un consumatore determinato ad agire nei confronti di un'impresa straniera (art. 18, par. 1, reg. n. 1215/2012).

⁹¹ Si pensi all'ipotesi in cui entrambe le parti del rapporto obbligatorio risiedano o siano domiciliate nel medesimo Stato membro, ma il debitore possieda beni utilmente

Potrebbero eccezionalmente venire in rilievo anche tra soggetti dislocati in Stati membri diversi, quando la competenza giurisdizionale ad accertare il diritto di credito appartenga alle autorità dello Stato membro di chi promuove l'azione. Si pensi alla controversia sorta in materia contrattuale tra un creditore italiano e un debitore che ha stabilito in Germania il proprio domicilio, in relazione all'adempimento di una prestazione da eseguirsi proprio in Italia. Nel caso di diritti di obbligazione l'art. 7, par. 1, lett. a) reg. n. 1215/2012, in deroga all'art. 4 par. 1 - che attribuisce la competenza giurisdizionale alle autorità del luogo in cui il convenuto è domiciliato - consente al creditore di incardinare il processo davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita. In tali circostanze il luogo del processo viene a coincidere con quello di appartenenza dell'attore: egli ha il vantaggio di conseguire il titolo all'interno dell'ordinamento in cui abitualmente opera, avvalendosi di una prassi giudiziaria familiare e consueta, salvo poi trasferire l'azione esecutiva all'estero e doversi munire dell'attestato di esecutività europea.

A ben vedere in entrambe le fattispecie durante la formazione del titolo la tutela del credito è rimessa alla legislazione nazionale. È tra le maglie dell'ordinamento di provenienza che il creditore ricerca gli strumenti adeguati alla protezione del diritto, servendosi delle misure che il sistema giudiziario domestico predispone in vista dell'esecuzione forzata⁹². Le norme europee intervengono per selezionare i titoli da avviare alla libera circolazione nello spazio europeo e per fissare le condizioni che legittimano il titolo di diritto interno ad essere eseguito in una diversa giurisdizione.

6. Necessità di individuare una nozione unitaria di titolo esecutivo europeo, quantomeno sotto il profilo funzionale.

Davanti alla nuova realtà creata dai regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007 è evidente la difficoltà di individuare una nozione omogenea di

pignorabili solo all'estero. In questo caso il creditore dovrà munirsi del titolo ricercandolo nella legislazione processuale locale, salvo poi adattarlo alla circolazione europea secondo le norme del reg. n. 1215/2012 e n. 805/2004 per poterlo eseguire nei territori in cui si trova il patrimonio del debitore.

⁹² In Italia, ad esempio, il creditore potrà avvalersi del rito monitorio, del giudizio sommario di cognizione, oppure introdurre un processo ordinario e conseguire una statuizione di condanna, o semplicemente stipulare un atto pubblico.

titolo esecutivo europeo. Sotto il profilo strutturale la differenza tra titoli esecutivi naturali e titoli esecutivi naturalizzati europei è irriducibile.

La contrapposizione tra le due anime, tuttavia, non implica una radicale dicotomia e non impone di rinunciare ad ogni tentativo di individuare un *quid* unificante sul quale costruire un concetto unitario di titolo esecutivo europeo.

Sono diversi i fattori che devono indurre a riflettere sulla possibilità di formulare un concetto unitario di titolo esecutivo europeo all'interno del quale possano trovare composizione entrambe le sfaccettature.

Innanzitutto, viene in rilievo la circostanza che a prescindere dalla qualità del titolo che si intende attuare, l'esecuzione forzata oggi inizia senza l'*exequatur* delle autorità dello Stato richiesto.

Indipendentemente dalla tecnica di tutela adottata dal creditore, il titolo che si è formato sul territorio europeo gode di una forza esecutiva che gli permette di fondare l'esecuzione in qualunque ordinamento. La virtù esecutiva transfrontaliera è indissolubilmente legata alla provenienza del titolo da un'autorità giudiziaria che opera nello spazio giudiziario europeo, indipendentemente dal fatto che il titolo sia stato generato nell'ambito di procedure uniformi o di procedure nazionali⁹³.

Questo passaggio è ancor più evidente se si considera che nella stagione processuale che precede i titoli esecutivi europei, sotto il vigore della Convenzione di Bruxelles, l'*exequatur* infondeva la virtù esecutiva transfrontaliera all'esito di un giudizio *ad hoc* nel quale potevano essere dedotte tutte le ragioni che non consentivano di intraprendere l'esecuzione⁹⁴. In altri termini il diritto all'esecuzione transfrontaliera doveva essere accertato e l'*exequatur* consacrava l'estraneità della virtù esecutiva transfrontaliera rispetto all'atto costituente titolo esecutivo⁹⁵. Nella refusione della Convenzione all'interno del reg. n. 44/2001⁹⁶ il

⁹³ Con riferimento al certificato di t.e.e. si v. M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio dell'imperium*, cit., 142.

⁹⁴ Sul tema si v. quantomeno F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 2002.

⁹⁵ La dichiarazione di esecutività investiva il titolo straniero con una portata costitutiva, conferendogli un'efficacia di cui sarebbe altrimenti sprovvisto. Richiama la portata costitutiva dell'*exequatur*, G. DE LEVAL, *L'evanescence de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, 532. Sulla portata dell'*exequatur* nel reg. n. 44/2001 si v. pure G. CUNIBERTI, *The recognition of foreign judgments lacking reasons in Europe: acces to justice, foreign court avoidance and efficiency*, in *Int'l & Comp. L.Q.*, 2008, 57, 25 ss.

⁹⁶ Sul sistema di esecuzione e riconoscimento introdotto dal reg. n. 44/2001 si v.: S.M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI (a cura di), *Diritto processuale civile e commerciale*

controllo giudiziale si assottiglia e, parallelamente, l'*exequatur* si riduce alla attestazione di una forza esecutiva che già appartiene alla sentenza⁹⁷, eppure sono sempre le autorità dello Stato richiesto a determinare l'attitudine del titolo all'esecuzione transfrontaliera.

Nel contesto attuale, invece, la forza transfrontaliera è interiorizzata nel titolo e con esso si dipana dallo Stato d'origine. Potremmo dire che il titolo esecutivo nasce con una vocazione transnazionale che non ha bisogno di essere formalizzata dalle autorità dello Stato richiesto. E ciò vale non solo per i titoli che si formano nell'ambito delle procedure uniformi⁹⁸, ma anche per i titoli di diritto interno abilitati successivamente all'esecuzione oltre confine a norma del reg. n. 805/2004 e n. 1215/2012: questi ultimi, sebbene necessitino di un ulteriore atto per poter esternare la forza esecutiva europea, documentano l'esistenza di un diritto all'esecuzione

comunitario, Milano, 2004; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento n. 44/2001*, Padova, 2003.

⁹⁷ Secondo M. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 143, l'*exequatur* nel reg. n. 44/2001 si prospetta non già come prerogativa concessa dall'autorità giurisdizionale dello Stato *ad quem*, ma come presupposto giuridico affinché il provvedimento deliberato possa dispiegare pienamente una innata capacità esecutiva. In termini analoghi: P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 2008, 2, 399; L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, 1, 23. Sul punto si v. pure M. FARINA, *Titoli esecutivi europei*, cit., 39, nota n. 31, il quale riconosce che la dichiarazione di esecutività non è *costitutiva* dell'efficacia esecutiva della decisione straniera all'interno del foro, ma *costitutiva* della fattispecie legale da cui sorge il diritto di procedere all'esecuzione forzata. Per usare le parole di G. DE LEVAL, *L'évanescence de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, cit., 532 con la refusione nel reg. n. 44/2001 si assiste al passaggio da un *exequatur* costitutivo ad un *exequatur* dichiarativo. Si riporta di seguito la riflessione dell'autore sul punto: «*Ce passage de l'exequatur constitutif à l'exequatur déclaratif entraîne, à nos yeux, une conséquence importante: dans la mesure où la déclaration constatant la force exécutoire a un effet déclaratif, l'entendue du titre exécutoire est nécessairement déterminée par la décision de l'Etat d'origine (théorie de l'extension des effets et non de l'assimilation au titre équivalent de l'Etat d'accueil). Il s'agit donc de prolonger les effets que la décision déploie dans son Etat d'origine sans se limiter aux effets qu'aurait la décision locale du même type sous réserve des restrictions qui pourraient être imposées par les exigences de l'ordre public*».

⁹⁸ Con riferimento alla sentenza che definisce le liti di modico valore si è detto che la forza esecutiva europea è in *re ipsa* e si attegga ad "attributo naturale" della decisione (V. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 627). La medesima qualità appartiene, per certi versi, anche all'ingiunzione di pagamento, sebbene in questo caso l'efficacia esecutiva europea discenda da una valutazione effettuata *ex post* dal giudice dello Stato d'origine sulle modalità di notificazione del provvedimento (v. *supra*).

transfrontaliera che prescinde da qualsivoglia accertamento *ex post*. Certo il controllo si è spostato nello Stato d'origine, avviene in maniera più o meno intensa a seconda della formula adottata dal creditore, ma i giudici dello Stato richiesto non hanno l'autorità che hanno avuto sul titolo fino al reg. n. 44/2001. Il titolo si incasella tra le maglie dell'ordinamento ricevente che già possiede una forza esecutiva europea, sarà il debitore a doversi attivare per inibire la produzione di questa efficacia⁹⁹.

A rafforzare la necessità di un concetto unitario di titolo esecutivo vi è poi un ulteriore dato. La Corte di giustizia oggi presenta l'esecuzione come una modalità di attuazione della tutela giurisdizionale, come la componente immancabile di una tutela giurisdizionale effettiva¹⁰⁰. Nella giurisprudenza comunitaria «il diritto all'esecuzione è divenuto la terza grande garanzia del giusto processo, che completa il diritto all'accesso a un tribunale indipendente e imparziale e il diritto ad un processo che si svolga secondo le regole del contraddittorio e della parità delle armi»¹⁰¹.

I titoli esecutivi europei sono in linea con le direttive della giurisprudenza comunitaria: sanano il divario al quale si accennava nelle battute preliminari, tra l'affermazione dei diritti di credito e la loro concreta attuazione; preludono ad un accesso automatico alla tutela esecutiva e riconoscono al creditore un vero e proprio diritto all'esecuzione transfrontaliera¹⁰². Lo dimostra la circostanza che la formula esecutiva

⁹⁹ La reazione del debitore avrà luogo ora nello Stato d'origine, ora nello Stato richiesto a seconda del rimedio che intenderà attivare ed in ragione del tipo di titolo che intende contestare. Per approfondimenti sul punto v. *infra*.

¹⁰⁰ Corte EDU, 29 marzo, 2006, n. 36813, *Scordino c. Italia*, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, 3, 1204; Corte EDU, 28 luglio 1999, n. 22774, *Immobiliare Saffi, c. Italia*, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, 3, 52; negli stessi termini: Corte EDU, 19 marzo 1997, n. 18357, *Hornsby c. Grecia*, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 2, 595. I citati provvedimenti proclamano l'importanza del diritto all'esecuzione delle sentenze, quale rimedio per garantire la effettiva soddisfazione dei diritti rivendicati dalle parti.

¹⁰¹ Sono queste le parole di F. CARPI, richiamate da P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme*, cit., 428. Nel sottolineare l'importanza del diritto all'esecuzione, Bertoli dà atto tuttavia dei limiti dell'azione europea, poiché l'esecuzione forzata resta tuttora fuori dalla portata del diritto processuale uniforme. L'autore manifesta, perciò, l'opportunità di estendere il raggio dell'azione normativa comunitaria anche a tale residuo settore.

¹⁰² In particolare, i due procedimenti uniformi in materia di crediti non contestati e di crediti di modico valore, si spingono oltre l'accertamento della pretesa per riconoscere al creditore «il diritto all'esecuzione diretta», quale «segmento imprescindibile» di una protezione giudiziale effettiva del credito. In termini analoghi si esprime A. M. ROMITO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 127, con riferimento alla procedura di certificazione. Si ritiene di potere estendere tale affermazione

europea apposta sui titoli naturali e su quelli naturalizzati non è che l'affermazione esteriore e solenne di un'efficacia che già inerisce al titolo esecutivo e che deriva dall'appartenenza ad un sistema giudiziario comune.

In quest'ordine di idee, il diritto all'esecuzione transfrontaliera deve essere tenuto distinto dal diritto sostanziale che il creditore intende realizzare e per questo deve trovare fondamento in un concetto di titolo esecutivo europeo che sia unitario quanto meno sotto il profilo funzionale.

7. Il titolo esecutivo europeo come fonte di un diritto processuale all'esecuzione transfrontaliera dalla fattispecie complessa.

Sulla scorta delle riflessioni appena svolte non resta che tentare di formulare una definizione unitaria di titolo esecutivo europeo, onde individuare quale sia l'effetto processuale che ne scaturisce, tenuto conto del nucleo duro che lo connota, ovvero la forza esecutiva transfrontaliera.

Al di là della diversità strutturali che intercorrono tra le due categorie di titoli esecutivi europei, chi consegue un titolo esecutivo europeo non deve dimostrare l'esistenza attuale del diritto di credito incorporato nel documento, tanto meno l'attualità dell'efficacia esecutiva europea. Il titolo esecutivo europeo viene in rilievo come documento legittimante in astratto l'azione esecutiva transfrontaliera¹⁰³, come fonte di un diritto incondizionato¹⁰⁴ di procedere ad esecuzione forzata oltre i confini nazionali. Eventuali fatti estintivi, modificativi o impeditivi del credito successivi alla sua formazione, dovranno essere dedotti ad iniziativa del

anche ai reg. n. 1896/2006 e n. 861/2007, sul presupposto che l'obiettivo di fondo dei due strumenti di circolazione sia il medesimo del reg. n. 805/2004. Considerazioni analoghe a quelle di A. M. ROMITO sono svolte da: N. BOSCHIERO, *The forthcoming european enforcement order*, cit., 396, la quale afferma che "effective enforcement is an essential element of justice"; F. CARPI, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, cit., 692 e ss.; V. COMPERNOLLE, *Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable: le droit à l'exécution du jugement*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, 653 e ss.; L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, cit., 3 e 47, quest'ultimo riferisce di un «droit subjectif à l'exécution forcée intracommunautaire».

¹⁰³ L'esercizio concreto dell'azione esecutiva transfrontaliera, come si avrà modo di vedere *infra*, è legato al compimento di atti diversi ed ulteriori dei quali il titolo costituisce il presupposto e che la legge riserva al creditore legittimato a proporre la domanda esecutiva.

¹⁰⁴ È questa l'espressione impiegata da B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., 169, per delineare l'attitudine incondizionata all'esecuzione dei titoli di diritto interno. La formula è adattabile anche ai titoli esecutivi europei.

debitore mediante opposizione nello Stato di esecuzione. Parimenti, ad iniziativa del debitore dovranno essere contestati eventuali fattori impedienti l'esecuzione forzata, come la perdita dell'efficacia esecutiva europea o l'inidoneità del titolo a fondare un'esecuzione nello Stato richiesto e, più in generale, tutti i quei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi che si frappongono all'esercizio del diritto processuale all'esecuzione transfrontaliera.

In altri termini chi agisce in forza di un titolo esecutivo europeo non ha l'onere di dedurre la vicenda sostanziale che ha determinato la formazione del titolo, né l'onere di far accertare l'esistenza del diritto all'esecuzione transfrontaliera: ogni possibile attività al riguardo è assorbita dalla presenza del certificato, mentre al giudice dell'esecuzione è inibito qualsivoglia accertamento d'ufficio sull'esistenza della qualità di titolo esecutivo europeo. Ogni iniziativa in tal senso è rimessa al debitore, ora nello Stato d'origine, ora nello Stato richiesto¹⁰⁵.

Sotto questo profilo si può affermare che i titoli esecutivi europei costituiscono una fattispecie complessa che riecheggia le fattezze del titolo esecutivo in senso sostanziale ben noto al panorama dottrinale italiano¹⁰⁶. Come tutte le fattispecie produttive di effetti giuridici anche i titoli esecutivi europei si compongono di elementi costitutivi del diritto a procedere ad esecuzione forzata e di elementi impeditivi, modificativi estintivi di tale effetto: dai primi scaturisce il diritto ad ottenere la tutela esecutiva in qualunque Stato membro ed il correlato obbligo degli organi giurisdizionali locali di attivarsi senza il filtro delle procedure intermedie; in presenza dei secondi il carattere esecutivo transfrontaliero si estingue, si modifica, oppure non sorge affatto.

8. Segue: I fattori impeditivi l'esecuzione transfrontaliera e l'efficacia preclusiva del titolo esecutivo europeo.

¹⁰⁵ È stato efficacemente affermato con riguardo ai titoli esecutivi di diritto interno, ma con argomentazioni estensibili, a parere di chi scrive, anche ai titoli esecutivi europei che «il titolo esecutivo è necessario e sufficiente per giustificare lo svolgimento indisturbato dell'esecuzione sino alla sua conclusione: chiunque voglia contestare l'esercizio del diritto che deriva dal possesso del titolo deve attaccare il creditore procedente dall'esterno» (B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., 422 ss.).

¹⁰⁶ Sulla nozione di titolo esecutivo in senso sostanziale contrapposto al titolo esecutivo in senso documentale si v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo esecutivo*, cit., 33 e ss.

Per meglio comprendere il fenomeno che si sta analizzando è opportuno scrutinare l'effetto processuale che scaturisce dai titoli esecutivi europei e, specularmente, le fattispecie in cui tale effetto può mancare, provocando una contestazione da parte del debitore in termini di opposizione all'esecuzione nello Stato richiesto.

Al pari della situazione processuale che viene in rilievo sul piano interno, quando il creditore dispone di un titolo esecutivo che rientra nel catalogo di cui all'art. 474 c.p.c., anche a fronte di un titolo esecutivo europeo è possibile distinguere due profili del diritto di procedere ad esecuzione forzata: quello del diritto sostanziale da tutelare e quello del diritto processuale alla tutela esecutiva¹⁰⁷. Conseguentemente il debitore può reagire all'esecuzione forzata ora contestando l'esistenza del diritto sul piano sostanziale, ora contestando l'esistenza o la validità dell'atto-titolo esecutivo sul piano processuale (*idem est*: la mancanza del titolo esecutivo in senso sostanziale¹⁰⁸).

Sotto il profilo del diritto sostanziale da tutelare, le contestazioni che il debitore può muovere contro l'esecuzione dipendono dalla efficacia preclusiva del titolo esecutivo europeo, quale atto da cui emerge l'esistenza del credito.

Più precisamente, nel caso l'esecuzione sia fondata su un titolo uniforme, potranno farsi valere le sole contestazioni relative ai fatti impeditivi, modificativi, estintivi del credito successivi alla formazione del titolo e che non siano deducibili nel corso del relativo procedimento. Invero, trattandosi di titoli di natura giudiziale le contestazioni di merito incontrano il limite del giudicato, della litispendenza e delle preclusioni eventualmente verificatesi¹⁰⁹. In particolare, nel caso di esecuzione fondata su un'ingiunzione europea di pagamento, non potranno farsi valere le contestazioni che il debitore avrebbe dovuto dedurre con l'opposizione all'ingiunzione nello Stato d'origine¹¹⁰, tanto meno quelle disattese dal giudice *a quo* (si pensi ad es. all'eccezione di prescrizione rigettata dal giudice dell'opposizione all'ingiunzione). Allo stesso modo, nel caso di esecuzione fondata su di una sentenza di condanna pronunciata a norma del reg. n. 861/2007, non potranno farsi valere contestazioni rilevabili nel

¹⁰⁷ Si v. per tutti F.P. LUISO, *ivi*, 246 ss.

¹⁰⁸ F.P. LUISO, *ivi*, 33 e 246.

¹⁰⁹ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, 2019, Torino, 204 e ss.

¹¹⁰ Fa eccezione a questo regime l'eccezione di pagamento che potrà essere contestata anche ad esecuzione iniziata e nello Stato richiesto (si rimanda alla parte III).

corso del procedimento semplificato o durante l'impugnazione (si pensi ad esempio alla prescrizione del credito o al pagamento intervenuto in corso di causa). Nello Stato richiesto non potranno neppure farsi valere eventuali violazioni del contraddittorio, ciò in quanto il reg. n. 1896/2006 e il reg. n. 861/2007 canalizzano tali contestazioni nello Stato d'origine attraverso il rimedio del riesame¹¹¹.

Nel caso di esecuzione fondata su titoli naturalizzati europei, invece, il ventaglio di contestazioni si dilata. Fatta eccezione per le decisioni certificate a norma del reg. n. 805/2004 e n. 1215/2012, che soggiacciono alle preclusioni appena viste per i titoli giudiziali, il debitore potrà contrastare la pretesa esecutiva del creditore nello Stato richiesto con la stessa pienezza dei mezzi di difesa consentita nei confronti di una domanda di condanna o di accertamento del debito (ad esempio, potrà contestare l'esistenza del credito consacrato in un atto pubblico negando di averlo stipulato).

Sulla stessa lunghezza d'onda si muove il debitore quando intenda muovere rilievi sotto il secondo profilo, ovvero quando intenda contestare l'esistenza del titolo esecutivo europeo, allegando la nullità dell'atto in cui il titolo consiste¹¹².

I titoli esecutivi europei naturali, infatti, unitamente alle decisioni certificate ai sensi del reg. 805/2004 e n. 1215/2012, in quanto titoli di derivazione giudiziale saranno sottoposti alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame (espressa dall'art. 161, comma 1, c.p.c. per i titoli provenienti dall'Italia). Di conseguenza, solo il giudice davanti al quale il titolo si è formato avrà cognizione su tali profili e sarà soltanto davanti a lui che potranno essere fatti valere, rimanendo in caso contrario definitivamente assorbiti. Così nello Stato richiesto non potrà farsi valere il vizio della sentenza uniforme pronunciata da un giudice incompetente, o la violazione del contraddittorio che inficia la sentenza contumaciale certificata a norma del reg. n. 805/2004. Tali rilievi potranno essere validamente sollevati esclusivamente all'interno dello Stato d'origine e attraverso i mezzi impugnazione ivi previsti. Pertanto, qualora il titolo esecutivo europeo sia attuato in Italia, la perdita della possibilità di azionare il mezzo di controllo nello Stato d'origine sanerà i vizi della decisione rendendoli inammissibili in sede di opposizione all'esecuzione.

Viceversa, quando il titolo esecutivo è rappresentato da un verbale di conciliazione stragiudiziale omologato dall'autorità giudiziaria nello Stato membro d'origine e poi certificato quale titolo esecutivo europeo a norma

¹¹¹ Cfr. art. 20, reg. n. 1896/2006 e art. 18, reg. n. 861/2007.

¹¹² C.d. vizio di costruzione (C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 203).

del reg. n. 805/2004 o del reg. n. 1215/2012, il debitore potrà opporsi all'esecuzione facendo valere i motivi di invalidità sostanziale dell'atto secondo la legge applicabile all'accordo di mediazione¹¹³.

Da quanto precede è evidente che su questo secondo piano i titoli esecutivi europei non si comportino in modo diverso rispetto ai titoli esecutivi di diritto interno. Vi è tuttavia un aspetto non secondario che influisce sul diritto di procedere ad esecuzione forzata. Occorre, infatti, considerare che nei titoli esecutivi europei la fattispecie del diritto all'esecuzione transfrontaliera si compone di fatti costitutivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli che consentono l'efficacia e la vigenza della decisione all'interno del foro.

Invero, i titoli esecutivi europei vengono in rilievo sia come atti che esprimono un'efficacia esecutiva verso l'interno, entro i confini dello Stato membro in cui si formano, sia come atti che esprimono un'efficacia esecutiva verso l'esterno, al di fuori dei confini nazionali.

In altri termini nei titoli esecutivi europei il diritto processuale alla tutela esecutiva si compone di una doppia anima: al diritto di procedere ad esecuzione forzata nell'ordinamento di provenienza si affianca il diritto di procedere all'esecuzione forzata in un altro Stato membro (*rectius*: su tutto il territorio europeo). È, dunque, con riguardo a questa diversa direzione in cui si dipana l'efficacia esecutiva che occorre ora scrutinare le ipotesi in cui il diritto di procedere ad esecuzione forzata può mancare e provocare una reazione da parte del debitore.

Le ragioni che rendono il titolo esecutivo europeo inidoneo all'esecuzione forzata vengono espressamente previste dal legislatore europeo ora come di motivi di rifiuto dell'esecuzione, ora come di motivi di diniego. Si tratta di eventi che se valorizzati dal debitore inibiscono o paralizzano l'esecuzione nello Stato richiesto¹¹⁴, alla stregua delle opposizioni *in executivis* di diritto interno.

¹¹³ Come osserva E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento di esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1157 ss., l'omologazione concerne il mero conferimento dell'efficacia esecutiva, non preclude la possibilità di far valere i motivi di invalidità sostanziale dell'accordo (ovvero la nullità del titolo esecutivo derivante dalla nullità dell'atto in cui il titolo consiste), a condizione che tale verifica non sia stata eseguita con efficacia preclusiva all'interno dello Stato membro d'origine in sede di concessione dell'omologazione.

¹¹⁴ C. SILVESTRI, *Recasting Bruxelles I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, 688, con riferimento al reg. n. 1215/2012 sulla base di considerazioni applicabili anche agli altri regolamenti.

L'ampiezza di tali contestazioni dipende dalla natura del titolo esecutivo europeo. In particolare, il reg. n. 1896/2006 e il reg. n. 861/2007, vista l'uniformità delle relative procedure, prendono in considerazione quale unico motivo di rifiuto dell'esecuzione il contrasto tra il titolo europeo e un'altra precedente decisione pronunciata nello Stato membro richiesto (o in un paese terzo)¹¹⁵.

Un'analogia efficacia preclusiva è rinvenibile anche nei titoli certificati a norma del reg. n. 805/2004. Sebbene si tratti di titoli esecutivi di diritto interno, le autorità dello Stato d'origine hanno accertato in maniera penetrante la sussistenza delle condizioni per l'esecuzione transfrontaliera. Nello Stato richiesto sarà perciò possibile contestare solo le decisioni (non anche gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie), ed al solo fine di rilevare il contrasto con un altro precedente provvedimento di condanna pronunciato tra le stesse parti¹¹⁶. L'eventuale difetto degli elementi costitutivi del diritto di procedere ad esecuzione forzata (*idem est* dei requisiti della certificazione previsti dagli artt. 6 e ss., reg. n. 805/2004), potrà essere fatto valere esclusivamente nello Stato d'origine e con il rimedio della revoca a norma dell'art. 10, reg. n. 805/2004, non con l'opposizione nello Stato richiesto¹¹⁷.

Nel reg. n. 1215/2012 i motivi di diniego si infoltiscono¹¹⁸. Ed infatti, mentre il debitore non potrà muovere obiezioni contro i titoli uniformi, essendo ogni controllo sul titolo assorbito dalla matrice comune delle

¹¹⁵ Cfr. art. 22, reg. n. 861/2007 e art. 22, reg. n. 1896/2006. La contestazione può essere validamente sollevata dal debitore a condizione che: *a*) la decisione incompatibile riguardi una causa avente lo stesso oggetto e le stesse parti, *b*) sia stata pronunciata nello Stato membro dell'esecuzione o soddisfi le condizioni necessarie per il suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione, e *c*) il debitore non abbia fatto valere e non abbia avuto la possibilità di far valere l'incompatibilità del giudicato nel procedimento svoltosi nello Stato d'origine. Tra i motivi di rifiuto dell'esecuzione l'art. 22, reg. n. 1896/2006 al par. 2 prevede altresì la possibilità di opporre nello Stato richiesto anche l'intervenuto pagamento delle somme ingiunte.

¹¹⁶ Cfr. art. 21, reg. n. 805/2004.

¹¹⁷ Sulla impossibilità di contestare nello Stato la sussistenza dei requisiti della certificazione si v. Trib. La Spezia, ord. 7 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1, 339, con nota di A. PANICALDI. Sui rapporti tra revoca del certificato di t.e.e. ed opposizione all'esecuzione: E. D'ALESSANDRO, *Prime applicazioni giurisprudenziali del regolamento n. 805 del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, con particolare riferimento alla possibilità di proporre opposizione ex art. 615 c.p.c. qualora lo Stato richiesto dell'esecuzione sia l'Italia*, in *www.judicium.it*.

¹¹⁸ Cfr. artt. 45 e 46 reg. n. 1215/2012.

norme che ne regolano il procedimento di formazione¹¹⁹, nessun limite incontrano le contestazioni nei confronti dei titoli certificati sulla base del reg. n. 1215/2012, potendo il debitore contrastare il diritto di procedere all'esecuzione transfrontaliera con la stessa pienezza dei mezzi di difesa consentita già nel contesto del reg. n. 44/2001. A norma dell'art. 46, reg. n. 1215/2012, più nel dettaglio, sarà possibile rilevare la contrarietà del titolo all'ordine pubblico dello Stato richiesto, contestare che la notificazione della domanda introduttiva è avvenuta con modalità non congrue (per il caso di contumace soccombente), che la decisione è contraria ad altra precedente passata in giudicato, che sono stati violati i titoli uniformi di giurisdizione da parte del giudice straniero. In definitiva, sarà possibile valorizzare quelli che poc'anzi abbiamo definito presupposti processuali negativi dell'esecuzione transfrontaliera, che nel reg. n. 1215/2012 fanno da contraltare all'abolizione dell'*exequatur* ed al regime di automatico riconoscimento posto dal legislatore europeo¹²⁰.

9. I titoli esecutivi europei come titoli ontologicamente complessi.

Oltre ad una complessità funzionale, data dalla combinazione di elementi costitutivi e di elementi modificativi, impeditivi, o estintivi del diritto di procedere ad esecuzione forzata, i titoli esecutivi europei si presentano complessi anche sotto un altro profilo, quello materiale o, se vogliamo, documentale. Il titolo esecutivo europeo si compone, infatti, di due elementi: il provvedimento, o l'atto da eseguire, ed il certificato che lo accompagna¹²¹. Siamo in presenza di una complessità strutturale che si atteggia in modo più o meno marcato a seconda del titolo esecutivo di cui dispone il creditore.

¹¹⁹ Fatta eccezione per il contrasto di giudicato che il debitore può sempre rilevare nello Stato richiesto (cfr. art. 22 reg. n. 1896/2006 e art. 22, reg. n. 861/2007).

¹²⁰ Nella trama del regolamento Bruxelles I-bis, l'opposizione all'esecuzione transfrontaliera appare quasi come un retaggio delle procedure intermedie di esecuzione e riconoscimento, ancora non del tutto abolite, ma - per usare un'autorevole espressione dottrinale - *dramatically limited* (G. CUNINMBERTI, *The recognition of foreign judgments lacking reasons in Europe: access to justice, foreign court avoidance and efficiency*, in *Int'l & Comp. L.Q.*, 2008, 57, 48. Del medesimo avviso E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Questioni relative alla materia civile e commerciale*, cit., 3).

¹²¹ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, qualificava complesso il titolo esecutivo derivante dalla sentenza di delibazione e dal titolo sottostante.

Il rapporto tra il titolo ed il certificato è ben evidenziato nel reg. n. 1215/2012 dove il titolo in senso documentale si perfeziona come fattispecie del diritto all'esecuzione transfrontaliera solo nel momento in cui il certificato viene notificato al debitore (art. 43, par. 1, reg. n. 1215/2012)¹²². Meno evidente, ma comunque necessaria, è la correlazione tra il titolo ed il certificato nel reg. n. 805/2004, dove ai fini di una valida azione esecutiva è sufficiente che il certificato e la decisione vengano prodotti in copia autentica dinanzi alle autorità dello Stato ricevente, senza che la notificazione del certificato concorra a comporre la fattispecie costitutiva del diritto all'esecuzione transfrontaliera (art. 20, par. 2, reg. n. 805/2004). È chiaro che in mancanza del certificato, costituendo esso parte integrante del titolo esecutivo europeo, nel caso di esecuzione minacciata in Italia, il debitore dovrebbe essere legittimato a fare opposizione a norma dell'art. 615 c.p.c.¹²³. Mentre in caso di vizi relativi all'attestato, come la mancanza della traduzione del certificato o la omessa traduzione della decisione ove necessaria, potrebbero essere rilevati dal debitore con l'opposizione ex art. 617 c.p.c.¹²⁴.

Nell'ingiunzione europea, invece, la complessità del titolo assume una connotazione particolare poiché il reg. n. 1896/2006 all'art. 12, par. 2 chiede che l'ingiunzione venga notificata al debitore unitamente ad una copia del modulo di domanda: si deve ritenere quindi che il modulo introduttivo costituisca un tutt'uno inscindibile con il titolo esecutivo, che il formulario di domanda sia parte essenziale della struttura dell'i.p.e.¹²⁵ ed elemento imprescindibile della fattispecie del diritto all'esecuzione forzata, tale da legittimare, quanto meno nel nostro ordinamento, un'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. per inidoneità oggettiva del titolo a fondare l'espropriazione¹²⁶.

¹²² In dottrina gli autori concordano nel ritenere che in Italia l'attestato possa essere notificato al debitore unitamente all'atto di precetto (si v. G. CARELLA, *Riconoscimento di sentenze e atti stranieri*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, 2000, 876).

¹²³ In tali casi gli interpreti ritengono esperibile non l'opposizione agli atti esecutivi, ma l'opposizione all'esecuzione per mancanza di un elemento costitutivo del diritto di procedere ad esecuzione forzata (M. FARINA, *Titoli esecutivi europei*, cit., 276).

¹²⁴ M. FARINA, *ivi*, 275.

¹²⁵ G. PORCELLI, *Art. 12 – Emissione di un'ingiunzione di pagamento europea*, in P. BIAVATI (a cura di), *Regolamento CE n. 1896/2006 del parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento. Commentario*, in *NLCC*, 2010, 4-5, in *NLCC*, 2010, 2, 432.

¹²⁶ G. PORCELLI, *ibidem*.

Più sottile è la linea che salda il certificato di esecutività europea alla sentenza bagattellare. In dottrina si ritiene che il certificato non sia elemento costitutivo della fattispecie che fonda il diritto di procedere ad esecuzione forzata. L'attestato servirebbe solo a fornire la rappresentazione documentale del fatto che la sentenza è stata pronunciata all'esito del giudizio uniforme disciplinato dal reg. n. 861/2007 e del fatto che la decisione è suscettibile di esecuzione in tutti gli Stati membri¹²⁷.

A noi sembra che una simile considerazione si giustifichi solo quando la sentenza uniforme debba essere eseguita nello stesso ordinamento in cui è stata pronunciata. La situazione si prospetta ad esempio quando il creditore straniero, avvalendosi della procedura uniforme, decida di intraprendere l'azione di condanna nei luoghi del debitore, contando sul fatto di poterla attuare all'interno dello stesso foro, perché ivi si trovano i beni da pignorare. In questo caso la decisione, sebbene connotata da elementi di internazionalità (la provenienza del creditore), mantiene una valenza interna: è pronunciata ed eseguita all'interno dello stesso Stato membro, non ha necessità di circolare nello spazio europeo. Essa viene ad esistenza e può essere validamente portata ad attuazione a prescindere dalla esibizione del certificato.

Ma quando l'esecuzione deve aver luogo in uno Stato diverso da quello del giudice adito si deve ritenere che l'attestato costituisca parte ineliminabile del titolo esecutivo europeo ed elemento imprescindibile ai fini della nascita del diritto processuale all'esecuzione forzata.

In questa logica lo stretto legame che sussiste tra il titolo e l'attestato di esecutività che lo accompagna è tale che in mancanza dell'elemento di completamento, sia esso la notifica del certificato o il certificato stesso, l'esecuzione intrapresa deve considerarsi illegittima, non potendo dirsi integrata la fattispecie costitutiva del diritto all'esecuzione transfrontaliera.

10. Il trattamento processuale del titolo esecutivo europeo che riceve attuazione nell'ordinamento italiano.

Il titolo europeo è equiparato ad un titolo nazionale ed è eseguito alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro di esecuzione¹²⁸. Sono queste le espressioni che grossomodo ricorrono in tutti i

¹²⁷ M. FARINA, *Titoli esecutivi europei ed esecuzione forzata in Italia*, Roma, 2012, 276, nota 491.

¹²⁸ cfr. art. 20, par. 1, reg. n. 805/2004; art. 21, par. 1, reg. n. 1896/2006; art. 20, par. 1, reg. n. 861/2007; art. 41, par. 1, reg. n. 1215/2012.

Regolamenti e che segnano l'ingresso immediato dei titoli esecutivi europei nei luoghi in cui ricade l'azione esecutiva.

L'identità di condizioni poste all'esecuzione della decisione straniera nello Stato richiesto assicura al creditore straniero un trattamento analogo a quello riservato ai creditori locali, senza che la provenienza della decisione possa aggravare (sul piano procedurale) o rendere più onerosa (sul piano economico) l'azione esecutiva. In altri termini, la parte che invoca l'esecuzione di un titolo esecutivo europeo agisce con i medesimi poteri e le medesime facoltà delle parti domiciliate o residenti in Italia, senza che possa rilevare la qualità di straniero o la mancanza di un recapito postale o di un rappresentante nei luoghi dell'esecuzione¹²⁹.

Al fine di avviare validamente il processo è sufficiente esibire alle autorità competenti una copia della decisione da eseguire, una copia dell'attestato di esecutività europea e, se del caso, una traduzione o una traslitterazione del certificato nella lingua dello Stato richiesto, autenticata da persona abilitata¹³⁰.

Se l'esecuzione è avviata sulla base di un certificato rilasciato ai sensi del reg. n. 1215/2012 è necessaria, altresì, una traduzione della decisione, qualora il debitore sia domiciliato in uno Stato membro diverso da quello richiesto (art. art. 43, par. 1, reg. n. 1215/2012), o il giudice non sia in grado di dare impulso al processo senza una traduzione del suo contenuto (art. 43, par. 4, reg. n. 1215/2012).

Non è necessario apporre al titolo la spedizione in forma esecutiva richiesta dall'art. 475 c.p.c., dal momento che l'attitudine esecutiva europea conferita nello Stato d'origine in conformità ai moduli di certificazione predisposti dai Regolamenti non ha bisogno di essere convalidata¹³¹. Sarà

¹²⁹ Cfr. art. 20, par. 3, reg. n. 805/2004; art. 21, par. 3, reg. n. 1896/2006; art. 21, parr. 3 e 4, reg. n. 861/2007; art. 41, par. 3, reg. n. 1215/2012.

¹³⁰ Cfr. art. 20, par. 2 e 3, reg. n. 805/2004; art. 21, par.2, lett. b), reg. n. 1896/2006; art. 21, par.2, lett. b), reg. n. 861/2007; art. 42, par. 3, reg. n. 1215/2012.

¹³¹ Con riferimento al t.e.e. rilasciato ai sensi del reg. n. 805/2004, in dottrina e in giurisprudenza si è fatta strada la prassi di non richiedere l'apposizione della formula esecutiva e di considerare la certificazione come una vera e propria «formula esecutiva europea» (G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano*, Padova, 2005, 433; del medesimo avviso ma con riferimento al reg. n. 1215/2012, G. CARELLA, *op. ult. cit.*, 876, O. LOPES PEGNA, *Il regime di circolazione delle decisioni nel nuovo Regolamento (UE) 1215/2012 («Bruxelles I bis»)*, in *Riv. dir. intern.*, 2013, 1212. In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Milano, 30 novembre 2007, in *Foro It.*, 2009, 936 con nota di R. CAPONI. Considerazioni diverse sono state svolte con riferimento all'i.p.e. emessa ai sensi del reg. n. 1896/2006. L'ingiunzione acquista esecutività europea a condizione che sussistano i requisiti di esecutività previsti dalla legge dello Stato d'origine e mutua la propria esecutività dal

invece imprescindibile provvedere alla notificazione dell'atto di precetto nelle forme prescritte dall'art. 480 c.p.c. ed attendere il decorso del termine dilatorio di dieci giorni per avviare validamente l'esecuzione forzata.

Sul piano strettamente normativo l'azione del creditore è canalizzata dal diritto processuale italiano¹³². In mancanza di una disciplina uniforme il nocciolo duro della tutela esecutiva è assorbito dalla legge processuale dello Stato *ad quem*. Invero, la legislazione europea non si spinge oltre la formazione del titolo esecutivo, ma si ferma al conferimento della efficacia transfrontaliera, per cedere ai legislatori nazionali la disciplina del procedimento esecutivo nel pieno rispetto della sovranità statale.

La *lex fori executionis* attrae a sé la disciplina della procedura esecutiva nel suo complesso. La provenienza del titolo esecutivo europeo, insomma, non influisce sul processo esecutivo, il titolo piuttosto si conforma alla struttura del processo, piegandosi alle norme interne e lasciandosi guidare da queste verso il soddisfacimento della pretesa sostanziale.

Nel nostro ordinamento troveranno applicazione le norme contenute nel libro III del codice di rito. La scelta delle forme esecutive in concreto applicabili dipenderà dal titolo che il creditore intende eseguire.

Come i titoli nazionali, infatti, anche i titoli europei si distinguono per avere una diversa attitudine all'esecuzione forzata: il titolo esecutivo certificato ai sensi del reg. n. 805/2004 e l'ingiunzione europea di pagamento sono compatibili esclusivamente con le forme dell'espropriazione; la sentenza di condanna pronunciata nel rito per controversie bagattellari potrebbe al più fondare una esecuzione per consegna. Più ampio, invece, è il ventaglio processuale che si apre per il creditore munito di un titolo certificato ai sensi del reg. n. 1215/2012, il quale risulta compatibile anche con l'esecuzione per rilascio di immobili.

Ne deriva che l'esecuzione fondata su un titolo certificato a norma del reg. n. 805/2004 o su un'ingiunzione europea di pagamento avrà luogo secondo le norme stabilite nel titolo II del libro III; l'esecuzione fondata su una sentenza uniforme o su un titolo certificato a norma del reg. n. 1215/2012 sarà disciplinata ora dalle norme del titolo II ora dalle norme del

diritto interno, di conseguenza gli interpreti hanno ritenuto necessaria l'apposizione della formula esecutiva, quale presupposto per la certificazione europea (Per tali rilievi si v. M. FARINA, *Titoli esecutivi europei*, cit., 273.). Tale adempimento non appare necessario ai fini della circolazione della sentenza uniforme, poiché la decisione attinge la sua esecutività direttamente dalla fonte comunitaria (per tutti si v. A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, cit., 74 e ss.).

¹³² Cfr. art. 20, par.1, reg. n. 805/2004; art. 21, par.1, reg. n. 1896/2006; art. 21, par. 1, reg. n. 861/2007; art. 41, par.1, reg. n. 1215/2012.

titolo III a seconda che il credito abbia ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili.

11. Conclusioni.

I «tipi» previsti dal legislatore europeo compongono un catalogo variegato per efficacia, struttura e forza esecutiva.

Sotto il profilo dell'efficacia alcuni titoli presentano una latitudine esecutiva più ampia (*rectius*: generalizzata), potendo fondare qualsiasi esecuzione forzata (cfr. reg. n. 1215/2012), altri hanno una portata circoscritta alla sola espropriazione (cfr. reg. n. 805/2004 e n. 189/2006), altri ancora possono fondare anche l'esecuzione per consegna, ma non l'esecuzione per rilascio (cfr. reg. n. 861/2007).

Sotto il profilo della struttura è invece possibile distinguere titoli di provenienza convenzionale e titoli che si formano nella sede processuale (o comunque riconducibili all'intervento dell'autorità giudiziaria). Appartengono alla prima categoria gli atti pubblici redatti o registrati sul territorio di uno Stato membro, investiti di efficacia europea a norma del reg. n. 805/2004 oppure a norma del reg. n. 1215/2012. Fanno capo alla seconda specie l'ingiunzione europea di pagamento e la sentenza che decide le liti di modico valore, come pure le decisioni giudiziarie di diritto interno adattate alla circolazione europea, ora in base al reg. n. 805/2004 ora in base al reg. n. 1215/2012. La matrice processuale contrassegna pure le transazioni giudiziarie, siano esse concluse davanti al giudice o da questi omologate, dal momento che l'intervento dell'autorità giurisdizionale è posto come condizione per la libera circolazione dell'accordo, sebbene la veste giudiziale non ne muti l'intrinseca consistenza negoziale.

Rispetto ai titoli esecutivi europei sembra quindi potersi riproporre la distinzione tradizionale tra titoli giudiziali e non giudiziali¹³³. Occorre, tuttavia, dare atto che la distinzione tracciata nel segno dell'impostazione tradizionale tra titoli giudiziali e stragiudiziali non esaurisce le sfumature dei titoli esecutivi europei. La categoria è tutt'altro che omogenea sotto il profilo della forza esecutiva transfrontaliera, dovendosi distinguere i titoli muniti di una esecutività europea propria, in contrapposizione ai titoli la cui efficacia transfrontaliera è condizionata all'apposizione di una formula

¹³³ Si v. per tutti B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., 172. Per un approccio storico alla distinzione si v. R. VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, cit., 9 e ss.

esecutiva europea. I primi godono di una intrinseca forza esecutiva europea che si dipana automaticamente sul territorio comunitario senza alcun bisogno di essere *aliunde* esternata. I secondi, benché idonei di per sé a fondare l'esecuzione oltre confine, hanno bisogno che tale efficacia venga loro instillata formalmente mediante un atto ulteriore. Appartengono al primo gruppo la sentenza pronunciata a norma del reg. n. 861/2007 e l'ingiunzione di pagamento di cui al reg. n. 1896/2006. Sono riconducibili al secondo fascio di titoli esecutivi gli atti e i provvedimenti certificati a norma dei reg. n. 805/2004 e del reg. n. 1215/2012¹³⁴.

Al di là delle diversità intrinseche che intercorrono tra i titoli esecutivi europei, chi consegue un titolo esecutivo europeo non deve dimostrare l'esistenza attuale del diritto di credito incorporato nel documento, tanto meno l'attualità dell'efficacia esecutiva europea. Il titolo esecutivo europeo viene in rilievo come documento legittimante in astratto l'azione esecutiva transfrontaliera¹³⁵, come fonte di un diritto incondizionato¹³⁶ di procedere ad esecuzione forzata oltre i confini nazionali, fino a contestazione. Il titolo esecutivo europeo, sia esso un titolo nazionale adattato alla circolazione infra-comunitaria o un titolo uniforme, viene importato nell'ordinamento ricevente che già possiede l'attitudine necessaria a fondare l'esecuzione forzata e in nessun caso il giudice dell'esecuzione potrà privare la decisione certificata di efficacia esecutiva: la «signoria» sul titolo appartiene all'autorità dello Stato d'origine¹³⁷, la sola a poter inibire la produzione di effetti nello spazio comunitario e l'unica a poterla autorizzare.

¹³⁴ La differenza si gioca sulle norme che ne regolano la formazione: norme europee nel primo caso, norme interne nel secondo.

¹³⁵ L'esercizio concreto dell'azione esecutiva transfrontaliera, come si è visto sopra, è legato al compimento di atti diversi ed ulteriori dei quali il titolo costituisce il presupposto e che la legge riserva al creditore legittimato a proporre la domanda esecutiva.

¹³⁶ B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione civile*, cit., 169.

¹³⁷ Con riferimento all'ingiunzione europea di pagamento, ma con argomentazioni, a parere di chi scrive, riferibili anche agli altri titoli esecutivi europei, A.A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, cit., 188.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

ANDREA PORCIELLO

Una giustificazione metaetica del valore intrinseco della natura: il soggettivismo sofisticato (una variante)

ABSTRACT - One of the most important and recurring ideas in Deep ecology, first of all in the one proposed by its creator Arne Naess, is that nature is endowed with intrinsic value, regardless of what humans may think or believe about it. The problem is that Naess offers no justification for such an important thesis in the economics of his theory. In this article I intend to fill the space that Naess has deliberately left empty, proposing a metaethical position that takes into account the idea of “intrinsic value”. I will endorse a form of moderate subjectivism that places value, not directly within nature, but in the relationship that binds nature to human beings.

KEYWORDS - Deep ecology - Metaethics - Intrinsic Value - Environment - Subjectivism

ANDREA PORCIELLO*

Una giustificazione metaetica del valore intrinseco della natura: il soggettivismo sofisticato (una variante)**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'ecologia profonda di Arne Naess: una sintesi critica - 3. Una critica all'oggettivismo metaetico - 4. Il soggettivismo sofisticato (una variante) - 5. Una breve conclusione

1. Premessa

L'idea di un'etica (ambientale) intesa come *conseguenza* dell'ontologia della natura, com'è noto, ha trovato massima e radicale espressione nel pensiero del filosofo norvegese Arne Naess, padre dell'ecologia profonda (o del profondo), contrapposta all'ecologia superficiale (o di superficie) nel suo noto articolo del 1973 *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement: a Summary*¹.

In questo primo paragrafo intendo offrire una sintesi della posizione di Naess, innanzitutto al fine di "discutere" di ciò di cui Naess non ha inteso "discutere". In effetti, come più volte ha avuto modo di evidenziare durante la sua carriera, Naess non era in verità interessato al discorso etico, di fatto reso letteralmente "inutile" da una corretta impostazione ontologica dei fatti naturali. In una nota intervista rilasciata al filosofo ecologista Warwick Fox, peraltro uno dei suoi più entusiasti sostenitori, Naess ha espressamente dichiarato: «Non sono molto interessato all'etica o alla morale. Sono interessato a come percepiamo il mondo. L'etica è conseguenza di come noi percepiamo il mondo»². Con ciò Naess intendeva dire che se "veramente" gli esseri umani avessero reale contezza di cosa è la natura e di quale posto occupano al suo interno, essi agirebbero in modo naturalmente conseguente, ossia con rispetto, se non addirittura con venerazione, nei suoi confronti. Per cui, il tentativo, tipico della filosofia etica occidentale, di reperire ulteriori fondamenti a quei valori che la natura

* Ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ A. NAESS, *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement: a Summary*, in *Inquiry. An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, vol. 16, 1973; tr. it. *Il movimento ecologico: ecologia superficiale ed ecologia profonda. Una sintesi*, in "Etiche della terra", M. Tallacchini (a cura di), Vita e Pensiero, Milano, 1998.

² A. NAESS, citato in W. FOX, *Toward a Transpersonal Ecology*, Shambhala Publication, Boston, 1995.

ha già palesato e che la semplice e naturale osservazione può autonomamente farci cogliere senza particolare difficoltà, diviene superflua, se non addirittura fuorviante: un mero esercizio accademico ben lontano da quell'ecologia militante sostenuta da Naess e dai suoi seguaci. Detto altrimenti, i valori intrinseci "nella e della" natura, in un certo senso, parlano da soli e l'idea di poterli imporre (moralmente) dall'esterno, oltre ad essere inconcludente, tradisce, secondo Naess, lo spirito stesso del suo progetto ecologista. Un progetto che, almeno per come io l'ho inteso, inizia e finisce in sede ontologica, escludendo *a priori* qualunque ulteriore discorso di carattere metaetico.

Benché comprenda a pieno quest'idea e le esigenze che la sorreggono, non riesco cionondimeno a condividerla fino in fondo. Ciò innanzitutto perché credo che all'ontologia della natura (dei fatti appunto) debba necessariamente fare seguito una corrispondente indagine metaetica tesa a giustificare ciò che la prima ha adeguatamente messo in evidenza. Ciò mi porta, come cercherò di evidenziare, ad accettare gran parte delle conclusioni della proposta di Naess, ma non anche le sue premesse, almeno non *in toto*. Nelle prossime pagine tenterò, dunque, di colmare quello spazio che Naess ha deliberatamente lasciato vuoto, sovrapponendo alla sua ontologia olistica e *gestaltista* della natura, di cui a breve parleremo, un'adeguata ontologia dei valori, che possa dar conto del concetto di valore intrinseco in maniera tale che questo non appaia come una sorta di entità autoevidente, dotata dello stesso tipo di esistenza di cui sono dotate le entità materiali. Credo che la posizione di Naess, come d'altronde avviene in molte altre forme di oggettivismo e di realismo morale, ponga il suo interlocutore in una posizione assai scomoda, quella di credere o non credere, di accettare o rifiutare. Sono, invece, convinto che si possa conseguire il medesimo risultato, ossia la dimostrazione del fatto che la natura sia dotata di valore intrinseco, ponendo l'interlocutore di fronte a delle "ragioni", ragioni che sono innanzitutto metaetiche. A tale questione dedicherò i paragrafi secondo e terzo. Prima di far ciò, si rende necessario, come anticipato, un'agile sintesi dell'ontologia proposta da Naess, che renderà chiaro il perché essa, quantomeno nelle intenzioni del suo autore, non debba rimandare ad un qualche tipo di fondazione metaetica dei valori individuati in sede ontologica. Il punto di partenza è costituito dalla contrapposizione tra *Deep and Shallow Ecology*.

2. *L'ecologia profonda di Arne Naess: una sintesi critica*

Mentre l'ecologia di superficie si oppone all'inquinamento e allo sfruttamento incondizionato delle risorse naturali, soprattutto se non rinnovabili, fondamentalmente al fine di «salvaguardare l'elevato tenore di vita dei popoli dei paesi industrializzati»³ e rimanendo, dunque, costretta all'interno di un paradigma culturale chiaramente antropocentrico, l'ecologia di Naess pone, invece, l'esigenza di un vero e proprio ribaltamento di paradigma, la stessa esigenza che anche Jonas aveva posto alla base della sua teoria della responsabilità: l'esigenza di una visione totalmente nuova della natura, dell'essere umano e conseguentemente della stessa questione ambientale che, agli occhi dell'ecologista profondo, andrebbe risolta, non in via strumentale per migliorare la condizione umana, ma per realizzare un valore che è intrinseco nella natura.

A partire da tale premessa, la proposta filosofica di Naess va intesa innanzitutto come un netto rifiuto della tradizionale immagine dell'essere umano concettualmente distinto dall'ambiente naturale in cui si trova (*man in environment image*), in favore della contrapposta immagine della dimensione relazionale naturale a "campo totale", per la quale ciascuna entità naturale, nonché la natura nel suo complesso, si compone, oltre che delle proprietà intrinseche che le sono proprie, anche delle relazioni che la legano a tutte le altre entità. Isolare singole parti del tutto, sganciandole dalla rete di relazioni a cui appartengono, comporta una netta distorsione della realtà e della percezione ontologica che di essa abbiamo. Per cui, secondo Naess, come già anticipato, il fondamento dell'etica non può che essere necessariamente ontologico.

L'ontologia che Naess ha in mente vuole costituire un netto rifiuto dell'atomismo, ossia della tendenza, tipica di una certa tradizione scientifica (che Naess definisce *Galilean*)⁴ a dividere il mondo reale in due parti distinte, la realtà "in sé e per sé" e la realtà "per come noi, esseri umani, la percepiamo". A questa visione dualistica, e antropocentrica, Naess contrappone una concezione ontologica *gestaltista*, in cui la realtà viene concepita come un tutto relazionale. Qualche chiarimento sul punto credo si renda necessario.

³ A. DA RE, *Filosofia morale. Storia, teoria e argomenti*, Bruno Mondadori, Milano, 277.

⁴ Sulla ontologia galileiana ed in particolare sul rapporto tra qualità primarie e secondarie, con riferimento specifico alla questione ambientale, tra gli altri cfr. in particolare E. CAVAZZA, *From the Problem of "Secondary Qualities" to Intrinsically Relational Identity. Environmental Implications*, in *Esercizi filosofici*, 8, 2013.

Com'è noto, Galileo è stato il primo a tracciare la distinzione tra proprietà o qualità primarie e secondarie degli oggetti reali, a seconda che esse appartengano agli oggetti stessi o siano frutto della percezione dell'osservatore. Per cui, e semplificando, quando facciamo esperienza di proprietà quali l'altezza o il peso di un oggetto, prendiamo atto di qualcosa che appartiene in modo intrinseco all'oggetto stesso. Diversamente, l'esperienza del sapore, dell'odore o del calore, ad esempio, ha a che fare con i modi percettivi del soggetto conoscente e non, quindi, con proprietà intrinseche proprie dell'oggetto osservato. Da ciò si può, ad esempio, desumere che l'acqua non può essere intrinsecamente fredda o calda e che il cielo non può essere intrinsecamente azzurro, banalmente perché il loro essere "freddi", "caldi" o "azzurri" dipende anche, ma ovviamente non solo, dai modi percettivi, ossia dal come un particolare osservatore percepisce tali proprietà. E lo stesso, in base alla *galilean perspective*, deve essere detto a maggior ragione delle proprietà che Naess definisce "terziarie", quali la "grandiosità" di un certo panorama, la "serenità" indotta da un'alba o la "bellezza sublime" di un tramonto, qualità che la visione di Galileo percepirebbe come totalmente dipendenti dalle predisposizioni e dai modi percettivi dell'osservatore. Per cui, se le proprietà primarie attengono alla realtà esterna, ossia alla realtà per come essa è, le proprietà secondarie e *a fortiori* quelle terziarie riguardano, invece, la percezione della realtà. Una realtà che è, dunque, interna ai soggetti, una mera immagine.

Torneremo su questo punto, assai problematico, più avanti, per ora è utile evidenziare che a parere di Naess questa concezione ontologica galileiana, che determina il predominio dell'*astratto* sul *reale*, trascura un aspetto fondamentale, ossia il fatto che le strutture astratte, che in quanto tali sono prive di contenuti, sono cosa ben diversa dalle entità fisiche della realtà: «La struttura appartiene alla realtà – afferma Naess - ma non è la realtà»⁵. Per cui, ad esempio, una mappa geografica certamente può dare informazioni importanti su una determinata area del globo, ma essa non coincide con l'entità naturale che essa designa, è una sua descrizione in astratto capace di cogliere soltanto alcune delle dimensioni di cui quell'entità si compone, comprendendo essa anche altre dimensioni, ossia qualità e proprietà che non possono in alcun modo essere ridotte ad immagini o rappresentazioni: i suoi rumori, ad esempio, i suoi odori, l'atmosfera, le sensazioni emotive che essa suscita etc. Per cui, secondo

⁵ A. NAESS, *Ecosofia*, A. AIROLDI e G. SALIO (a cura di), Red edizioni, Como, 1994, 58.

Naess, tutto ciò che compone l'intero è reale quanto lo è l'entità in se stessa, ed è reale, appunto, perché appartiene all'insieme che stiamo considerando.

È per queste ragioni che alla *Galilean Ontology*, un'ontologia costituita da proprietà oggettive, nel senso letterale di "appartenenti all'oggetto", Naess contrappone una *Gestalt Ontology*, una ontologia della *Gestalt*⁶, una concezione della realtà che potremmo definire multidimensionale e che, quindi, la concepisce come una *rete* di relazioni in cui il significato di ogni singolo *nodo* deriva in parte dalle sue caratteristiche intrinseche ed in parte dalle relazioni tra questo, tutti gli altri nodi e la rete nel suo complesso. Non a caso, in base al motto più ricorrente dei teorici della *Gestalt*, soprattutto in ambito psicologico: "Il tutto è più della somma delle sue parti". E questo *plus*, di cui neanche la matematica riesce a "dar conto", è costituito da un elemento impalpabile, e quindi non quantificabile, ma reale quanto lo sono le entità e le loro proprietà: l'idea di relazione.

Per capire questo concetto Naess utilizza una metafora musicale: «Prendete ad esempio la Sonata Patetica di Beethoven, che ha tre movimenti: Allegro, Adagio e Allegro. (...) I movimenti sono interi subordinati, *Gestalt* subordinate di una realtà musicale. All'interno del movimento poi ci sono gruppi di note che formano unità contrastanti. Abbiamo quindi un complesso insieme di *Gestalt*, ordinate secondo una vasta gerarchia. La *Gestalt* di un complesso pezzo musicale è subordinata all'esperienza di quel pezzo in una particolare situazione. Il pezzo, infatti, può essere eseguito all'aperto, oppure in un edificio bello o in uno brutto. Se siamo insieme con un'altra persona, il nostro rapporto con quella persona in quella situazione influisce sulla nostra esperienza della musica.

⁶ La *Gestaltpsychologie*, psicologia della *Gestalt* ossia "psicologia della forma" è una tra le più importanti e innovative correnti psicologiche del XX secolo, il cui principale oggetto di studio è costituito dai problemi della percezione e dell'esperienza. La corrente è nata e si è sviluppata in Germania a partire dai primi anni del Novecento, dopodiché si è estesa anche negli Stati Uniti, a causa delle persecuzioni naziste. In particolare, il termine *Gestalt* fu impiegato per la prima volta dal matematico, fisico e filosofo Ernst Mach, insieme a Wittgenstein e a Frege uno dei grandi intellettuali che hanno ispirato alcune delle idee del neopositivismo. Il termine ebbe fin da subito diffusione in ambito psicologico, soprattutto grazie all'uso che di questo fecero Edmund Husserl e Christian von Ehrenfels. L'idea identificativa del movimento, ripresa anche da Naess così come da molti altri intellettuali nei più svariati ambiti di ricerca, è quella per cui l'insieme è differente, non necessariamente migliore, rispetto alla somma delle singole parti che lo compongono. Concezione, questa, che si opponeva innanzitutto ai modelli teorici strutturalisti del secolo precedente. Da qui il motto, citato anche nel testo *Das Ganze unterscheidet sich von der Summe seiner Teile*, ossia «il tutto non coincide con la somma delle parti».

Nessun aspetto dell'esperienza può essere preso isolatamente»⁷. Da ciò appare possibile desumere che ogni nota, così come ogni entità reale, ha caratteristiche che le sono proprie e che consentono di delineare la sua identità e la sua unicità. Per cui, un "LA", ad esempio, appartenente ad una determinata ottava, ed a prescindere dallo strumento o dalla voce che lo intona, ha sempre una medesima frequenza che lo distingue da tutti gli altri suoni pensabili. Ma, se a questo "LA" concateniamo altre note, ciascuna delle quali possiede anch'essa qualità che la caratterizzano, otterremo un insieme, una *Gestalt* appunto, ossia una struttura melodica che non può essere ridotta semplicemente alla somma delle note che la compongono, per una serie di ragioni. Innanzitutto, perché la melodia è data sì dalle note, ossia dai suoni, ma anche dai silenzi, dalle pause. Spazi vuoti carichi di significato, e quindi anche di valore, che danno senso ai suoni. E poi perché tra le note, nonché tra le note ed i silenzi, si instaurano relazioni che fanno parte a pieno titolo di questa prima struttura. Ma non solo. Perché quella melodia, quella piccola *Gestalt* fatta di suoni e di pause, non è ad esse riducibile perché a sua volta va riferita ad un intero più vasto cui appartiene, ad una *Gestalt* ancora più grande. E questa, a sua volta, andrà riferita ad un insieme ancora più vasto che la contiene, e così via. A ben vedere, in effetti, la piccola melodia considerata appartiene ad un fraseggio più vasto, quel fraseggio ad un intero tema, il tema ad una trama armonica e melodica ancora più grande fino ad arrivare, ad esempio, alla *Gestalt* costituita da una complessa sinfonia per pianoforte e orchestra. Ma c'è ancora un elemento da considerare, quello che prima abbiamo definito "proprietà terziaria", relativo al fatto che l'osservatore, in questo caso l'ascoltatore, può essere concepito in verità egli stesso come parte di questa rete di relazioni, in quanto percepisce tutti questi insiemi che compongono l'intero, a partire da "situazioni e stati d'animo" determinati che non sono meno reali delle note e delle pause che compongono il brano che sta ascoltando. Se, dunque, ci chiediamo a questo punto cos'è la musica o, più nello specifico, cos'è la sinfonia per pianoforte e orchestra che stiamo ascoltando, dobbiamo concludere, con Naess, che la musica in generale e la sinfonia in particolare siano contemporaneamente tutto questo: frequenze, che messe in relazione reciproca creano *nodi* di significato, i quali, insieme agli altri nodi, creano strutture relazionali complesse. Complesse e mai definitivamente stabili, visto che la relazione con l'osservatore/ascoltatore è, in quest'ottica, essa stessa parte della *Gestalt* complessiva. In sintesi, possiamo dire che la musica è un intero relazionale. Con ogni evidenza, tale

⁷ A. NAESS, *Ecosofia*, cit., 68-69.

modo di procedere conduce ad una concezione ontologica in cui viene superata la contrapposizione tra “soggettivo” ed “oggettivo”, ed in cui la realtà viene configurata in chiave monista come unità compatta, come intero relazionale dotato di valore.

Questa premessa ontologica, solo apparentemente lontana dalle questioni ambientali, è considerata in realtà il presupposto irrinunciabile dell’ecologia (o dell’ecosofia) proposta da Naess. Perché il discorso appena riferito alle note della musica può essere rivolto anche a qualunque entità naturale, da quella più piccola e semplice a quella più grande e complessa. In quest’ottica, una foresta, ad esempio, dal punto di vista di un *gestaltista* non può essere ridotta agli alberi che la compongono, e quindi alle proprietà primarie, esteriori ed oggettive che Galileo attribuiva alla realtà ed ai suoi oggetti, perché essa comprende anche tutte quelle relazioni che si consumano al suo interno e che fanno parte integrante della sua struttura intrinseca. Detto semplicemente, si potrebbe dire che la foresta, in quanto *Gestalt*, oltre a comprendere i tronchi, i rami, le foglie la resina e tutte le altre proprietà primarie, comprende anche le sensazioni di grandiosità e di mistero che tutte quelle proprietà nel loro insieme suscitano nell’essere umano che le osserva e che di quelle proprietà fa esperienza: la foresta è “realmente” anche questo. Il che implica, ed è qui che s’innesta il discorso ambientalista, che l’abbattimento dei suoi alberi non distrugge soltanto i pochi o molti alberi recisi, distrugge anche questo “altro”, ossia la rete di relazioni che la presenza degli alberi rendeva possibile e che adesso, invece, non esiste più⁸. Detto altrimenti, se osserviamo una foresta dall’interno, attraverso le categorie ontologiche di Galileo, che sono poi le tipiche categorie dell’essere umano moderno occidentale, tra un albero ed un altro vedremo solo spazio, spazio vuoto, fundamentalmente non vedremo “nulla”. Appunto perché da questa prospettiva, che ovviamente non è soltanto un punto di vista fisico, la foresta appare “solo” come un insieme di alberi, ossia come una somma di oggetti dotati di qualità o proprietà esterne ed oggettive che occupano un certo volume all’interno dello spazio vuoto. E sempre da questo punto di vista, saremo portati a concludere che l’intero coincide effettivamente con la somma delle parti che lo compongono. Nell’idea di Naess, invece, o di qualunque fautore dell’ontologia *gestaltista*, nello spazio che separa gli alberi c’è *essere*, c’è *vita*, esistono relazioni, tensioni, in una parola esistono valori. Ecco le parole di Naess a riguardo: «una relazione tra due enti A e B si dice intrinseca quando

⁸ Sul punto cfr. in particolare C. DIEHM, *Arne Naess and the Task of Gestalt Ecology*, in *Environmental Ethics*, 28 (1), 2016, 26 ss.

è tale da appartenere alla definizione stessa o alla costituzione fondamentale di A e B, sicché, se togliamo la relazione, A e B non sono più gli stessi enti. Il modello a tutto campo dissolve non solo il concetto di “uomo nell’ambiente”, ma anche qualunque compatto concetto di “cosa in *milieu*” – eccetto quando si comunichi a livello superficiale o preliminare»⁹.

Secondo Naess questa impostazione ontologica conduce *necessariamente* all’idea di egualitarismo biosferico (in linea di principio), altra componente fondamentale dell’ecologia profonda. Il problema non consiste più, adesso, nel determinare se esistano o meno entità naturali moralmente rilevanti e neanche nel relativo tentativo di comprendere quali esse siano, semplicemente perché tutto ciò che esiste, proprio per il fatto di esistere, possiede pari importanza, innanzitutto morale. Per cui diviene molto difficile, per dirla come Rolston, «dire dove i fatti naturali finiscono e dove appaiono i valori naturali»¹⁰. Si tratta comunque di un egualitarismo “in linea di principio” perché, come lo stesso Naess ha più volte sottolineato, ogni prassi realisticamente intesa implica necessariamente un qualche grado di sfruttamento e di soppressione. Vivere, e quindi, nutrirsi, muoversi, agire, anche quando lo si fa nella piena coscienza ambientalista e con la massima attenzione per l’altro (umano e non umano), produce sempre una qualche forma di “danno” o di “consumo”. Tuttavia, un conto è giustificare tale danno sulla base di argomenti antropocentrici che trovano nella superiorità e nel dominio i propri riferimenti immediati, altro è semplicemente «riconoscere il carattere inevitabile, a partire però dalla preventiva adesione al biocentrismo e al principio di identificazione»¹¹. L’assunzione di questo rinnovato punto di vista, per il quale nessuno spazio separa più gli esseri umani dalla natura e dalle sue entità ed in cui ciascun essere vivente (compreso ovviamente l’essere umano) viene concepito come un nodo di raccordo con gli altri esseri viventi, non è fine a sé stessa perché determina una nuova concettualizzazione del concetto dell’io, o come Naess lo definisce, del *Sé*.

È questo il momento chiave, nonché a mio avviso quello più problematico dell’intera proposta, attraverso cui dall’essere si passa al dover essere, dall’ontologia si passa (implicitamente) all’etica. Nel momento in cui l’essere umano prende atto del suo reale *status* ontologico, quando *realizza* in modo profondo e definitivo di essere un nodo tra gli

⁹ A. NAESS, *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement*, cit., 143.

¹⁰ H. ROLSTON, *Is There An Ecological Ethics?*, in *Ethics*, 85, 1975, p. 100; tr. it. *Esiste un’etica ecologica?*, in *Etiche della terra*, M. TALLACCHINI (a cura di), Vita e Pensiero, Milano, 1998.

¹¹ A. DA RE, *Filosofia morale*, cit., 279.

infiniti nodi di cui si compone la rete delle relazioni naturali, prende avvio un processo di autorealizzazione che ricorda, almeno in parte, il cammino verso l'illuminazione di alcune religioni orientali. Un processo di autorealizzazione che determina la fioritura del proprio Sé ecologico, ossia l'espansione (e non la distruzione) del ben più ristretto e limitato ego ecologico: «Il senso di sé dell'ecologia profonda richiede ulteriore maturità e crescita, un'identificazione che oltrepassa l'umanità per comprendervi il mondo non umano»¹². Riprendendo la distinzione kantiana tra azioni morali e azioni belle (ossia azioni che sono buone perché assecondano le personali inclinazioni), Naess si mostra convinto che l'individuo avviato al processo dell'autorealizzazione del Sé ecologico realizza nei confronti della natura azioni che sono innanzitutto naturalmente "belle", ossia azioni che sono moralmente corrette perché spontaneamente morali. L'approccio è quasi socratico: non si tratta di obbedire alla morale ed ai suoi precetti, ossia ad imperativi eteronomi, si tratta piuttosto di comprendere ed assumere un determinato punto di vista e di agire in modo conseguente, senza sforzo e senza dover vincere alcuna resistenza morale, perché fare altrimenti a quel punto apparirebbe inconcepibile. In sintesi, chi agisce sulla base del proprio Sé ecologico, e non più del proprio limitato ego ecologico, non potrà che evitare di trattare il prossimo, umano o non umano che sia, come mezzo anziché come fine. Ecco le parole di Naess a riguardo: «Più riusciamo a comprendere il legame che ci unisce agli altri esseri, più ci identifichiamo con loro, e più ci muoveremo con attenzione. In questo modo diventeremo anche capaci di godere del benessere degli altri e di soffrire quando una disgrazia li colpisce. Noi cerchiamo il meglio per noi stessi, ma attraverso l'espansione del sé ciò che è meglio per noi è anche meglio per gli altri. La distinzione tra ciò che è nostro e ciò che non lo è sopravvive solo nella grammatica, non nei sentimenti»¹³.

L'influenza di Spinoza è evidente, ed è anche nota in letteratura. In particolare, è il concetto di *conatus* spinoziano che Naess sembra far proprio, ma con una essenziale differenza. In Spinoza, per *conatus* s'intende la naturale tendenza, o meglio il naturale sforzo proprio di ciascun individuo a preservare se stesso, a mantenere la propria attualità. In fisica, ad esempio, il principio di inerzia sembra manifestare a pieno questa tendenza. Da ciò Spinoza ricavava che la distruzione di un ente non può che avvenire per cause esterne e, dunque, contro questa tendenza che coincide con la natura

¹² B. DEBALL, G. Sessions, *Ecologia Profonda. Vivere come se la Natura fosse importante*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1989, 75.

¹³ A. NAESS, *Ecosofia*, cit., 223.

di ciascun ente. Naess riprende questo concetto, ma a differenza di Spinoza, lo cala in una dimensione relazionale, nel senso che tale sforzo votato naturalmente all'autoconservazione implica la relazione tra gli enti, varcando immancabilmente la dimensione puramente individuale.

Ciò è possibile in quanto l'espansione dell'ego ecologico, che diventa quindi Sé ecologico, spezza, distruggendola, la linea di separazione tra "noi" e "l'universo" ed a quel punto il Sé non incontrerà più un limite nel nostro corpo, estendendosi esso alla natura in quanto tale. Per cui, per un Sé ecologico esteso maltrattare la natura significherebbe letteralmente maltrattare se stesso, visto che nulla lo separa più dalle cose naturali. Nell'ottica di Naess, insomma, se guardassimo alla natura per ciò che realmente essa è la rispetteremmo semplicemente perché sarebbe assurdo ed inconcepibile fare diversamente. Rispetteremmo incondizionatamente la natura, non semplicemente perché rispettarla significherebbe indirettamente rispettare noi stessi (come per la tradizione antropocentrica) e neanche perché crediamo si tratti di un'entità importante o dotata di valore, ma per una ragione più profonda, perché essa coincide con il nostro Sé: noi siamo la natura e la natura è ciò che noi siamo. Ecco le parole di Naess a riguardo: «Il rispetto (per la natura) consegue spontaneamente quando il Sé è profondo e ben radicato, la cura della natura viene sentita e percepita come la cura di noi stessi. E così come non abbiamo bisogno della pressione morale per ricordarci di respirare, allo stesso modo non avremo bisogno di esortazione alcuna per mostrare cura»¹⁴.

3. Una critica all'oggettivismo metaetico

Benché io accetti il progetto generale, il significato politico sociale e le tesi filosofiche di fondo della *Deep Ecology*, cionondimeno ho difficoltà ad accettare il modo in cui Arne Naess giustifica o, sarebbe meglio dire, "non giustifica" l'idea di valore intrinseco della natura, irrinunciabile punto di approdo della sua teoria ed in verità di qualunque teoria etica ambientale di matrice non antropocentrica. Più precisamente, come ho già sottolineato, nella prospettiva di Naess la giustificazione del valore intrinseco della natura sembra iniziare e finire in sede ontologica, mancando di fatto una spiegazione metaetica della sua origine e del suo *status*. È come se Naess, dando per scontata la presenza immanente in natura dei valori, resi visibili da una corretta impostazione dell'ontologia naturale, si sentisse alla fine

¹⁴ A. Naess, citato in W. Fox, *Toward a Transpersonal Ecology*, cit.

1/2021

esonerato dal dover rispondere alle classiche domande, antiche quanto lo è la filosofia, relative alla loro natura e alla loro provenienza: cosa sono i valori? Sono “etichette” attribuite alle entità (naturali e non) dall’essere umano oppure qualità che appartengono intrinsecamente a tali entità a prescindere dalla volontà dell’essere umano, se non addirittura a prescindere dalla sua stessa esistenza?

Con ogni evidenza, e quanto riportato relativamente alla sua teoria credo lo renda palese, Naess aderirebbe senza esitazioni alla seconda ipotesi, quella dell’esistenza autonoma ed indipendente dei valori. Il problema è che nel suo impianto teorico non c’è traccia di una tesi che giustifichi una conclusione così importante, se non l’idea per cui la percezione della natura condotta attraverso un rinnovato atteggiamento psicologico-mentale-spirituale, ossia attraverso un nuovo *Sé* ecologicamente risvegliato, sia sufficiente a rendere palese ciò che la natura intrinsecamente possiede e, dunque, la sua grandiosità, la sua bellezza, il suo mistero e tutti i valori morali ed estetici radicati nella sua essenza. Faccio riferimento all’idea di cui abbiamo parlato nel precedente paragrafo, quella secondo cui le qualità terziarie della realtà per Naess sarebbero, contro l’ontologia galileiana, reali quanto lo sono quelle primarie. Ma così facendo, ed è questo il problema che qui sto cercando di evidenziare, la questione dell’origine e dello *status* dei valori viene del tutto bypassata, trasformandosi essa in una questione introspettiva che attiene essenzialmente al “lavoro” che l’essere umano deve compiere, innanzitutto su se stesso, al fine di poter entrare in contatto con la dimensione assiologica intrinseca nella realtà, una dimensione altrimenti invisibile. Semplificando, e se ho ben interpretato le indicazioni di Naess, è come se dietro ad uno schermo esistessero degli oggetti che resteranno invisibili a determinati osservatori fino a quando questi non realizzeranno di dover salire su di una scala al fine di poterli ammirare.

Sono molti gli autori che hanno provato a fornire un’adeguata giustificazione alle tesi sui valori che Naess si limita a dare per scontate. Tra questi tentativi due appaiono in questa sede degni di considerazione: il primo, diciamo più ortodosso, portato avanti tra gli altri da Warwick Fox, spiega l’idea di valore intrinseco della natura in chiave psicologica, persistendo nell’idea della “inutilità” e della “vacuità” del discorso (meta)etico. Il secondo, proposto tra gli altri da Arne Johan Vetlesen, compiendo quel passo (verso la metaetica) che Naess non aveva voluto compiere, interpreta il pensiero di Naess in chiave essenzialmente oggettivista. Credo che entrambe le soluzioni pongano problemi di

circolarità e di autoreferenzialità difficilmente superabili, il che renderà necessario reperire altrove una soluzione metaetica adeguata.

Iniziamo da Fox. L'ambientalista australiano, palesando ed enfatizzando ciò che di fatto era già implicito nella posizione di Naess, sostiene che l'errore comune a tutte le teorie morali occidentali, da Cartesio in avanti, sia consistito nel fatto di perseverare in una visione troppo ristretta e limitata del Sé¹⁵ (con la sola eccezione di Spinoza, che non a caso ha rappresentato per Naess una chiara fonte d'ispirazione). Per Fox, insomma, il dualismo uomo-natura, la trasformazione della natura in un oggetto, in una "cosa", nonché tutte le altre posizioni antiecologiste attribuibili alle concezioni morali tradizionali, non sarebbero altro che una conseguenza di questa angusta concezione del Sé. A differenza di quelle filosofie, l'eco-filosofia di Naess costituirebbe, invece, un invito alla cooperazione, una spinta a superare quell'angusto spazio in cui il nostro Sé è tradizionalmente costretto ad operare. Afferma Naess a riguardo, «non desidero imporre alcuna dottrina a nessuno. Sono alla ricerca della cooperazione, e non di una buona occasione per predicare»¹⁶. Per cui, nella lettura offerta da Fox, la chiave del discorso portato avanti da Naess, prima ontologico e poi etico, è sempre relativa alla "dimensione" e alla "estensione" del Sé e alla sua capacità di cooperare. Tutto il resto viene di conseguenza.

Alla classica ed ovvia obiezione per cui Naess finirebbe col derivare, senza giustificazioni ulteriori, i valori direttamente dai fatti, cadendo in tal modo nella fallacia naturalistica, Fox replica semplicemente affermando che tra i fatti e i valori presi in considerazione da Naess nella sua teoria non esiste una connessione logica, che evidentemente violerebbe la legge di Hume, ma una connessione che è solo psicologica. A suo parere la risposta che l'essere umano "ecologicamente realizzato" offre ai fatti della natura «segue in modo naturale, non come una conseguenza logica, ma come una conseguenza psicologica, come l'espressione - conclude Fox - dell'evolversi (dello sviluppo, della maturazione) del Sé»¹⁷.

Il problema che voglio qui sottolineare attiene al fatto che il ricorso alla dimensione psicologica, in quanto dimensione antitetica a quella logica, anziché "spiegare" o "giustificare" la posizione metaetica di Naess, finisce a mio parere col renderla ancora più incerta, vaga e, in un certo qual modo, inintelligibile. Il che, come opportunamente nota Vetlesen a riguardo, tra le

¹⁵ A. NAESS, citato in W. FOX, op. cit., 223.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, 247.

altre cose, pregiudica lo stesso *status* scientifico dell'ecologia (profonda) in quanto scienza. «Fox vuole promuovere la sua ecologia transpersonale facendo ricorso all'autorità dell'ecologia intesa nei termini di una scienza in grado di dimostrare il nostro intenso legame di interconnessione con il mondo. Ma rifiuta con enfasi di sottoscrivere qualunque idea che dimostri che tale interconnessione implichi "logicamente" un dovere verso il mondo. In altre parole, [a suo parere] dall'essere (ossia il fatto della interconnessione) così come stabilito dall'ecologia non discendono direttamente valori»¹⁸. Insomma, è come se Fox, per un verso al fine di giustificare la posizione di Naess e per l'altro nel tentativo di evitare che essa cada nella fallacia naturalistica, trasformasse la questione della fondazione dei valori in una questione prettamente psicologica che attiene, dunque, a ciò che i fatti riescono a suscitare in termini valoriali in questa psicologia rinnovata del Sé.

La posizione appare alquanto problematica. Si tratta, per come io l'ho intesa, di una forma di oggettivismo mascherato, o forse ancora meglio, di un modo per distogliere l'attenzione dai reali problemi che l'oggettivismo morale inevitabilmente pone quando palesato in modo espresso. Credo che il tentativo di Vetlesen, consistente, invece, nello svelare l'oggettivismo implicito nella posizione di Naess, costituisca una posizione di certo più chiara e decifrabile, ma non per questo meno problematica.

Vetlesen rende esplicita l'idea, peraltro comune a molti filosofi ecologisti, per cui tra fatti e valori in realtà non ci sia differenza alcuna, perché osservare soggettivamente un fatto significa contemporaneamente scoprire "oggettivamente" un valore. Rolston, giusto per fare un esempio, già a partire dagli anni Settanta ha sostenuto proprio un'idea di questo genere: «La descrizione e la valutazione emergono in certa misura insieme»¹⁹. Per questi autori, Vetlesen compreso, la fallacia naturalistica, lungi dal costituire un ostacolo da dover aggirare, come per Fox, semplicemente non esiste, è solo un equivoco che la filosofia occidentale, fondamentalmente per inerzia, ha perpetuato trasformandola in un truismo. Anche il giurista Lon Fuller ha sostenuto qualcosa di simile all'inizio degli anni Cinquanta: «Nessuna di tali convinzioni sarebbe apparsa come un truismo agli occhi di Platone, di Aristotele e di tutti quei filosofi che molto probabilmente avrebbero avuto difficoltà a trarre da esse un significato chiaro. È solo in tempi più recenti, ed innanzitutto a causa

¹⁸ A.J. VETLESEN, *Ethics and Value in Naess' Ecophilosophy: A Realist Perspective*, in *Worldviews*, Vol. 21, n. 3, *Special Issue: Deep Ecology*, 2017, 257.

¹⁹ H. ROLSTON, *Esiste un'etica ecologica?*, cit., 162.

dell'influenza di Kant, che tali convinzioni hanno assunto lo status di assiomi tanto tra i filosofi quanto più in generale tra le persone comuni»²⁰.

Partendo da tali premesse, il tipo di oggettivismo sostenuto da Vetlesen approda ad un'idea molto semplice da afferrare, ma al contempo molto difficile da dimostrare, ossia all'idea, e per dirla con Ronald Dworkin, per cui i valori «sono altrettanto reali quanto gli alberi e il dolore», in quanto «il mondo del valore si contiene e si certifica da solo»²¹. Si tratta di una strategia difensiva e giustificativa dell'ontologia di Naess certamente più consona ed adeguata ad un'etica ambientale radicalmente anti-antropocentrica qual è quella presupposta dalla *Deep Ecology*. E non è un caso, infatti, che i maggiori autori che sostengono prospettive ecologiste ed ambientaliste di questo tipo siano tendenzialmente oggettivisti, facendo immancabilmente coincidere il piano dei fatti con quello dei valori. Come sottolinea anche Domsy in proposito, «una tesi comune della filosofia ambientalista è consistita nell'idea per cui al fine di assicurare valore intrinseco alle entità naturali, e non semplicemente valore strumentale, sia necessario aderire e difendere in modo vigoroso una metaetica oggettivista, come posizione contraria al soggettivismo»²².

La tesi che, invece, intendo qui sostenere, in parte facendo mie alcune (ma solo alcune) considerazioni di Robert Elliot, è che sia possibile assicurare valore intrinseco alla natura senza necessariamente aderire ad una posizione oggettivista "radicale" qual è quella sostenuta, benché in ambiti e con finalità differenti, da autori come Dworkin o Vetlesen. L'insoddisfazione nei confronti di questo tipo di oggettivismo, benché esso costituisca la strada più agevole per chiunque intenda fondare l'etica a partire dall'ontologia, nasce dalla convinzione per cui in un punto indefinito del suo ragionamento si inserisca, il più delle volte in modo implicito, un elemento irrazionale, quasi fideistico e religioso²³. Mi sembra

²⁰ L.L. FULLER, *American legal Philosophy at Mid Century. A Review of Edwin W. Patterson's in Jurisprudence. Men and Ideas of the Law*, in *Journal of Legal Education*, n. 6, 1954, 469.

²¹ R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, Il Mulino, Bologna 2013, 27.

²² D. DOMSKY, *Keeping a Place for Metaethics: Assessing Elliot's Dismissal of the Subjectivism/Objectivism Debate in Environmental Ethics*, in *Metaphilosophy*, vol. 35, n. 5, 2004, 675.

²³ In passato, ho sostenuto questa tesi in particolare contro l'atteggiamento oggettivista assunto da Dworkin nel volume *Religione senza Dio*, rilevando in particolare che tale atteggiamento non rinuncia realmente alla figura di Dio, come Dworkin tenta di dimostrare, in quando in modo più o meno implicito tende a deificare l'idea di valore che, in questo senso, prende il posto di Dio. Cfr. A. PORCIELLO, *La religione atea di Dworkin e la divinizzazione del valore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018.

che l'oggettivismo, detto altrimenti, chieda all'osservatore di vedere ciò che non può essere visto, di percepire ciò che non può essere percepito, gli chiede, in fin dei conti, di essere "credente", nei valori, ma pur sempre credente. Il punto è che personalmente non "credo" che i valori siano entità reali dotate di esistenza autonoma che l'essere umano può soltanto scoprire ed accertare, ma "non creare". Anzi, più precisamente, di questo argomento sono portato ad accettare soltanto la sua ultima tesi: anche io credo che gli esseri umani "non creino" i valori, o che quantomeno non li creino "da soli". Tra poco specificherò in che senso. Non accetto, invece, la prima parte dell'argomento, ossia l'idea per cui i valori esistano in modo indipendente e autonomo ed a prescindere dall'esistenza dell'essere umano. E per questa ragione non posso considerarmi un oggettivista, quantomeno se per oggettivismo intendiamo la tesi per cui i valori esistono "come gli alberi o il dolore".

In verità, è bene però ricordare che esistono quantomeno tre tipi di oggettivismo in ambito metaetico, ciascuno in parte indipendente dagli altri. In base al primo, cui ho appena fatto cenno, si ritiene che i valori siano dotati di un'esistenza propria, costituiscano delle entità reali o, come dicono gli anglosassoni, siano *mind-independent*. Il secondo, che non consegue necessariamente dal primo, ritiene, invece, che i valori siano intrinsecamente prescrittivi, ossia prescrittivi «indipendentemente dai desideri contingenti, dalle attitudini e dalle preferenze di chi valuta»²⁴. Ed infine, in base alla terza tesi, che non consegue necessariamente dalle tesi precedenti, i valori sarebbero anche intrinsecamente motivazionali, nel senso che «accettarli significa, ed a prescindere dai nostri desideri, essere in qualche misura spinti ad agire»²⁵.

Delle tre forme di oggettivismo, sarei pronto a sottoscrivere solo la seconda, la tesi prescrittiva. Il valore, una volta individuato, poco importa, almeno sotto questo profilo, se grazie ad una scoperta o ad una creazione, contiene in sé elementi prescrittivi. Per il resto, oltre, come già detto, a rifiutare la prima forma di oggettivismo, rifiuto anche l'ultima, ossia l'idea per cui accettare un valore significhi necessariamente comportarsi in modo conseguente. Accertare (ed accettare) l'esistenza di un valore comporta esclusivamente il fatto di ammettere l'esistenza di una prescrizione, ossia ammettere che esiste un modo giusto di comportarsi (e non è poco), ma ciò lascia aperta la possibilità per il soggetto conoscente di comportarsi in modo differente, e quindi tecnicamente ingiusto, sulla base di altri parametri,

²⁴ R. ELLIOT, *Faking Nature*, Routledge, London, 1997, 222.

²⁵ *Ibidem*.

tendenzialmente egoistici. Detto altrimenti, l'adesione al valore e alla sua carica prescrittiva è pur sempre un atto di volontà, e la volontà deve essere indirizzata o addirittura piegata attraverso strumenti che sono esterni alla giustificazione metaetica, *in primis* attraverso lo strumento giuridico, ad esempio, o quello della promozione (anche politica).

Per tali ragioni, la posizione che intendo sostenere non può che essere ibrida, consistendo essa in un particolare tipo di soggettivismo moderato che incorpora, però, altrettanto moderati elementi di oggettivismo. Più avanti cercherò di darle una forma ed un contenuto più precisi. Per adesso, e ai fini del mio ragionamento, intendo concentrarmi sul primo tipo di oggettivismo al fine di spiegare in modo più puntuale, e spero definitivo, le ragioni per cui non possa essere condiviso.

Prendo a modello la posizione oggettivista assunta dal Dworkin di *Religione senza Dio*, in particolare quando il filosofo americano afferma che «ciò che chiamiamo natura – l'universo come un tutto e in tutte le sue parti – non è un mero dato di fatto ma è intrinsecamente sublime: qualcosa che ha valore e incanto intrinseci»²⁶. Affermazione che Naess, e molti dei suoi difensori, avrebbero senz'altro sottoscritto senza particolari titubanze. E questa bellezza intrinseca a tutte le entità naturali, Dworkin fa l'esempio della bellezza di un tramonto o del Grand Canyon, non è semplicemente legata alle loro forme, ai loro colori e alle altre proprietà esteriori, «il loro essere meravigliosi dipende dal fatto che è la natura, anziché una qualche intelligenza o volontà umana ad averli prodotti»²⁷.

Ovviamente nessuno intende negare i sentimenti e le sensazioni di mistero, di riverenza, di commozione che la visione di tali entità può suscitare nell'essere umano, forse proprio derivanti dal mistero che avvolge la natura ed i suoi enti. A cominciare dal mistero dell'esistenza, e quindi della vita e della morte. E lo splendore del tramonto o la grandezza del Grand Canyon sono certamente capaci di provocare tutto questo, *in primis* perché, ed in questo ha perfettamente ragione Dworkin, si tratta proprio di entità naturali e non di altro. Se così non fosse, se scopriremo, ad esempio, che anziché il tramonto o il Grand Canyon stesso ammirando in realtà una scenografia incredibilmente accurata, un artefatto umano perfettamente realizzato, con tutta probabilità continueremo a vedere la loro bellezza, ma è del tutto verosimile che tali oggetti perderebbero d'improvviso il fascino derivante dal "mistero", per la banale ragione che a quel punto non ci sarebbe più nulla di misterioso. Non si tratterebbe, più,

²⁶ R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, cit., 23.

²⁷ Ivi, 48.

insomma, della bellezza sublime ed intrinseca di cui parla Dworkin, perché quel tipo di bellezza, del tutto speciale, nasce dalla coscienza e dalla consapevolezza che ciò che stiamo osservando è parte della natura, e non una sua, per quanto perfetta, imitazione.

Quest'idea, che Dworkin interpreta nei termini di un atteggiamento religioso verso la vita²⁸, perché appunto riconosce l'esistenza del sublime, appare del tutto ragionevole e non mi sembra ponga particolari questioni da dover discutere. Il punto che, invece, mi preme sottolineare è che, per quanto condivisibile tale argomento sia, esso non dimostra in verità nulla per ciò che concerne i valori e la loro giustificazione ed in particolare non mi sembra che ci costringa in modo alcuno ad accettare la tesi oggettivista qui presa in esame. Anzi, credo che queste affermazioni siano del tutto compatibili con la concezione ad essa opposta, l'impostazione metaetica proposta da un certo soggettivismo moderato.

In effetti, il soggettivista potrebbe ribattere all'esempio di Dworkin semplicemente affermando che il tramonto o il Grand Canyon non sono affatto dotati di bellezza "autonoma ed indipendente" e che si tratta a ben guardare di entità che semplicemente "esistono" e che, dunque, non hanno di per sé alcun significato morale che sia definibile come *mind-independent*. Il fatto di valutarli in termini di valore, di bellezza ad esempio, avrebbe a che fare esclusivamente con le modalità di funzionamento del cervello umano, con le sue sinapsi, forse con il DNA, a cui si sovrappongono poi ulteriori elementi condizionanti, come le ataviche paure del nulla, della morte, del non essere etc. Insomma, quello che il soggettivista sta cercando di dire è che la bellezza della natura esiste per ciò che la sua immagine riesce a suscitare in "noi in quanto esseri umani". Da ciò la conclusione normalmente associata al soggettivismo: i valori non sono altro che il prodotto dell'attività intellettuale dell'essere umano, sono *mind dependent*, un suo tratto caratteristico ed al contempo una sua prerogativa. I valori esistono perché esiste l'essere umano ed è, dunque, legittimo credere che prima del suo arrivo sul pianeta terra, l'universo non fosse né bello e né brutto, semplicemente "era". La tesi, nonostante il suo crudo realismo venato di pessimismo, mi sembra abbia le sue buone ragioni, non fosse altro perché è molto difficile riuscire a dimostrare la tesi contraria.

La più ovvia di queste ragioni è la seguente: se realmente i valori fossero entità reali indipendenti dall'osservatore, essi non sarebbero "visibili" soltanto all'essere umano, non costituirebbero solo una sua prerogativa, dovrebbero essere percepiti anche da "valutatori" non umani.

²⁸ Ivi, 23 ss.

Eppure, è ragionevole ritenere, almeno per quanto a noi è concesso sapere, che nessun altro essere vivente provi le stesse sensazioni che noi esseri umani proviamo e che giudichi la natura in termini di maggiore o minore bellezza, banalmente perché il suo cervello non glielo consente. Di certo gli esseri viventi non umani dotati di un sistema nervoso percepiscono il mondo in modo molto simile a come l'essere umano lo percepisce, possiedono sensi, in molti casi anche più sviluppati rispetto ai nostri, provano paura, dolore, empatia (pensiamo ai pesci terrorizzati alla vista della crudeltà che gli esseri umani infliggono ad altri pesci, soprattutto quando appartenenti alla stessa specie).

Ma lo stesso non si può dire delle capacità, chiamiamole "assiologiche", degli animali. Esistono molti studi relativi alla questione se gli animali riescano o meno a percepire la bellezza, o se in qualche modo siano capaci di valutare il mondo in questi termini, e la risposta è che il loro cervello, per quanto sviluppato sia, non arriva a tale livello di astrazione. In effetti, riconoscere qualcosa come "bella", o come giusta ovviamente, presuppone la capacità di concettualizzare l'idea di bellezza o di giustizia in quanto criteri astratti di giudizio. Si riconosce il bello o il giusto in quanto a qualche livello si ha idea della "bellezza" e della "giustizia".

Ma l'argomento del soggettivista non è ancora conclusivo, o comunque non è conclusivo per tutti i mondi possibili. Perché il fatto che gli esseri viventi non umani non "vedano" il bello, non dimostra ancora che la bellezza non possa comunque esistere in quanto condizione oggettiva, dimostra casomai che solo l'essere umano è capace di coglierla grazie a caratteristiche che solo lui possiede. Per cui, cosa dire, ad esempio, di un ipotetico essere intelligente capace di astrazioni ancora più complesse di quelle umane? Vedrebbe il bello e parteciperebbe alla bellezza insita nelle cose così come vi partecipa l'essere umano, oppure no? Immaginiamo, ad esempio, che a guardare per la prima volta un tramonto fosse un essere sensiente, anche più sensiente dell'essere umano, sbarcato chissà come sul pianeta terra. Ebbene, il soggettivista direbbe che è del tutto possibile che un individuo tanto intelligente provi le stesse sensazioni provate dall'essere umano e che partecipi anch'egli a quella misteriosa e sublime bellezza intrinseca ed oggettiva ma, ed è questo il punto chiave, non c'è ragione che ci costringa ad escludere il contrario, ossia che, ad esempio, egli veda nel tramonto qualcosa di orribile, di disgustoso o che, cosa forse ancora peggiore per l'oggettivista, che quel tramonto non susciti in lui alcuna reazione valoriale. Magari perché è così evoluto ed intelligente che ha superato tale esigenza, tale modo di rapportarsi all'universo. La

conclusione del soggettivista è a questo punto scontata: in natura non possono esistere valori autonomi ed indipendenti, come sostenuto da Dworkin, da Vetlesen e da molti altri oggettivisti, perché il valore costituisce una modalità espressiva degli esseri umani in quanto esseri sensienti capaci di attività valoriali, una loro prerogativa o attitudine, un modo “tutto loro” di rapportarsi alla realtà esterna.

Così posta la questione, e dovendo scegliere tra i due estremi, ossia tra l’idea che i valori siano dotati di esistenza autonoma o che essi esistano in quanto modalità espressive dell’essere umano, mi indirizzerei, con estrema cautela, verso la seconda e, quindi, sarei portato a definire la posizione metaetica assunta in questo contributo come “tendenzialmente soggettivista”. Ma il soggettivismo che ho intenzione di sostenere non è né radicale, né tantomeno incompatibile con l’idea di valore intrinseco. Ciò in quanto, la concezione del valore intrinseco non costituisce un atteggiamento esclusivo dell’oggettivismo, esistono altre strategie per raggiungere un risultato simile.

La prima considerazione da fare è che, in effetti, affermare che i valori siano una prerogativa umana non significa che essi siano un prodotto che l’essere umano può creare “da solo”, arbitrariamente ed autonomamente *ex nihilo*, come sostenuto dal soggettivismo radicale. O detto altrimenti, il soggettivismo qui sostenuto non implica necessariamente l’antropogenismo. E per la stessa ragione, ritenere che la natura non contenga valori autonomi ed indipendenti non vuol dire necessariamente che essa non contenga nulla che abbia rilevanza morale o nulla che coadiuvi l’essere umano nella creazione dei valori. Da ciò deriva l’esigenza di aderire ad una particolare forma di soggettivismo, una forma di soggettivismo che, se non fosse ossimorico, mi piacerebbe definire “oggettivista”. Essa vuole rappresentare una variante di quell’atteggiamento che Elliot, in un suo lavoro degli anni Ottanta²⁹, ha definito “soggettivismo sofisticato”. Una variante, in quanto intendo apportare a questa forma di soggettivismo alcuni significativi correttivi.

Ebbene, secondo Elliot, il soggettivismo può definirsi sofisticato quando, quantomeno, fa proprie tre tesi sul valore: 1) in base alla prima, il valore intrinseco andrebbe inteso come una proprietà “relazionale” che esiste solo quando un certo tipo di relazione di valore ha luogo tra una cornice di valore e le proprietà della cosa valutata. Per cui, una determinata entità ha valore intrinseco nella misura in cui l’essere umano le attribuisce tale *status* in virtù delle proprietà che l’ente naturale oggettivamente

²⁹ R. ELLIOT, *Meta-Ethics and Environmental Ethics*, in *Metaphilosophy*, 16, 1985.

possiede. Posta così la questione, il valore non è “pienamente” nell’oggetto, ma non è “pienamente” neanche nella disponibilità del soggetto, esso è nella relazione che viene ad instaurarsi tra i due. Per cui, il valore è sì intrinseco, ma alla relazione, non alla realtà; 2) in base alla seconda tesi che Elliot attribuisce al soggettivismo sofisticato, il valore intrinseco è *indexical*, indicizzato, o se vogliamo contestualizzato, ossia «relativo ad una cornice, ad un tempo e ad un mondo possibili»³⁰. L’idea che sta alla base di questa seconda tesi è quella di giustificare le posizioni morali contraddittorie, tanto nel tempo, quanto nello spazio. Per cui il fatto che Tizio dica che X è dotato di valore intrinseco e Caio pensi invece il contrario, in questo senso non sarebbe contraddittorio, appunto perché le rispettive attribuzioni di valore farebbero sempre parte, ciascuna, di un preciso contesto spazio-temporale che in qualche misura le contiene e le giustifica. Per cui, un valore può essere intrinseco oggi e a date condizioni, ma non abbiamo certezza che lo stesso avverrà domani o che sia avvenuto anche ieri. La tesi, dunque, giustifica il relativismo, senza metterlo minimamente in discussione; 3) infine, il soggettivismo sofisticato ha carattere ipotetico. Ciò vuol dire che non abbiamo bisogno di percepire realmente le entità per attribuire loro valore sulla base di determinate proprietà che esse possiedono. A partire dal nostro contesto reale, possiamo attribuire valore intrinseco anche ad entità soltanto immaginate o ipotizzate. Per cui, ad esempio, possiamo attribuire valore intrinseco al grand Canyon anche se non l’abbiamo mai visto o al pianeta Marte benché certi che mai lo vedremo. «Per dire che un certo mondo o qualcosa che esso contiene ha valore – chiarisce Elliot - è sufficiente che una considerazione di qualche sua rappresentazione provochi una risposta in termini di valore»³¹. Il problema, a questo punto ed ai nostri fini, consiste nel capire fino a che punto queste tesi siano accettabili e nel chiarire, innanzitutto, l’utilizzo che se ne intende fare nell’economia della nostra linea argomentativa.

4. Il soggettivismo sofisticato (una variante)

Delle tesi sul valore individuate da Elliot, ossia la tesi del valore come prodotto della relazione, quella del valore come prodotto del contesto ed infine quella del carattere ipotetico del valore, che nel loro insieme costituiscono quel particolare atteggiamento metaetico da lui definito

³⁰ D. DOMSKY, *Keeping a Place for Metaethics*, cit., 678.

³¹ R. ELLIOT, *Facts About Natural Values*, in *Environmental Values*, vol. 5, n. 3, 1996, 227.

1/2021

“soggettivismo sofisticato”, accetto, innanzitutto, la prima tesi, che costituisce poi la principale ragione di vicinanza rispetto a questa forma di soggettivismo, ossia la tesi per cui il valore intrinseco andrebbe inteso come una proprietà “relazionale” che esiste solo quando un certo tipo di relazione di valore ha luogo tra una cornice di valore e le proprietà della cosa valutata.

In effetti, benché sia convinto che il ragionamento morale costituisca un’espressione soltanto umana, e che soltanto umani siano i valori che esso esprime, al contempo credo, però, che la creazione di un valore richieda necessariamente proprietà e requisiti che appartengono alla realtà naturale, ossia che in altri termini essa richieda la “collaborazione”, o se vogliamo il “dialogo” tra l’essere umano e la natura. Ciò mi consente di ritenere che i valori intrinseci esistano, ma che essi siano “intrinseci” a tale relazione e non alla natura in quanto tale. Il che mi sembra, peraltro, si ponga in un rapporto di maggiore continuità con l’ontologia della *Gestalt* proposta da Naess che, come si ricorderà, trovava proprio nel concetto di relazione il suo tratto caratteristico, ossia in quel *plus* impalpabile che, ad esempio, è capace di trasformare una mera somma di alberi in una foresta vera e propria.

Al fine di meglio esplicitare le ragioni che mi portano ad aderire a questa prima tesi, mi si permetta adesso, utilizzando una metafora simile a quella impiegata poc’anzi da Naess, una breve divagazione in ambito musicale, sulla base del fatto che musica ed etica mi sembra mettano in gioco relazioni assai simili.

Ebbene, così come il soggettivismo metaetico radicale interpreta l’etica, tutta l’etica, anche quella ambientale, nei termini di un esercizio intellettuale che l’essere umano gestisce in maniera del tutto autonoma ed indipendente rispetto ad una natura inerte, allo stesso modo c’è chi attribuisce alla musica un’immagine altrettanto *umanizzata* ed artificiale, un’immagine che pone l’accento esclusivamente sulla sua dimensione intellettuale, razionale ed artificiale. Il ragionamento può essere semplificato in questi termini: benché anche altri esseri viventi (animali e vegetali) producano suoni armonicamente apprezzabili (è fin troppo ovvio pensare alle melodie prodotte dal cinguettio degli uccelli), benché molte idee musicali trovino ispirazione nei suoni e nelle atmosfere della natura, resta il fatto, insormontabile, che solo l’essere umano ha la capacità di organizzare secondo determinati principi matematico/razionali i suoni che è capace di (ri)produrre. In questo senso, tanto la musica quanto l’etica sarebbero “umane e soltanto umane” perché metterebbero in gioco capacità irreperibili nel resto del regno vivente, capacità che, soprattutto, non

richiedono la “collaborazione” della natura. Insomma, l’essere umano, secondo questa prima prospettiva, sarebbe il solo artefice del passaggio dal *caos* sonoro della natura, che con la musica non ha in quest’ottica nessun grado di parentela, all’*ordine* e alla *prevedibilità matematica* della musica vera e propria, e posto che tra le due dimensioni s’inserisce uno spazio, una cesura che appare irrimediabilmente incolmabile. E lo stesso ragionamento, secondo questo tipo di soggettivismo radicale, si potrebbe applicare alla dimensione etica, anche quando riferita all’ambiente. I valori morali, un po’ come le note, sarebbero un prodotto intellettuale esclusivamente umano, qualcosa che “solo” l’essere umano può concepire e, soprattutto, che l’essere umano può concepire “da solo”.

A questa visione, e senza cadere nelle braccia dell’oggettivismo, se ne può contrapporre un’altra in cui, questa volta, quello spazio che appariva apparentemente incolmabile, viene finalmente riempito. La strategia non consiste nel mettere in discussione il fatto che solo l’essere umano sia in grado di comporre musica e, quindi, di organizzare razionalmente i suoni ed i silenzi secondo regole e principi matematici (regole e principi che, peraltro, solo l’essere umano è in grado di codificare). Semmai si vuole sostenere che, nonostante ciò, nonostante la musica confermi l’esistenza di una cesura tra la dimensione naturale e quella umana, collocando sé stessa nell’artificialità della dimensione culturale, al contempo, a ben vedere, essa intrattiene con la natura e le sue entità un rapporto particolarmente intimo e direi “necessario”. A ben guardare, in effetti, nella natura sono presenti le precondizioni che rendono possibile la musica in quanto organizzazione razionale. Beninteso, cosa peraltro molto importante per quello che diremo dell’impostazione metaetica a cui vorrei alla fine aderire, con ciò non sto dicendo che la natura contiene valori musicali intrinseci “dati” e principi armonici già compiuti (se credessi ciò avrei potuto imboccare fin dal principio la scorciatoia oggettivista), sto dicendo che essa contiene ciò che rende possibili quei valori e quei principi.

Ed in effetti, cos’è la musica se non l’organizzazione intellettuale dei suoni “presenti” in natura? La musica non è forse generata da frequenze, da colori e da ritmi che sono innanzitutto naturali? Ed anche la storia della sua origine non è forse legata a fil doppio alla natura ed ai suoi cicli? L’essere umano ha cominciato a battere su un tamburo per “rispondere”, ed in un certo senso per “dialogare”, con i suoni più temibili e primordiali della natura, a cominciare dai tuoni. E poi ha continuato a fare musica per festeggiare la fine del raccolto, il ritorno del sole o per propiziarsi la benevolenza delle prime divinità, vere e proprie personificazioni della

natura, come Cerere, Cibele o Gea³², la Madre Terra. Posta così la questione, la musica sembra in quest'ottica possedere, quantomeno, una duplice valenza, perché se per un verso costituisce uno dei tratti caratteristici dell'umanità, per l'altro presuppone ed implica un'armonia naturale che le preesiste, armonia con i tempi e con le frequenze della natura, o forse sarebbe meglio dire dell'universo. In effetti, le precondizioni della musica erano già lì, "nella" natura, molto prima che l'essere umano facesse la sua comparsa sulla terra, precondizioni che poi l'essere umano ha saputo sapientemente utilizzare, filtrandole ed organizzandole attraverso le sue indiscusse capacità razionali, per poi, su quella base, edificare vere e proprie cattedrali armoniche e melodiche. Ma una cosa è certa, la musica non può essere in alcun modo ridotta a puro esercizio di razionalità umana, o a pura artificialità "innaturale" *mind dependent*, banalmente perché se l'essere umano fosse nato altrove, in un luogo privo di suoni e di spazio sonoro, una sorta di silenzioso universo anecoico³³, se non avesse mai ascoltato il suono dei tuoni, degli uccelli, del mare, con tutta probabilità non avrebbe prodotto musica alcuna. L'organizzazione, insomma, presuppone l'esistenza di proprietà adatte ad essere organizzate.

Beninteso, i rimandi tra la musica e la natura sono tanti, e tante sono le relazioni che vengono ad instaurarsi tra le due, più o meno ovvie. In questo caso non sto parlando, ad esempio, della relazione essere umano/natura che passa attraverso l'ispirazione musicale, ossia del fatto che alcune tra le più belle pagine della musica, *in primis* di quella a noi più vicina (la musica classica occidentale), abbia trovato nella natura e nei suoi suoni una tra le sue principali fonti da cui poter attingere: senza la luna, la sua luce, il

³² Nella religione romana Cerere (in latino: *Ceres, Cereris* e in osco: *Kerri, Kerres* o *Kerria*) era una divinità materna della terra e della fertilità, nume tutelare dei raccolti, ma anche dea della natività, tutti i fiori, la frutta e gli esseri viventi in genere erano ritenuti suoi doni, tant'è che si pensava che avesse insegnato agli uomini la coltivazione dei campi. Veniva solitamente rappresentata come una matrona bellissima, severa e maestosa, con una corona di spighe sul capo, una fiaccola in una mano e un canestro ricolmo di grano e di frutta nell'altra. Cibele (gr. *Κυβέλη*, lat. *Cybēle*) era la divinità identificata con la Grande Madre, dea della natura, degli animali e dei luoghi selvatici. Divinità ambivalente, simboleggiava la forza creatrice e distruttrice della Natura. Dal II millennio a.C. è stata oggetto di culto nel mondo antico a partire da una vasta area dell'Asia Minore, poi in Grecia e in Occidente (Kubaba). Ed infine, Gea (in greco antico: *Γῆ, Ghê*), oppure Gaia (in greco ionico e quindi nel greco omerico: *Γαῖα*), è, nella religione e nella mitologia greca, la dea primordiale, quindi la potenza divina, della Terra.

³³ La camera anecoica rappresenta una situazione acustica artificiale, in cui, attraverso materiale ad alto assorbimento, si riducono in modo drastico le riflessioni dei suoni, annullando di fatto la percezione dello "spazio acustico".

rumore del vento Debussy avrebbe mai partorito una delle sue composizioni per pianoforte più ispirate del XX secolo, *Clair de lune*? È del tutto lecito dubitarne. E non sto parlando neanche semplicemente del fatto che la musica in molti casi descrive i fenomeni naturali o i sentimenti che la natura è capace di evocare nell'essere umano, come nel caso della sinfonia Pastorale di Beethoven, solo per citare uno degli esempi più noti. Sto facendo, bensì, riferimento ad una "relazione" assai più profonda, e se vogliamo primordiale, per la quale la natura, quando saputa *ascoltare*, quando correttamente interpretata in sede ontologica, appare capace di offrire le precondizioni di pensabilità di alcune attività intellettuali che sono sì indiscutibilmente umane, ma che trovano la loro giustificazione nella relazione che l'essere umano riesce ad instaurare con la natura. Ed in questo senso, la musica risulta essere "possibile" proprio perché pensata e strutturata "in questo mondo" ed "a queste condizioni ontologiche", senza nulla togliere all'essere umano e alle sue indiscusse capacità. Dovendo condensare in una definizione sintetica questo concetto direi semplicemente che la musica, lungi dall'essere (solo) un prodotto intellettuale ed artificiale dell'essere umano, sia innanzitutto "relazione", o "nella relazione" o ancora meglio che la musica sia il "prodotto di una relazione". È come se nella musica fosse presente un elemento che richiama il tema della natività, o della sessualità, nel senso che essa sembra nascere dalla relazione intima tra la natura, in quanto parte femminile, e l'essere umano, in quanto parte maschile.

Gli esempi che testimoniano il fatto che la musica sia il prodotto di una relazione tanto intima tra essere umano e natura o del fatto che la musica si svolga sempre in "accordo" e, sarebbe il caso di dire "in armonia" rispetto ad una serie di proprietà intrinseche nella natura, sono tanti. Mi limito, qui, a far notare, cosa del tutto comprensibile anche per chi abbia scarsa dimestichezza con la musica e le sue regole, che, ad esempio, se suonassimo un accordo maggiore a cento bambini provenienti da diverse aree del pianeta e dalle più disparate culture, la loro reazione, innanzitutto emotiva, sarebbe sempre la stessa: tutti percepirebbero quell'accordo come qualcosa di aperto, di ottimista, forse anche di allegro. Com'è possibile? Com'è possibile che un concetto come l'intervallo musicale, che sembrerebbe essere un prodotto diretto ed esclusivo dell'intelletto umano, un'entità artificiale appunto, sia trasversale rispetto alle culture, come se attingesse il suo significato da qualcosa di più profondo che le precede? La spiegazione è che gli intervalli musicali, lungi dall'essere un'invenzione "arbitraria" ed "indipendente" costruite dall'essere umano per l'essere umano, sono in

realtà pensati ed organizzati in accordo con un'armonia più profonda di quella musicale in senso stretto, che non a caso alcuni definiscono "universale", un'armonia intrinseca nell'ontologia dell'universo.

Benché ad uno sguardo superficiale l'idea appena proposta potrebbe suonare forse *New Age*, in realtà si tratta di una concezione antichissima, antica quanto la stessa filosofia, che quantomeno si può fare risalire a Pitagora e poco più tardi allo stesso Platone. Agli occhi di quest'ultimo, ad esempio, la natura è una costruzione «armoniosa», è proprio questo il termine impiegato dal grande filosofo greco. Nell'universo di Platone: «imbastito sulla concezione dei numeri Ideali, l'azione creatrice per eccellenza – si allude all'azione creatrice del Demiurgo – si sprigiona nella creazione dell'Anima del Mondo. L'allusione all'Anima del Mondo attraverso la nozione di Armonia è un fenomeno frequente nel pensiero greco, che la vede come una forza misteriosa che riassume e concilia le qualità opposte degli esseri sensibili e intelligibili in un mondo unico. [...] L'Anima del Mondo è infatti armonia in quanto prodotto di due opposti, derivante cioè dall'unione dell'essere fisico e dell'essere ideale. [...] La complessità della sostanza dell'Anima del Mondo, conseguente alla mescolanza degli opposti, porta alla costruzione degli intervalli di una scala musicale "assoluta"»³⁴.

Credo che quanto detto sul punto possa bastare, anche perché approfondire ulteriormente il discorso musicale ci porterebbe inutilmente troppo lontano. Il punto chiave su cui fermare la nostra attenzione è che dall'esempio fatto credo emerga chiaramente che la musica non sia né "solo" dell'essere umano, né "solo" della natura, ma che appartenga alla relazione esclusiva che viene ad instaurarsi tra i due. Per cui, se per un verso la musica non esisterebbe senza esseri umani, perché pensare ad una musica preumana o postumana è ragionevolmente infondato, per l'altro, però, la musica non esisterebbe neanche al di fuori della natura e delle sue dinamiche interne, perché è in essa che si trovano le precondizioni che rendono la musica possibile. Tornando al problema da cui siamo partiti, credo che un discorso molto simile a quello appena abbozzato per la musica possa esser riferito all'etica ambientale ed innanzitutto all'idea del valore intrinseco della natura.

In effetti, pur rifiutando, per le ragioni prima esposte, una metaetica oggettivista, credo sia possibile giustificare l'esistenza del valore intrinseco attraverso una strategia simile a quella appena esposta con l'esempio della musica in quanto attività relazionale. Ossia l'esistenza di un valore che è

³⁴ E. Moutsopoulos, *La musica nell'opera di Platone*, Vita & Pensiero, Milano, 2002, p. 375.

intrinseco, non alla realtà in quanto tale, ma alla relazione che l'essere umano instaura con essa, con tutte le implicazioni del caso.

In sintonia con quanto sostenuto dai fautori della *Deep Ecology*, credo che una corretta impostazione del discorso ontologico, in cui all'essere umano venga assegnata la posizione che effettivamente gli spetta all'interno delle gerarchie naturali, nonché una corretta visione della natura e delle leggi fondamentali che la governano, offrono importanti "indicazioni" anche sul come impostare il discorso etico avente ad oggetto le relazioni tra gli esseri umani e la natura. E credo anche che al momento di ripensare l'etica in ambito ambientale la natura deve necessariamente costituire uno dei primi interlocutori che l'essere umano deve (saper) "ascoltare", perché l'essere della natura, il modo in cui realmente essa funziona, possono certamente "contribuire" alla creazione di modelli comportamentali che siano genuinamente rispettosi della natura in quanto organismo vivente caratterizzato dalla biodiversità. Le "indicazioni" ed il "contributo" cui alludo consistono essenzialmente nella cooperazione della natura nella creazione del valore, ossia in tutti gli elementi e gli indizi contenuti nei suoi cicli, nei suoi meccanismi di funzionamento e nei suoi scopi alla luce dei quali l'essere umano può costruire nel modo più corretto i valori, intrinseci alla relazione che viene così ad instaurarsi, su cui fondare il proprio agire nei confronti della natura. Per cui, così come la musica, benché ineluttabilmente "umana", deve necessariamente svolgersi in armonia rispetto alle frequenze sonore immanenti nell'universo, lo stesso vale a mio giudizio per l'etica chiamata a regolare le relazioni tra l'essere umano e la natura, anch'essa tenuta a svolgersi nel rispetto delle "frequenze" morali già presenti in natura. In questo senso, credo anche io nella possibilità di una fondazione ontologica dell'etica ambientale: non, dunque, nell'idea, quasi mistica, di poter trovare in natura delle entità morali *ready to use*, piuttosto nell'idea per cui la costruzione del valore presuppone un rapporto dialogico, una relazione con l'ambiente circostante dotata di valore intrinseco.

Per quanto poi concerne le altre due tesi di Elliot, ossia la tesi del valore cd. *indexical* e la tesi del carattere ipotetico del valore, alla luce di quanto detto, credo di poter certamente accettare l'ultima delle due tesi, ma non anche la prima, quella relativa alla contestualizzazione spaziotemporale dei giudizi di valore.

Più precisamente, ed in estrema sintesi, rifiuto la tesi della contestualizzazione del giudizio di valore in quanto la relazione essere umano/natura che ho in mente, fondandosi su una precisa percezione

ontologica del reale, ossia quella veicolata attraverso dalle scienze moderne (la biologia darwinista, l'ecologia, l'etologia), costituisce un tipo di relazione che è costante e che contiene valori che sono anch'essi costanti. Detto altrimenti, non si tratta di una relazione tra le tante possibili, ma dell'unica relazione che si volge nel rispetto delle sue parti. Con ciò intendo dire che nel momento in cui l'essere umano riesce a percepire la natura per ciò che è realmente, ossia in quanto "intero" composto da relazioni costanti tra le sue parti e dotato di fini ed obiettivi che gli sono propri, e soprattutto nel momento in cui riesce a percepire se stesso in quanto parte di quell'intero al pari delle altre parti che lo popolano, la relazione che viene così ad instaurarsi con la natura deve necessariamente possedere il carattere della costanza e della stabilità. Si tratta, insomma, di una relazione che è oggettiva in quanto poggia su elementi che sono "oggettivamente" individuati. Per cui, a partire da questi presupposti ontologici, corretti perché perfettamente conformi alla conclusione ontologica cui scienze di diversa estrazione e dotate di differenti metodologie sono pervenute, non appare possibile instaurare relazioni differenti senza distorcere quel fondamento ontologico e, soprattutto, senza incidere negativamente sulla natura e sulle diverse entità che essa contiene.

Da ciò l'idea per cui i valori che l'essere umano costruisce all'interno di una relazione così concepita non possono che essere anch'essi costanti e oggettivi. Tornando all'esempio che prima abbiamo preso in considerazione a proposito dell'oggettivismo, in quest'ottica la bellezza non sarebbe, dunque, immanente nelle entità naturali (come sostenuto dagli oggettivisti), ma intrinseca alla relazione che l'essere umano intrattiene con esse. È in questo "luogo", o forse meglio in questo "non luogo", che ha realmente sede il valore. Per cui, quando ad esempio, l'essere umano riuscirà a vedere una foresta tropicale per quello che essa è realmente, non quindi alla stregua di un deposito di oggetti da cui poter attingere, ma di una creatura vivente a lui legata da un rapporto di "parentela", solo allora potrà trovare valore all'interno della relazione che instaurerà con una siffatta entità. Se la visione antropocentrica duale, tipica degli approcci etici tradizionali, trova in quella relazione solo il (dis)valore dell'utilità, questa nuova relazione, fondata su altrettanto nuovi presupposti ontologici, appare capace di generare, o forse meglio di contenere, quei valori di bellezza, di grandezza e di mistero che impongono all'essere umano l'unico atteggiamento consono ad una relazione così impostata, un atteggiamento che è naturalmente, logicamente e necessariamente votato al rispetto, all'autolimitazione e alla devozione. Per tali ragioni credo che i giudizi di

valore che hanno ad oggetto la natura non possano essere *indexical*, ossia permeabili al contenuto valoriale del contesto e, dunque, cangianti (nel senso appunto di “non costanti”) e, quindi, relativi.

Infine, mi sembra del tutto accettabile l’ultima tesi proposta da Elliot, quella per cui il valore intrinseco alla relazione può essere anche concepito e “costruito” in via ipotetica. Ciò in quanto, non mi sembra sussistano particolari ostacoli al fatto di credere che l’essere umano possa immaginare, e quindi concettualizzare, la relazione con un’entità naturale in via esclusivamente ipotetica, ma sempre a partire da presupposti ontologici reali. Il fatto di trovare valore all’interno della relazione con una foresta che non abbiamo mai visto e che presumibilmente mai vedremo appare del tutto possibile, a patto di concepire, benché in astratto, quell’insieme naturale per ciò che esso è realmente, ossia come una *Gestalt* composta da insiemi e relazioni alle quali, quantomeno “in astratto”, partecipiamo e delle quali facciamo parte anche noi. Non credo che il punto meriti ulteriori spiegazioni o giustificazioni.

5. Una breve conclusione

Tutto ciò premesso, la posizione metaetica, l’ontologia dei valori che ne deriva, come anticipato, può essere concepita come una variante del “soggettivismo sofisticato” descritto da Elliot che, alla luce dei tanti correttivi apportati, appare adesso più spostato verso una forma di oggettivismo moderato. Mentre, infatti, Elliot taglia letteralmente i ponti con l’oggettivismo metaetico ritenendo che i valori intrinseci alle relazioni non siano costanti, essendo essi collocati in modo definitivo nello spazio e nel tempo, la posizione che abbiamo qui costruito restituisce ai valori intrinseci, nonché alla relazione che li contiene, uno *status* di oggettività derivante dal fatto di aver eliminato le variabili spazio-temporali e di fondare quella relazione su una precisa ontologia della natura che si presume essere corretta, o comunque più corretta delle altre ipotizzabili. Il che possiede anche un significato che è normativo, perché poggia sulla convinzione per cui solo se l’essere umano si relazionerà all’ambiente sulla base di questa “corretta” impostazione ontologica potrà trovare in quella relazione valori estetici ed etici che sono oggettivi perché frutto di una cooperazione e di un dialogo che si svolge a partire da presupposti fattuali non contrattabili. Realizzare che la natura è realmente viva, che ci contiene, che le apparteniamo, realizzare che essa è capace di mantenere in equilibrio

perfetto l'interazione tra miliardi di specie viventi, ebbene tutto ciò comporta il fatto di concepire la relazione che intratteniamo con la natura necessariamente come "carica di valore" e ciò per ragioni che, a differenza da quanto sostenuto da Fox, sono innanzitutto logiche, e non semplicemente psicologiche. Per cui, il fatto di prendere atto del nostro ruolo all' "interno" della natura implica "logicamente" anche il fatto, non semplicemente di "doverla" rispettare, bensì di "volarla" rispettare. Perché a quel punto sarebbe "illogico" fare il contrario.

Colmato, dunque, lo spazio che Naess aveva deliberatamente lasciato vuoto, quello della giustificazione metaetica, possiamo adesso fare nostre le sue conclusioni che, peraltro, non avevamo in alcun modo messo in discussione. *In primis* l'idea per cui l'essere umano dotato di un Sé ecologico e che, quindi, vede la natura come parte di quel sé ed al contempo se stesso in quanto parte della natura, sarà portato spontaneamente, ed io aggiungo logicamente, a trattare la natura con lo stesso rispetto che tributa naturalmente a se stesso. A differenza della posizione di Naess, però, in cui la presenza dei valori in natura assumeva un'aura quasi mistica, adesso l'atteggiamento di rispetto mi sembra sorga per ragioni che appaiono dotate di una adeguata giustificazione metaetico razionale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

MARIA CARLOTTA RIZZUTO

L'impresa agricola tra tradizione e innovazione

ABSTRACT - As two faces of the same medal, agriculture and environment are connected in positive or negative way; for this reason, in the last years, there have been created different strategies in order to preserve both agriculture and environment. Innovative mechanisms of production, not only industrial or manufacturing have been chosen in order to reach high levels of food production saving the environment from pollution. Furthermore the “new” agricultural enterprise appears in this concept as a social enterprise. Agricultural social enterprises use the environment and people in order to create positive change. It is intuitive that such agricultural social enterprises with different legal disciplinary statutes from each “classical enterprise” need a detailed and hermeneutic revision and research for what concern legal profile in order to find a meeting point at “first” and a landmark between the law of “classic enterprise” and that one “agricultural social enterprise”.

KEYWORDS - Agricultural enterprise - Environment protection and innovative mechanisms of production - Agricultural social enterprise - different legal disciplinary statutes.

MARIA CARLOTTA RIZZUTO*

L'impresa agricola tra tradizione e innovazione

SOMMARIO: 1. *Premessa. Agricoltura e ambiente: una simbiosi inscindibile* – 2. *I rinnovati criteri di qualificazione di una attività come agricola. La prevalenza nelle sue diverse coniugazioni* – 3. *Le nuove attività agricole per connessione: attività agro-turistiche, fattorie didattiche, fattorie sociali, attività da fonti di energia rinnovabile* – 4. *La qualificazione [non diretta ma] per connessione delle attività da fonte di energia fotovoltaica. Per una interpretazione del criterio di prevalenza in termini quali-quantitativi* – 5. *Conclusioni. Dall'impresa agricola tradizionale alle imprese agricole [multifunzionali].*

1. Premessa. Agricoltura e ambiente: una simbiosi inscindibile

Nell'ultimo ventennio, l'esperienza giuridica è stata sollecitata dall'esigenza, invero di rilevanza planetaria, di ripristinare le condizioni ecosistemiche, lese da uno sviluppo smisurato. L'idea di imparare a vivere nei limiti di un solo pianeta ha pervaso le normative europee e al concetto di costruire si è tentato di affiancare quello di proteggere.

La consapevolezza della scarsità delle risorse esistenti ha indotto la ricerca di modelli di produzioni differenti, forme di economia auto-rigenerative, nelle quali i materiali di origine biologica possano essere reintegrati nella biosfera e quelli tecnici siano progettati in funzione di una loro rivalorizzazione¹.

* Assegnista di ricerca di diritto agrario presso Università l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ Pur non esistendo ancora una vera e propria definizione, neppure sul piano economico, quando si discorre di "economia circolare" suole riferirsi ad un modello integrato di produzione, distribuzione e consumo, finalizzato ad aumentare il progresso sociale e la tutela e la salvaguardia dell'ambiente, mediante l'utilizzazione maggiormente efficace ed efficiente dei beni destinati a divenire rifiuti. In via generale, gran parte delle definizioni, presenti in letteratura, condividono l'idea che si tratti di sistemi di gestione delle risorse a ciclo chiuso, un ciclo di produzione che si rinnova e che, dunque, si contrappone al tradizionale modello di "economia lineare", basato sul presupposto che le risorse siano abbondanti, disponibili, accessibili ed eliminabili a bassi costi. Tale modello di economia affianca, dunque, al concetto di rifiuto-scarto quello innovativo di rifiuto-risorsa e trova la propria base giuridica in tutte le politiche europee, sviluppatasi nel corso degli ultimi anni. In particolare, nel 2011, la Commissione Europea pubblica la Comunicazione COM(2011), "Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse - Iniziativa faro nell'ambito della strategia Europa 2020", la quale si prefigge di favorire il passaggio ad un'economia efficiente nell'impiego delle risorse e a basso carbonio; nel 2013, il Settimo programma dell'Unione europea di azione ambientale fissa nove obiettivi, tra i quali spiccano la protezione della natura, l'utilizzazione delle risorse in modo più efficiente, il dar vita a un'economia a basse

Una siffatta crescente esigenza è fortemente avvertita anche – e, forse, soprattutto – in ambito agrario, là dove la correlazione tra ambiente e agricoltura sembra, da sempre, realizzare una simbiosi inscindibile².

Non troppo anacronistici appaiono i versi del poeta Virgilio, il quale, animato dall'intento di riscattare l'agricoltura dalle rovine ad essa perpetrate dalle guerre intestine, suggeriva una maggiore attenzione verso la botanica popolare insegnante della varietà, delle virtù, dei bisogni delle piante; verso la fisiologia pratica sì da cogliere le funzioni della vita animale; un occhio di riguardo all'astronomia rudimentale, messaggera dei prognostici sulle stagioni, sui fenomeni atmosferici³.

emissioni di carbonio, così come proteggere la salute umana dalle pressioni ambientali. Nel dicembre 2015, la Commissione ha pubblicato la Comunicazione COM (2015), "L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare", nella quale sono prese in considerazione cinque ambiti di azione, tipici della catena del valore di un prodotto o servizio. In particolare, è posta l'attenzione sulla progettazione dei prodotti stessi, la loro produzione, le dinamiche di consumo, la gestione dei rifiuti, il mercato delle materie prime seconde. Si identificano, inoltre, specifici settori prioritari su cui intervenire, tra i quali le plastiche e i rifiuti alimentari. La riforma del 2018 ha provveduto, infine, ad innalzare gli obiettivi di preparazione per il riutilizzo e riciclaggio; ampliare la platea dei rifiuti da raccogliere separatamente; rafforzare la prevenzione; stimolare il ricorso a strumenti economici; limitare lo smaltimento; evitare la sovraccapacità di impianti dedicati allo smaltimento e al recupero energetico; rivedere il metodo di calcolo per il riciclo; snellire i procedimenti per il riconoscimento di sottoprodotto e della cessazione della qualifica di rifiuto. In dottrina, si vedano G. ROSSI (a cura di) *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in *Diritto dell'ambiente*, 2/2015, 308 e ss.; C. BOVINO, *Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti*, in *Ambiente e sviluppo*, 10/2014, 682 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?* in *Dir. amm.*, 3/2017, il quale parla di multidisciplinarietà dell'economia circolare. In particolare, secondo l'A. «L'economia circolare è, dunque, interconnessione, integrazione e interdisciplinarietà dal momento che in essa vengono a confluire discipline diverse: l'etica (con i doveri nei confronti del pianeta e delle generazioni future); la filosofia della scienza (con il cambio dei paradigmi); l'economia (con i suoi modelli di sviluppo); le scienze cd. dure (e tra di esse la biologia, l'agricoltura, l'ingegneria), il diritto (con le sue regole)».

² In tal senso, si vedano F. RATO TRABUCCO, *Tutela dell'ambiente e diritti singoli*, in *Ambiente&sviluppo*, n. 8-9/ 2019, 625 e ss.; S. CARMIGNANI, *Agricoltura e ambiente, le reciproche implicazioni*, Torino, 2012, 6 e ss.; E. ROOK BASILE, S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO, *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio. Dalla natura delle cose alla natura dei fatti*, Milano, 2010, 11 e ss.; E. PORCEDDU, *Agricoltura, biodiversità, biotecnologie*, in *Rendiconti Accademia Nazionale delle Scienze*, 25/2001, 269 e ss.

³ P.V. MARONE, *Le georgiche*, Roma, 1469. [...] *Póssum múlta tibi veterúm praecépta referre, ní refugís tenuísque pigét cognóscere cúras. Área cúm primís ingént(i) aequánda cylíndro * ét verténda man(u) ét cretá solidánda tenáci né subeánt herbae neu púlvere vícta fatíscat, tím vari(ae) íncludánt pestés: saep(e) éxiguús mus * súb terrís posuíque domós atqu(e) hórrea fécit, * áut oculís capti fodére cubília tálpae * ínventúsque cavís buf(o) ét quae plúrima térrae mónstra ferúnt, populátqu(e)*

Come due facce della stessa medaglia, agricoltura e ambiente sono fonte di reciproci effetti positivi o negativi; e per tale ragione, nel corso degli ultimi anni, al fine di incentivare soluzioni, volte ad integrare un ipotetico connubio, sono state per un verso, predilette tecniche di produzione diverse rispetto a quelle monoculturali e industriali, idonee a coniugare adeguati livelli di produzione alimentare con la salvaguardia dell'ambiente in generale e con la preservazione della biodiversità; mentre per altro verso, è stato promosso l'espletamento di nuove attività da parte dell'impresa agricola nonché l'offerta di nuovi servizi aventi quale obiettivo, non solamente il conseguimento di un profitto, ma [e, in alcuni casi, soprattutto], anche la realizzazione di scopi sociali⁴.

Affiora l'idea che l'agricoltura possa anche disegnare il paesaggio, proteggere l'ambiente e il territorio e conservare la biodiversità, gestire in maniera sostenibile le risorse, contribuire alla sopravvivenza socio-economica delle aree rurali, garantire la sicurezza alimentare; nasce, cioè, il concetto di multifunzionalità⁵.

*ingéntem fárris acérvum cúrculi(o) átqu(e) inopí metuéns formíca senéctae. [...] Praétereá tam súnt Arctúri sídera nóbis * Haédorúmque diés servánd(i) et lúcidus Ánguis, quám quibus ín patriám ventósa per aéquora véctis * Póntus et óstriferí faucés temptántur Abýdi * Líbra dié somníque parés ubi fécerit hóras * ét mediúm luc(i) átqu(e) umbrís jam dívidit órbe(m) * éxercéte, virí, taurós, serit(e) hórdea cámpis úsque sub éxtremúm brum(ae) íntractábilis ímbrem; * néc non ét liní seget(em) ét Cereále papáver * témpus humó teger(e) ì ét jamdúd(um) incúmb(er)e arátris, * dúm siccá tellúre licét, dum núbila péndent[...].*

⁴ In tal senso, basti riflettere alla regolamentazione di cui alla l. 18 agosto 2015, n. 141 recante *Disposizioni in materia di agricoltura sociale*; in cui è prevista una serie di servizi di utilità generale rivolti all'esterno della compagine aziendale ossia servizi ricreativi per l'istruzione e la famiglia, servizi socio-sanitari e servizi d'inclusione sociale di lavoratori con disabilità o svantaggiati, nella legge dettati all'art. 2. Per una lettura più compiuta sul tema, si veda per tutti N. RICOLLI, *L'impresa agricola sociale verso nuove forme di attività connesse*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 3/2019, la quale evidenzia come la legge sull'agricoltura sociale abbia il pregio di aver allargato la nozione di attività agricola per connessione sino a ricomprendere la produzione di servizi che assumono una valenza sociale senza porre in termini generali alcun limite di prevalenza quantitativa delle attività sociali rispetto a quelle agricole. Ciò implica che, interpretando congiuntamente l'art. 2 della legge n. 141/2015 e l'art. 2135 cod. civ., le attività sociali, se realizzate mediante l'utilizzazione delle risorse materiali e immateriali dell'agricoltura, restano comunque all'interno del perimetro dell'articolo suddetto e della fattispecie oggetto del nostro esame.

⁵ La definizione è quella fornita dalla OCSE – Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica – 2001, la quale ha assunto la multifunzionalità tra i principi ispiratori della politica agricola. L'analisi effettuata dall'OCSE è incentrata sulla individuazione dei *Non commodity outputs* – per tali intendendosi la produzione, da parte dell'impresa agricola, di beni e servizi non destinati al mercato –, sulle condizioni che possano giustificare gli interventi pubblici in vista della massimizzazione del benessere

2. *I rinnovati criteri di qualificazione di una attività come agricola. La prevalenza nelle sue diverse coniugazioni*

La ricerca di una possibile compenetrazione tra sviluppo rurale e tutela ambientale si è tradotta in un ampliamento delle attività esercitate dall'impresa agricola; in particolare, mediante l'allargamento delle maglie dell'art. 2135 cod. civ., è stata accordata la qualificazione agricola a numerose attività, dapprima escluse, indirizzate non tanto alla produzione di prodotti alimentari quanto anche – e, talvolta, soprattutto – all'erogazione di servizi e alla produzione di beni a rilevanza pubblica⁶. Il legislatore ha promosso tale mutamento funzionale mediante una nuova formulazione dell'art. 2135 cod. civ.⁷; al tradizionale criterio di collegamento con il fondo⁸

sociale, nonché sull'individuazione degli strumenti più adeguati a garantire la gestione della multifunzionalità in agricoltura. Ed, ancora, secondo la Direzione Generale Agricoltura della Commissione Europea, la multifunzionalità riunisce *i ruoli complementari che l'agricoltura svolge all'interno della società, in aggiunta al suo ruolo di produttore di cibo, tra cui la fornitura di beni pubblici, quali la sicurezza alimentare, lo sviluppo sostenibile, la tutela dell'ambiente, la vitalità delle zone rurali e il mantenimento di un equilibrio generale all'interno della società tra i redditi degli agricoltori e i redditi delle persone in altre occupazioni*. La multifunzionalità dell'agricoltura può essere definita come *la capacità del settore primario di produrre beni e servizi secondari, di varia natura, congiuntamente e in certa misura inevitabilmente collegata alla produzione di prodotti destinati all'alimentazione umana e animale*. In tal senso, Istituto Nazionale Economia Agraria, 2004. In dottrina si vedano *ex multis*, F. ALBISINNI, *Azienda multifunzionale, mercato, territorio. Nuove regole in agricoltura*, Milano, 2000; L. FRANCARIO, *L'impresa agricola di servizi*, Napoli, 1988, 26-27

⁶ Sul punto mi sia consentito il richiamo a M.C. RIZZUTO, *Le nuove frontiere dell'impresa agricola: le fonti di energia rinnovabile*, in questa rivista, n. 1/giugno 2019.

⁷ Con il d.lg. n. 228 del 18 maggio 2001, è stato modificato l'art. 2135 cod. civ. nel senso di ritenere applicabile alla figura dell'imprenditore agricolo le disposizioni relative all'imprenditore in generale. Invero, già prima delle modifiche, dottrina e giurisprudenza estendevano lo statuto generale dell'imprenditore sì da interpretare evolutivamente la disposizione normativa ante riforma. In tal senso, V. BUONOCORE, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. Comm.*, 1/2002, 1 e ss., L. COSTATO, *La definizione giuridica di agricoltura negli ordinamenti italiano e comunitario*, in A.A.V.V. (a cura di) *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, *passim*; A. VECCHIONE, *L'imprenditore agricolo*, Napoli, 2004, 17 e ss.; R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, 274.

⁸ L'ampliamento del concetto di imprenditore agricolo rende sempre più difficile tracciare la linea di confine con l'impresa commerciale. Per evitare impropri sconfinamenti parte della dottrina propende per un'interpretazione restrittiva della norma, continuando a segnalare il ruolo del fondo che, ancorché inutilizzato, potrebbe essere utilizzabile [A.

è stato sostituito il [diverso e maggiormente ampio] criterio della cura di un ciclo biologico o di una fase necessaria di esso; sì da qualificare direttamente come agricola ogni attività che agisca, totalmente o parzialmente, nel ciclo vitale di piante e animali, al fine di favorirne lo sviluppo o garantirne la produzione⁹ o, addirittura, a prescindere dalla destinazione alimentare

GERMANÓ, *Manuale di diritto agrario*, Torino, 2006, 69; V. BUONOCORE, *Il “nuovo” imprenditore agricolo, l’imprenditore ittico e l’eterogenesi dei fini*, cit., 14, secondo il quale, con l’espressione «Utilizzano o possono utilizzare», in realtà, si vuole fare riferimento alla possibilità per l’imprenditore agricolo di svolgere la propria attività anche su un fondo altrui. E, infatti, secondo l’A., il riferimento al fondo, comunque, deve interpretarsi nel senso di fattore di produzione, non essendo assolutamente possibile configurare un’impresa come agricola là dove utilizzi il fondo come mero strumento di conservazione delle piante. Ed, ancora, S. FORTUNATO, *La nuova nozione di impresa agricola*, in N. ABRIANI, C. MOTTI (a cura di), *La (inserire virgola prima del titolo) riforma dell’impresa agricola*, Milano, 2003, 23 il quale ritiene sia preferibile far riferimento ad un altro criterio ossia a quello merceologico, ossia se è vero che l’attività di allevamento e la coltivazione possano prescindere dall’utilizzo del fondo potrebbero comunque eseguirsi con l’utilizzo di quest’ultimo, quale bene strumentale, con il limite merceologico del prodotto conseguibile. In tal senso, si veda anche T. STANGHELLINI, *Il sottile confine tra impresa agricola ed impresa commerciale, in Fallimento*, 1/2017, *passim*; S. CAPOLUPO, *Attività connesse in agricoltura*, in *Fisco* 34/2018, 3230, secondo il quale se è vero che, con l’ampliamento dello statuto agrario compiuto dal d.lg. 228/2001, la relazione dell’attività agricola con il fondo si è fortemente ridotta a favore di aspetti spiccatamente commerciali e produttivi, tuttavia un collegamento funzionale con la terra intesa come fattore di produzione si ritiene che debba sussistere.

⁹ Molto acceso fu il dibattito dottrinale sul ruolo rivestito dal fondo nella qualificazione di imprenditore agricolo: per un verso, c’era chi attribuiva alla terra e alle sue risorse naturali un ruolo essenziale [G.G. BOLLA, *Agricoltura*, in *Nuovo. dig. it.*, Torino, 1937, 272 e ss.; M. BIONE, *Allevamento del bestiame, fondo, impresa agricola*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1968, 539]; per altro verso, secondo una visione più moderna, chi negava l’esistenza, nella produzione agricola, di una centralità del fondo [C. LAZZARA, *Impresa agricola, Disposizioni generali*, in A. SCIALOJA E G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile sub artt. 2135-2140*, Bologna, 1980, 45 e ss.] In tale direzione, tutte quelle attività svincolate dal fondo, quale, ad esempio, le coltivazioni in serra, fuoriuscivano dall’applicazione della disciplina da quest’ultima predisposta, per rientrare nello statuto dell’imprenditore commerciale proprio perché repute attività di natura commerciale. In tal senso, M. V. DI CIÒ, *L’attività del vivaista come attività agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1/1976, 618; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino, 1974, 104, il quale escludeva l’attività di giardinaggio in cui il fondo rimane estraneo; F. GALGANO, *L’imprenditore*, Bologna, 1980, 61, per il quale non dovevano rientrare nell’alveo delle attività connesse tutte quelle attività che, poiché dirette a produzioni “artificiali”, non utilizzavano in nessun modo il fondo ma *tecniche che riproducono artificialmente, all’interno di stabilimenti, le condizioni che permettano ai vegetali di svilupparsi e dare i loro frutti*. Ed, infatti secondo tale corrente dottrinale, la presenza del fondo costituiva un presupposto inscindibile per considerare agricola l’attività imprenditoriale in considerazione del doppio rischio cui era soggetta l’attività agricola rispetto a quella industriale, ossia oltre a quello industriale anche quello legato all’ambiente naturale. Ed, infine, c’era chi

della produzione interessata¹⁰.

In ordine alle attività agricole per connessione, è rimasto invariato il requisito soggettivo di identità tra esercente l'attività principale e esercente l'attività secondaria; ma è mutato, come noto, il requisito oggettivo, là dove al criterio di normalità è stato sostituito quello di prevalenza¹¹, del quale, però, non pare superfluo rilevare, il legislatore non ha fornito alcuna definizione.

Nell'elencare le attività connesse, l'art. 2135 cod. civ. si esprime, invero, nel senso di qualificare come agricole tutte quelle attività rivolte alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione, purché aventi ad *oggetto prodotti ottenuti prevalentemente* da una delle attività dirette. Al contempo, sono ritenute agricole per connessione le attività di fornitura di beni o servizi, purché siano poste in essere mediante *l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata*.

In tal guisa, il criterio di prevalenza è menzionato due volte: in una prima accezione, l'espressione è riferita alla produzione [la c.d. prevalenza per prodotto]; mentre, in una seconda applicazione, il suddetto criterio è riferito alle attrezzature e alle risorse [la cd. prevalenza per attività]¹².

anticipando quanto sarebbe stato poi statuito dal nuovo articolo 2135 cod. civ. superava, ai fini della configurabilità di un'attività come agricola, la necessaria presenza del fondo e lo sostituiva con il concetto del ciclo biologico [A. CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988, 10]. In giurisprudenza si vedano Cass. 24 marzo 2011, n. 6853; Cass. 10 dicembre 2010, n. 24995; Cass. 5 dicembre 2002, n. 17251; Cass., 8 agosto 2016, n. 16614, cit., App. Catania 31 maggio 2012, in *Corr. mer.*, 2012, 1000.

¹⁰ In tal senso, si veda E. CASADEI, M. D'ADDEZIO, *La Conformazione dell'attività agricola alle esigenze di tutela dell'ambiente e della salute*, in G. BIVONA, (a cura di), *Atti del convegno*, Catania, 29-31 ottobre 1998, Milano, 2000, 84; F. ALBISINNI, *Profili di diritto europeo per l'impresa agricola. Il regime di aiuto unico e le attività dei privati*, Viterbo, 2005, 42 il quale sottolinea come per agricoltura oggi si intenda anche *l'attività di manutenzione del terreno agricolo, non necessariamente utilizzato per finalità produttive*.

¹¹ Il criterio di normalità è stato fortemente criticato in dottrina sul presupposto che lo stesso paralizzasse l'ingresso del nuovo in agricoltura. In tal senso, si vedano L. FRANCARIO, *L'impresa agricola di servizi*, cit., 233; E. ROMAGNOLI, *Agricoltura*, in *Digesto civ.*, 4/1987, 1149.

¹² In tema di esenzione dal fallimento delle cooperative agricole, nell'ipotesi di attività connessa ex art. 2135, comma 3, c.c. il criterio della necessaria prevalenza dell'apporto di prodotti provenienti dai soci (o della destinazione prevalente ai soci di beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico) previsto dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 228/2001 non deve essere sovrapposto ai criteri delimitativi delle cooperative a mutualità prevalente. In tal senso, si veda Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 831 in *Quotidiano Giuridico*, 2018; Cass. civ., 8 agosto 2016, n. 16614, in *Massima redazionale*, 2016.

La prevalenza dei prodotti è stata interpretata secondo due differenti significati, giacché per un verso, il criterio è stato ancorato a profili di tipo quantitativo, nel senso di verificare se la produzione del bene finale sia avvenuta mediante l'uso prevalente di prodotti della propria impresa agricola rispetto a quelli acquistati presso terzi; mentre, per altro verso, il significato di tipo reddituale-valoriale rinvia alla prevalenza dell'attività dalla quale derivi la maggior fonte di guadagno¹³.

Orbene, secondo una quasi unanime prospettiva dottrinale, si dovrebbe sempre far riferimento ad una prevalenza di tipo quantitativo in ipotesi di omogeneità merceologica; e si dovrebbe, invece, introdurre una parametrizzazione economica dinanzi all'acquisto presso terzi di prodotti eterogenei, giacché sarebbe impossibile porre a confronto quantità relative a beni di specie diversa¹⁴.

Tuttavia, nell'applicazione del criterio di prevalenza, la netta separazione del profilo quantitativo da quello qualitativo è, forse, capace di

¹³ 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., 10 aprile 2015, n. 7238, in *Mass. Giust. civ.* 2015] e che i prodotti, così realizzati, rientrino nella tipologia di appartenenza dei beni ottenuti dalla trasformazione dei prodotti propri [Cass., 22 aprile 2016, n. 8128, in *Mass. Giust. civ.* 2016]. Ed, infatti, 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 agganciata ad un comparto agricolo e non deviato verso un'attività di trasformazione, produzione che si allontani troppo dall'attività primaria. In tal senso, A. ROCCHI, L. SCAPPINI, *La misurazione della prevalenza nelle attività connesse "di produzione" in agricoltura*, in *Fisco*, 9/2017, 852, ed ancora, L. SCAPPINI, *Attività connesse in Agricoltura: requisiti e limiti*, cit., 736.

¹⁴ Nell'interpretazione del criterio della prevalenza, la dottrina suggerisce di restringere la comparazione ai prodotti omogenei, appartenenti al medesimo comparto economico, sulla scorta di quanto già avvenuto in passato in tema di imposte indirette nel T.U. art. 29 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nella parte in cui prevedeva che i prodotti ottenuti dall'esercizio normale dell'agricoltura provenissero per almeno la metà dal terreno e dagli animali allevati su di esso. In tal senso, A. GERMANÒ, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr.*, 2001, 516. Altra dottrina ha segnalato l'incertezza che in concreto può generare il criterio della prevalenza, per il quale la legge non offre ulteriori specificazioni. In tal senso M. BIONE, *Imprenditore agricolo*, *Dir. priv.*, in EG, Roma, 16/2003, 7. Si veda anche F. PREZIOSI, *Il regime fiscale delle attività agricole connesse*, in *Corr. trib.*, 2004, 3654, secondo il quale *la prevalenza può essere misurata in termini di quantità o di valore: il primo parametro può essere utilizzato se i beni da porre a confronto risultano omogenei (ad esempio trasformazione in marmellate di mele prodotte e mele acquistate). Se, invece, i beni non sono omogenei, il criterio più idoneo è quello del valore (ad esempio, trasformazione in marmellate di mele prodotte e pere acquistate da terzi).*

suscitare alcune incongruenze sino al punto di poter divenire, in determinate ipotesi, ragione di vere e proprie disuguaglianze. È sufficiente riporre attenzione, in via esemplificativa, alla fattispecie nella quale due imprenditori, siti in due località diverse siano sottoposti, al fine di produrre il medesimo bene finale, a diversi costi di acquisto delle materie prime; l'applicazione del solo aspetto quantitativo, scevro dalla componente economico-qualitativa, potrebbe condurre ad una differente qualificazione delle suddette attività¹⁵, con notevole pregiudizio per l'imprenditore le cui attività fossero sottoposte alla qualificazione di attività di impresa commerciale¹⁶.

¹⁵ A. ROCCHI, L. SCAPPINI, *La misurazione della prevalenza nelle attività connesse "di produzione" in agricoltura*, cit., 852, i quali hanno esemplificato i costi che i due viticoltori dovrebbero sostenere per produrre rispettivamente il Chianti ed il Valpolicella, ottenuto dalla combinazione dell'uva di tre vitigni differenti. *Contra* S. BARUZZI, *Reddito agrario: prevalenza della materia prima in senso fisico quantitativo e non economico*, in *Fisco*, 35/2017, 3378, il quale commentando l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 18071/2017 sottolinea come la Suprema Corte abbia dato una risposta molto netta e favorevole alla ricorrente Agenzia delle Entrate sostenendo che la tesi fondata sulla differenza qualitativa delle varie uve utilizzate per la vinificazione incidente sul conseguente differente valore economico delle stesse, non trova alcun riscontro nel dettato normativo. La Suprema Corte, ha, infatti, evidenziato come il profilo qualitativo sia definito dalla norma esclusivamente con riferimento alla provenienza delle materie, nel senso che le stesse debbano provenire dal fondo o dagli animali sullo stesso allevati, senza che, per contro, assuma alcun rilievo la qualità e, quindi, il valore economico degli stessi, elementi completamente ignorati dal Legislatore.

¹⁶ La distinzione tra imprenditore agricola e commerciale è fondamentale ai fini disciplinari giacché il codice predispose una disciplina del tutto differente fondata su notevoli agevolazioni per l'esercente un'attività agricola sul presupposto che lo stesso, oltre ad essere sottoposto al rischio di impresa, sia costretto a sopportare un ulteriore e, ancor più, imprevedibile rischio ossia quello legato allo svolgimento dell'attività nell'ambiente naturale. Un'attività esposta, dunque, agli eventi mutevoli ed incontrollabili della natura, i quali potrebbero influire in modo anche irreparabile sulla resa dell'attività agricola. È proprio nella presenza di tale ultimo rischio che si rinviene la ragione giustificativa dell'apposito ed agevolato statuto normativo predisposto per l'imprenditore agricolo e del "diaframma" esistente rispetto a quello dell'imprenditore commerciale; uno statuto speciale che, viceversa, in assenza degli elementi differenziali dovrebbe trovare altrove la propria fonte di legittimità. Si veda L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Padova, 1957, 226, secondo il quale «l'esenzione dall'applicazione della procedura fallimentare sarebbe un privilegio mostruoso e incomprensibile»; M. CARDILLO, *L'impresa agricola e i nuovi strumenti di soluzione dello stato di crisi*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 5/2016, secondo cui «Le finalità intrinseche di tale procedura concorsuale erano difatti da individuare nella tutela della *par condicio creditorum*, esigenza che non sembrava ravvedersi per l'imprenditore agricolo che svolgeva prevalentemente un'attività rivolta all'autoconsumo e faceva meno ricorso al credito. Ma questi elementi sembrano ormai venuti meno per la maggior parte



1/2021

In tale direzione, non sembra avventato ritenere che, già in sede di applicazione alle tradizionali attività connesse, la netta divaricazione tra il profilo quantitativo e quello qualitativo non sia una soluzione auspicabile e, anzi, sembrerebbe quasi del tutto irrazionale. D'altronde, elementi probanti, in tal senso, sovengono da quelle attività dirette alla fornitura di beni o servizi, per le quali la connessione derivasse dalla utilizzazione prevalente delle attrezzature o risorse, già facenti parte del compendio aziendale¹⁷, quali, ad esempio, le attività agro-turistiche.

3. Le nuove attività agricole per connessione: attività agro-turistiche, fattorie didattiche, fattorie sociali, attività da fonti di energia rinnovabile

L'interpretazione evolutiva della prevalenza cd. per attività ha consentito di qualificare come agricole una molteplicità di attività, le quali sarebbero state escluse dal novero dell'art. 2135 cod. civ. in caso di rigida applicazione del tradizionale criterio di prevalenza quantitativa, come ad esempio quelle agro-turistiche¹⁸.

degli imprenditori agricoli data la sempre più estesa diffusione dei beni non solo nel mercato interno ma anche in quello internazionale e il sempre più largo uso di mezzi tecnologici. Il fondo, che quindi rappresentava inizialmente l'elemento cardine dell'attività in commento, riveste oggi un ruolo sicuramente secondario».

¹⁷ B. ASCARI, G.P. TOSONI, *Legge di orientamento e modernizzazione del settore agricolo: cambia l'art. 2135 del codice civile*, in *Impresa*, 4/2001, 1507, secondo i quali «non può essere trascurata la componente valutativa, infatti, appare inverosimile legittimare la commercializzazione di prodotti pregiati a fronte di una produzione propria, quantitativamente superiore, ma molto inferiore in termine di valore».

¹⁸ A. ROCCHI, L. SCAPPINI, *La misurazione della prevalenza nelle attività connesse "di produzione" in agricoltura*, cit., 852. E, ancora, si veda Cass. 16 gennaio 2018, n. 831, in *Giust. Civ. 2018*, anche se nell'ambito di società cooperative fra imprenditori agricoli e di consorzi di produttori che hanno commercializzato prodotti degli associati. Si veda anche Cass., 10 dicembre 2010, n. 24995, in *Riv. dottori comm.* 2011, 3, 667, con nota di F. CASSESE. Contra Cass., 21 luglio 2017, n. 18071, in *Mass. Giust. Civ. 2017*, secondo la quale «In tema di reddito agrario, l'applicabilità dell'art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 917 del 1986, che definisce quali attività agricole quelle dirette alla manipolazione, trasformazione ed alienazione dei prodotti agricoli, è condizionata dalla ricorrenza di due requisiti, ovvero che detti prodotti abbiano avuto origine dal terreno, rispetto al quale viene determinato il reddito (presupposto qualitativo), e che costituiscano almeno la metà di quelli lavorati (presupposto quantitativo); pertanto, il valore economico dei prodotti non rileva sotto il profilo qualitativo, definito con esclusivo riguardo alla provenienza e non anche alla qualità, né sotto il profilo quantitativo, atteso che il riferimento alla "metà" non consente un'interpretazione diversa da quella riferibile al calcolo quantitativo, in assenza di criteri normativi ulteriori e differenti come il valore.

Il fenomeno agrituristico¹⁹, accolto positivamente già nella scelta del termine per quest'ultimo adoperato – “agriturismo”, crasi tra “agricoltura” e “turismo” –²⁰, ebbe il primo più compiuto riconoscimento legislativo nel 1985 con la legge n. 730²¹. In particolare, quest'ultima individuava le attività agrituristiche in quelle attività volte alla ricezione ed ospitalità, esercitate dagli imprenditori agricoli, mediante l'utilizzazione della propria azienda, in rapporto di connessione e complementarietà rispetto alle attività dirette da questi ultimi, rimettendo, poi, alle Regioni il compito di dettare i criteri, i limiti e gli obblighi amministrativi per lo svolgimento delle attività agrituristiche.

Per la prima volta, si qualifica, dunque, alla stregua di attività connessa, una prestazione di servizi, là dove l'articolo 2135 cod. civ., ante riforma del 2001, individuava come connesse solamente le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli e quando rientrassero nell'esercizio normale dell'agricoltura.

Successivamente, pur conservando i principi ai quali si ispirava la precedente normativa, la legge n. 96 del 2006²² ha dettato una disciplina

¹⁹ L. FRANCIOSI, L. PAOLINI, *L'impresa agrituristica. Normativa comunitaria nazionale regionale*, Napoli, 1989; F. ALBISINNI, *Agriturismo tra legislazione e giurisprudenza: bilancio di una ricerca*, in F. ALBISINNI (a cura di), *Giudici e agriturismo. Casi per un repertorio*, Napoli, 1993, 9 ss.; C. REGOLSI, *L'impresa agrituristica: status e possibilità di sviluppo*, Milano, 2008, 43.

²⁰ L. FRANCIOSI, L. PAOLINI, voce *Agriturismo*, in *Digesto*, IV, *Disc. Priv.*, Sez. Civ.

²¹ La legge 5 dicembre 1985 n. 730 emanata al fine di adeguare la normativa nazionale alla normativa comunitaria, la quale aveva come obiettivo quello di realizzare una impresa agricola multifunzionale, ha rappresentato un momento di sintesi di precedenti e sparsi interventi regionali. Tale legge rinviava alle Regioni il compito di individuare i criteri per la qualificazione di una attività come attività agrituristica di guisa che nel successivo ventennio tutte le regioni hanno regolamentato l'esercizio dell'attività agrituristica. Ai fini della qualificazione dell'attività come connessa, la maggior parte delle leggi regionali ha ancorato il criterio al parametro del tempo lavoro. In particolare, si è stabilito che il tempo impiegato per l'esercizio delle attività agrituristiche dovesse essere inferiore rispetto a quello occorrente per l'espletamento delle attività principali dell'impresa agricola. In tal senso, si vedano L. r. Abruzzo n. 36 del 1977; L.r. Emilia Romagna n. 26, del 1994; L. r. Lazio n. 36, del 1977 e così via.

²² La definizione dell'impresa agrituristica è stigmatizzata nell'art. 2 della L. 20 febbraio 2006, n. 96 secondo cui per attività agrituristiche si intendono «le attività di ricezione e ospitalità esercitate dagli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, anche nella forma di società di capitali o di persone, oppure associati fra loro, attraverso l'utilizzazione della propria azienda in rapporto di connessione con le attività di coltivazione del fondo, di silvicoltura e di allevamento di animali. [...] 3. Rientrano fra le attività agrituristiche: a) dare ospitalità in alloggi o in spazi aperti destinati alla sosta di campeggiatori; b) somministrare pasti e bevande costituiti prevalentemente da prodotti

sistematica e unitaria del fenomeno agrituristico, avente quale obiettivo quello di favorire, mediante attività non direttamente agricole, un maggiore sviluppo delle aree rurali, nonché la valorizzazione delle risorse naturali e territoriali.

Ai fini della qualificazione di una attività come agrituristica, è riproposta la necessaria compresenza di alcuni requisiti, tra i quali uno propone in rilievo il profilo soggettivo, integrato dalla qualifica di imprenditore agricolo dell'esercente l'attività agrituristica; mentre, gli altri hanno una connotazione oggettiva, e consistono, per un verso, nell'utilizzazione delle risorse aziendali e per altro verso, la necessità di prendere in considerazione il tempo di lavoro convenzionale dedicato all'attività agrituristica.

Nel quadro di questi requisiti generali, è rimesso, poi, alla "discrezionalità" delle singole leggi regionali stabilire criteri e limiti per lo svolgimento dei diversi servizi agrituristici, prevedendo generalmente, per l'alloggio, il campeggio (c.d. agricampeggio) e la ristorazione, un numero massimo consentito di posti letto, piazzole, pasti o posti-tavola e, indicando quale parametro di riferimento per la valutazione del rapporto di connessione, la prevalenza del tempo di lavoro impiegato nelle attività agricole rispetto a quello necessario all'esercizio delle attività agrituristiche²³.

propri e da prodotti di aziende agricole della zona, ivi compresi i prodotti a carattere alcolico e superalcolico, con preferenza per i prodotti tipici e caratterizzati dai marchi DOP, IGP, IGT, DOC e DOCG o compresi nell'elenco nazionale dei prodotti agroalimentari tradizionali, secondo le modalità indicate nell'articolo 4, comma 4; c) organizzare degustazioni di prodotti aziendali, ivi inclusa la mescita di vini, alla quale si applica la legge 27 luglio 1999, n. 268; d) organizzare, anche all'esterno dei beni fondiari nella disponibilità dell'impresa, attività ricreative, culturali, didattiche, di pratica sportiva, nonché escursionistiche e di ippoturismo, anche per mezzo di convenzioni con gli enti locali, finalizzate alla valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale».

²³ In particolare, la regione Calabria, con la Legge 30 aprile 2009, n. 14 modificata dalla Legge regionale 5 luglio 2016 n. 22 qualifica come attività connesse quelle volte a [...] organizzare, anche all'esterno dei beni fondiari nella disponibilità dell'impresa e nelle strutture comuni realizzate dalle imprese associate, le seguenti attività: attività ricreative; attività didattiche e culturali finalizzate alla riscoperta del patrimonio enogastronomico, etnoantropologico ed artigianale calabrese quali corsi, seminari, visite di ecomusei, musei del territorio e della cultura contadina; visite di siti turistici rurali inseriti in itinerari culturali tematici; nonché di turismo religioso-culturale; attività di raccolta ed esposizione di attrezzi ed oggetti utilizzati nei processi produttivi tradizionali e nei laboratori artigianali con funzione illustrativa delle attività agricole e degli aspetti di vita rurale; attività di pratica sportiva, pesca sportiva, attività agro-faunistiche-venatorie, escursionismo, ippoterapia e attività affini. 3. Costituiscono attività connesse all'azienda

Al di là dei dubbi²⁴ che potrebbero sorgere dalla rimessione alle singole regioni della scelta dei criteri qualificativi di una attività come agrituristica nonché della parametrizzazione del criterio di prevalenza al monte ore impiegato per l'espletamento delle attività agroturistiche²⁵, ciò che rileva in questa sede è che proprio l'inserimento di tali attività nell'ambito agrario rappresenta la prima breccia al sistema, laddove queste ultime sono ricondotte in ambito agrario, non mediante un criterio di

agricola e possono essere esercitate dalle aziende agrituristiche le: attività didattiche, comprese l'organizzazione di «fattorie didattiche» attraverso percorsi formativi all'interno dell'azienda o delle aziende associate, che rispondono ai requisiti previsti dalla Carta della qualità delle fattorie didattiche; attività sociali (fattorie sociali) che prevedono attività mirate a favorire il benessere e il reinserimento sociale di persone svantaggiate attraverso mansioni specifiche a contatto con l'ambiente rurale. Considerata la particolare attenzione che deve essere rivolta allo svolgimento di questa attività, gli operatori agrituristici dovranno, se svolte direttamente, essere in possesso degli eventuali attestati che li qualificano a svolgere tale attività. Il successivo art. 4 stabilisce poi che il rapporto di connessione si realizza quando per un verso, nell'esercizio delle attività agrituristiche sono utilizzate le materie prime ed i locali dell'azienda agricola e, per altro verso, le attività agricole rimangono prevalenti rispetto alle attività agrituristiche. Detta prevalenza è parametrata al tempo di lavoro necessario per l'esercizio dell'attività agricola e delle produzioni, nel corso dell'anno solare, e deve essere superiore al tempo necessario per l'esercizio dell'attività agrituristica. Per le attività agrituristiche svolte in forma associativa o cooperativa il calcolo del tempo-lavoro viene effettuato sommando i rispettivi valori di ciascuna azienda.

²⁴ Per una indagine oggettiva sulla natura agricola o commerciale delle attività agroturistiche si veda Cass. civ., 10 aprile 2013, n. 8690, in *Dir.e Giust.* 10/2013, la quale sottolinea come ai fini della assoggettabilità a fallimento dell'impresa, l'indagine ai sensi dell'art. 1 legge fall., vada condotta sulla base di criteri uniformi valevoli per l'intero territorio nazionale, e non già sulla base di criteri valutativi evincibili dalle singole leggi regionali, che possono fungere solo da supporto interpretativo.

²⁵ Con riferimento, ad esempio, alla legge regionale calabrese sull'agriturismo [Legge regionale n. 22 del 5 luglio 2016 - Modifiche alla legge regionale 14 del 30 aprile 2009] i dubbi potrebbero, invero, sorgere dalla circostanza che quest'ultima, nell'indicare il monte ore oltre il quale una attività non potrebbe essere più qualificata come agrituristica, prende in considerazione tutte le attività esercitate dall'impresa agricola (sia attività dirette che attività per connessione) sì che difficilmente il monte ore impiegato per l'esercizio dell'attività agrituristica potrebbe superare quello necessario per l'espletamento delle attività, ad oggi esercitabili, dalla medesima impresa agricola. Ancor più, perplessità potrebbero sorgere se si consideri che nella tabella indicata all'allegato A della predetta legge, nel computo del monte ore, non sono prese in considerazione tutte le attività che un'impresa agrituristica potrebbe potenzialmente porre in essere. Al contempo, anche il Regolamento n. 2 del 2011 di attuazione della legge regionale calabrese n. 14/2009, statuisce all'art. 4 in modo puntuale quale siano le attività agricole da prendere in considerazione ai fini del computo del monte ore senza, invero, inserire, però, le attività di manipolazione, conservazione, commercializzazione ma analizzando solamente quelle di trasformazione.

1/2021

prevalenza esclusivamente e puramente quantitativa [ossia di utilizzazione prevalente delle materie prime prodotte dalla stessa impresa e, quindi, come una attività di mera somministrazione di pasti e bevande]; ma secondo l'ulteriore parametro qualitativo. Ai fini della qualificazione agricola di tali attività si prendono, infatti, in considerazione anche l'utilizzazione delle dotazioni aziendali [ad es. i locali adibiti alla ricezione degli ospiti, le ulteriori risorse tecniche e umane dell'azienda], le quali non sostituiscono, ma si aggiungono al parametro quantitativo²⁶.

La connotazione agraria delle suddette attività suggerisce un significato diverso della prevalenza e lascia intravedere l'intento legislativo di spingere, mediante l'applicazione dei rinnovati criteri di connessione, verso l'agrarietà, di fornire un servizio²⁷, di creare un collegamento, sempre

²⁶ Nell'ambito della disciplina dell'agriturismo in cui si ritiene comunemente che il riconoscimento della qualità agrituristica dell'attività di ricezione ed ospitalità richiede la contemporanea sussistenza della qualifica di imprenditore agricolo da parte del soggetto che la esercita, dell'esistenza di un rapporto di connessione e complementarietà con l'attività propriamente agricola e della permanenza della principalità di quest'ultima rispetto all'altra. Con la conseguenza che l'attività di "ricezione" e di "ospitalità" non deve essere prevalente rispetto all'attività agricola. In tal senso, si veda Cass., 11 agosto 2015, n.16685 con nota di S. SERVIDIO, *Nell'agriturismo l'attività agricola prevale sull'ospitalità*, in *Agricoltura*, 5/2017, 24; Cass., 22 febbraio 2019, n. 5262; Cass. 10 aprile 2013, n. 8690, in *Mass. Giust. civ* 2013, secondo la quale l'indagine sulla natura, commerciale o agricola, di un'impresa agrituristica, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, ai sensi dell'art. 1 l. fall., va condotta sulla base di criteri uniformi valevoli per l'intero territorio nazionale, e non già sulla base di criteri valutativi evincibili dalle singole leggi regionali, che possono fungere solo da supporto interpretativo. L'apprezzamento, in concreto, della ricorrenza dei requisiti di connessione tra attività agrituristiche ed attività agricole, nonché della prevalenza di queste ultime rispetto alle prime, va condotto alla luce dell'art. 2135, terzo comma, cod. civ., integrato dalle previsioni della legge 20 febbraio 2006, n. 96 sulla disciplina dell'agriturismo, tenuto conto che quest'ultima costituisce un'attività paralberghiera, che non si sostanzia nella mera somministrazione di pasti e bevande, onde la verifica della sua connessione con l'attività agricola non può esaurirsi nell'accertamento dell'utilizzo prevalente di materie prime ottenute dalla coltivazione del fondo e va, piuttosto, compiuta avuto riguardo all'uso, nel suo esercizio, di dotazioni (quali i locali adibiti alla ricezione degli ospiti) e di ulteriori risorse (sia tecniche che umane) dell'azienda, che sono normalmente impiegate nell'attività agricola.

²⁷ L'agriturismo è un'attività turistica che, ancorché si caratterizza per la necessaria posizione di connessione e complementarietà rispetto all'attività agricola tradizionale, si colloca a pieno titolo tra quelle dirette a salvaguardare le risorse ambientali, le usanze locali anche ai fini di uno sviluppo turistico sostenibile e connotata dalla peculiarità di permettere al visitatore un contatto personalizzato, un inserimento nell'ambiente rurale fisico ed umano nonché una partecipazione alle attività, agli usi e ai modi di vita della popolazione locale. L'attività agrituristica, in sostanza, comprende due distinte imprese, facenti capo allo stesso imprenditore: quella agricola, di coltivazione e vendita ordinaria

più forte, tra persona e ambiente, giacché il dibattito sull'ambiente si traduce in un dibattito sulla persona e sui suoi diritti²⁸.

D'altronde, la rapida diffusione dell'agriturismo ha dato un notevole impulso anche alle attività di trasformazione e vendita diretta dei prodotti propri, e ha, al contempo, favorito l'incremento di nuovi servizi collegati all'agricoltura, quali le fattorie didattiche o sociali.

Le une e le altre lasciano, forse, trasparire una evoluzione del sistema verso l'ampliamento delle frontiere dell'impresa agricola nonché il tentativo di agevolare un sempre e maggiore avvicinamento a quest'ultima, secondo una tendenza, forse, ancor più accentuata dagli indirizzi ermeneutici che hanno consentito di ricondurre in ambito agrario le ulteriori attività produttive di energia elettrica da fonti rinnovabili²⁹.

4. La qualificazione [non diretta ma] per connessione delle attività da fonte di energia fotovoltaica. Per una interpretazione del criterio di prevalenza in termini quali-quantitativi

dei prodotti dell'azienda agricola, nei locali adibiti all'attività agrituristica, e quella commerciale, di concessione di ospitalità retribuita e di somministrazione di alimenti agli ospiti dell'alloggio. In tale direzione, interessante una pronuncia del Consiglio di Stato secondo cui, *ai fini della qualificazione dell'attività come agrituristica non deve aversi riguardo alla tipologia di fruitore della stessa, bensì al soggetto che la esercita, all'oggetto alla prevalente connessione con l'attività agricola; pertanto, deve ritenersi che l'ospitalità di migranti presso agriturismi non privi tali strutture della loro qualificazione ricettivo-turistica e alberghiera* [Consiglio di Stato sez. V, 06 ottobre 2018, n. 5745 in *Redazione Giuffrè 2018*].

²⁸ Così testualmente E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011, 20-21. L'A. afferma che la tutela dell'ambiente, le modalità con le quali una società compone, nell'utilizzazione delle risorse, il rapporto tra generazioni presenti e generazioni future, la scelta di considerare l'ambiente *un bene pubblico per il quale è responsabile la società nel suo complesso piuttosto che un soggetto singolo che ha causato danni all'ambiente* [Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente, COM(2000), 66, def., 2-3] o al contrario *un bene di tutti e di cui tutti, singolarmente, rispondono nell'ipotesi di danno, l'internalizzazione o l'esternalizzazione dei costi – con le differenti conseguenze sul sistema economico, sulla concorrenza e sul mercato – la scelta degli strumenti legislativi per l'attuazione delle rispettive politiche sono temi strettamente interconnessi, la cui dimensione è per l'appunto sociale, politica, economica e giuridica al tempo stesso*.

²⁹ In tal senso, A. PICCOLO, *Produzione di energia elettrica da biogas nel reddito agrario*, in *Il fisco*, 18/2017, 1791; M. BOGNOLI, A. ROCCHI, *La prevalenza nel fotovoltaico "agricolo": problemi attuali e prospettive*, in *Corriere Trib*, 46/2015, 4551; M. CARDILLO, *La tassazione dell'energia prodotta da fonti fotovoltaiche*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 6/2010, 11043; R. SELLERI, *Energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili: spunti di riflessione*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, 954; S. Quadri, *Energia sostenibile*, Torino, 2012, *passim*.

Il contributo (creare spazio dal periodo precedente ed inserire titolo paragrafo) che il settore primario può offrire, in termini di sviluppo delle energie nuove e rinnovabili, è, senz'altro, rilevante, eppure l'interprete è chiamato a verificare se le attività ad esse ricollegabili siano suscettibili di essere qualificate alla stregua della agrarietà.

Il quesito potrebbe esporre tre possibili soluzioni: in primo luogo, si potrebbe ipotizzare un'attività diretta a finalizzare la propria produzione vegetale a scopi energetici, come accade nel caso delle cc.dd. colture energetiche. Per altro verso, è, presumibilmente, praticabile una produzione di energia, mediante l'impiego delle sostanze organiche di "scarto", i sottoprodotti e i rifiuti di origine sia vegetale sia animale³⁰.

La attività di produzione energetica potrebbe, peraltro, essere condotta mediante l'installazione sul suolo agricolo di impianti fotovoltaici ed/o eolici, centrali idroelettriche³¹.

Il sistema comunitario induce una qualificazione dell'impresa agricola come strettamente correlata solamente per le prime due; mentre, in riferimento alla terza, si manifesta una certa refrattarietà³².

³⁰ Si veda A. QUARANTA, *Energie rinnovabili: la multifunzionalità delle imprese agricole*, in *Ambiente&sviluppo*, 10/2010, 826; M. TARGHINI, *Il relativismo esegetico sulla questione del fotovoltaico in agricoltura: così è (se vi pare)*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2/2020, 494; A. GIOLO, *Attività connesse e prevalenza nel reddito agrario*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 3/2018, 1223; M. ALABRESE, E. CRISTIANO, G. STRAMBI (a cura di), *L'impresa agroenergetica, Il quadro istituzionale, gli strumenti, gli incentivi*, Torino, 2013, 1 e ss.; T. BABUSCIO, *Agricoltura non alimentare: nuove opportunità per gli imprenditori agricoli*, in *Diritto e giurispr. agr. alim. e dell'amb.*, 2006, 151 ss.

³¹ A tal riguardo, sia consentito il rinvio a M.C. RIZZUTO, *Riflessioni sui rinnovati criteri di connessione all'impresa agraria*, in *Le Corti Salernitane*, n. 3/2019, 609 ss.

³² In tale direzione, già il modello europeo avverte la necessità di operare un bilanciamento tra due interessi che non sono necessariamente contrapposti; per un verso, l'incentivazione alle attività da fonti di energia rinnovabile in funzione della tutela ambientale e climatica e per altro verso, la tutela alimentare. Accanto all'*Energy security*, l'Unione Europea persegue l'ulteriore obiettivo della *Food security*. Si parte, cioè dal presupposto che la destinazione del suolo al fotovoltaico o all'eolico potrebbe comportare una sottrazione del medesimo terreno agricolo alla produzione alimentare; sì da generare un problema di diminuzione delle derrate alimentari disponibili [*food availability*], sia, conseguentemente, sia sotto il profilo della *food accessibility* poiché la progressiva riduzione della disponibilità delle derrate alimentari potrebbe tradursi in un aumento smisurato dei prezzi. L'allargamento del concetto di prevalenza e l'estensione dello statuto speciale dell'impresa agricola alle fonti rinnovabili parrebbe suggerire un intento legislativo più ampio il quale, lungi dall'arrestarsi al profilo meramente strutturale tenda a rafforzare quello funzionale dell'impresa agricola. In tal senso, U. BARELLI, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in *Riv. giur. amb.*, 1/2014, 1 ss., il quale sottolinea «la produzione di energia da fonti rinnovabili gode di un diffuso favor che viene ricondotto da parte della giurisprudenza che viene ricondotto all'obbligo del rispetto degli impegni assunti con il

Nel nostro ordinamento, le attività da fonti di energia sono state qualificate come attività connesse, nell'ambito di una legge finanziaria; sul piano civilistico, però, i criteri, dapprima esposti, del fondo e del ciclo biologico potrebbero, forse, indurre ad una connotazione delle attività da fonti di energia rinnovabile alla stregua di attività dirette³³. Eppure, l'analisi delle varie tecnologie utilizzate, ai fini della produzione di energia non consente una loro diretta qualificazione agricola. In tal senso, basti considerare esemplificativamente le modalità produttive di energia dalle fonti agroforestali, le quali, certamente, presuppongono la silvicoltura e la cura di un ciclo biologico; ma, al fine di produrre energia termica ed elettrica, esigono la successiva e differente attività connessa di trasformazione, mediante processi termochimici e biochimici³⁴. Non

*Protocollo di Kyoto e del rispetto della normativa europea. Per la Corte Costituzionale la materia delle energie rinnovabili andrebbe ricompresa o nella «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 383), oppure nella «tutela della concorrenza» (Corte cost. 23 novembre 2011, n. 310), oppure ancora nella «tutela dell'ambiente» (Corte cost. 12 aprile 2012, n. 85). Nel decidere in materia di energie rinnovabili la giurisprudenza costituzionale oscilla, quindi, tra l'interesse alla produzione di energia, alla tutela della concorrenza ed alla tutela dell'ambiente (inteso come contrasto ai cambiamenti climatici... il bilanciamento tra l'interesse economico e quello alla tutela dell'ambiente è stato risolto in favore del secondo, non solo e da tempo dalla Corte Costituzionale (Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151), ma anche dalla Corte di Giustizia UE (Corte giust. UE, 21 luglio 2011, c -2/10 Patrick Kelly contro National University of Ireland) e dal legislatore europeo con il principio di integrazione e dello sviluppo sostenibile (art. 11, TFUE). Senza dimenticare che l'art. 3 *quater* del d.lgs. 152 del 2006 prevede che «l'attività della Pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».*

³³ Eppure una siffatta qualificazione non sembra essere corretta giacché per quanto concerne il fondo, pur avendo il pregio, di qualificare *de plano* tali attività come agricole, genererebbe una notevolissima contraddizione poiché per un verso, consentirebbe a qualunque attività esercitata sul fondo di essere inglobata nell'impresa agricola e, per altro verso, escluderebbe tutte quelle attività non astanti il fondo, secondo una concezione per l'appunto, anacronistica in seguito all'introduzione del diverso criterio del ciclo biologico. Al contempo, il concetto di ciclo biologico, potrebbe qualificare tali attività come dirette, solamente se inteso, però, inteso in termini di "ciclo ambientale", il quale appare, invero, troppo generico oltre che del tutto estraneo al dato normativo.

³⁴ Per una compiuta disamina di come avvengano tali processi v. <http://www.tecnoenergielaspeziasrl.com/biomassa/processi-di-produzione-da-biomassa-alternativi-e-cogenerazione/> in cui si riporta testualmente *I processi di conversione termochimica sono basati sull'azione del calore che permette le reazioni chimiche necessarie a trasformare la materia in energia e sono utilizzabili per i prodotti ed i residui in cui il rapporto C/N*

1/2021

sembrerebbero, pertanto, sussistere dubbi sulla vocazione commerciale di tali attività, le quali potrebbero essere passibili di divenire agrarie unicamente mediante il pieno rispetto dei criteri sanciti nell'art. 2135 cod. civ. per la configurabilità della connessione.

Nell'ambito delle possibili attività legate a fonti di energia rinnovabili, è, per vero, necessario operare una prima differenziazione, giacché una prevalenza, intesa in termini puramente quantitativi, potrebbe trovare applicazione esclusivamente nelle attività agroforestali³⁵ o, comunque, in

*(carbonio organico/azoto) abbia valori superiori a 30 e il contenuto di umidità non superi il 30%. Le biomasse più adatte a subire processi di conversione termochimica sono la legna e tutti i suoi derivati (segatura, trucioli, ecc.), i più comuni sottoprodotti colturali di tipo ligno-cellulosico (paglia di cereali, residui di potatura della vite e dei fruttiferi, ecc.) e alcuni scarti di lavorazione (gusci, noccioli, ecc.) [...] Al contrario, i processi biochimici permettono di ricavare energia per reazione chimica dovuta al contributo di enzimi, funghi e micro-organismi che si formano nella biomassa sotto particolari condizioni e vengono impiegati per quelle biomasse in cui il rapporto C/N (carbonio organico/azoto) sia inferiore a 30 e l'umidità alla raccolta superiore al 30%. Risultano idonei alla conversione biochimica le colture acquatiche, alcuni sottoprodotti colturali (foglie e steli di barbabietola, patata, ecc.), i reflui zootecnici, alcuni scarti di lavorazione nonché alcuni tipologie di reflui urbani ed industriali [...] In molti paesi, tra i quali l'Italia, le biomasse prodotte (che sono considerate dalla normativa vigente un rifiuto a tutti gli effetti) non rientrano in adeguati circuiti di raccolta e gli agricoltori, allevatori e industrie agroalimentari tendono generalmente a disfarsi dei sottoprodotti bruciandoli o abbandonandoli nell'ambiente. Bisogna iniziare a cambiare mentalità e prospettiva e capire che ciò che noi consideriamo come "rifiuti" in realtà sono una "fonte energetica sfruttabile". In dottrina, si veda per tutti E. BOCCI, *Sistemi a biomasse. Impianti di generazione calore, elettricità e biometano*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 76. (punto inserito)*

³⁵ Al di là della presenza di un più immediato e percepibile collegamento con la cura di un ciclo biologico, solamente le attività agro-forestali sarebbero passibili di una prevalenza per prodotto là dove la produzione di energia elettrica, calorica, di carburanti, avvenga mediante prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo, bosco, allevamento di animali della propria impresa agricola. Ed, invero, interessante al riguardo, anche se in materia tributaria, la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia n. 66/2017, nella quale un'imprenditrice agricola emiliana, esercente attività di produzione di foraggio, di allevamento di bovini da latte e (per connessione) di energia elettrica da biogas, ha impugnato un avviso di accertamento con il quale l'Ufficio, a seguito di un'apposita verifica fiscale (Pvc), ha rettificato il reddito fondiario agrario dichiarato ai fini dell'IRPEF per l'anno 2013. L'Ufficio ha ritenuto che la contribuente abbia illegittimamente qualificato il reddito derivante dall'attività connessa come reddito fondiario agrario, anziché come reddito d'impresa, in quanto non rientrante tra le attività agricole di cui all'art. 32, comma 2, lett. c), del d.P.R. n. 917/1986 (T.U.I.R.). Come si ricorderà, tale disposizione ha stabilito che sono considerate attività agricole quelle esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, ai sensi del terzo comma dell'art. 2135 del vigente cod. civ., dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione, ancorché non svolte sul terreno, di prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali.

tutte quelle attività, in cui la produzione e cessione di energia avviene mediante le tipiche attività connesse di manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione di colture dedicate e residui e per le quali sarebbe possibile, dunque, operare un confronto tra le quantità prodotte dalla propria impresa agricola rispetto a quelle provenienti da terzi. Al contrario, lo stesso criterio non sembrerebbe utilizzabile sul piano empirico alle forme di energia derivanti da fotovoltaico, eolico, idroelettrica, attività nelle quali l'energia non scaturisce dai prodotti ottenuti dalle attività dirette, esercitate dall'impresa stessa e, dunque, mediante l'utilizzazione agricola del fondo o la cura di un ciclo biologico.

In tal guisa, le attività da tali fonti rinnovabili potrebbero essere intese quali attività di produzione e cessione energetica qualificabili alla stregua di attività agricola solamente là dove l'energia derivasse dall'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse normalmente impiegate dall'impresa agricola³⁶.

La persuasività di tale prospettiva sembrerebbe smentita dalla normativa fiscale, la quale, per un verso, qualifica come reddito commerciale quello derivante dalle attività che superino i limiti fissati in 2.400.000 kWh annui, per le biomasse ed in 260.000 kWh annui, per il fotovoltaico³⁷, sì da traslare in ambito fiscale la prevalenza quantitativa,

Secondo l'Ufficio, solamente il 36,09% dell'energia elettrica prodotta risulta ottenuta con utilizzo di biogas proveniente da prodotti ricavati dalla coltivazione del fondo, mentre la parte restante risulta ottenuta con prodotti acquistati sul mercato. Sicché, puntualizza in sostanza l'Ufficio, per mancanza del requisito di prevalenza i proventi della relativa attività vanno qualificati come reddito d'impresa e non come reddito agrario.

³⁶ Significativa, in tale direzione, sembra già la esemplificazione dell'espressione "normalmente impiegate" di A. BUCCIANTE, *Lezioni di diritto agrario*, Libreria Universitaria, Milano, 2001, 96 secondo cui sarebbe da intendere come «mezzi obiettivamente rapportati alle esigenze dell'impresa».

³⁷ In seguito, la Legge di stabilità 2016 (l. n. 208/2015), con i commi 910, 912 e 913, ha disciplinato a regime l'attività di agro energie, dopo l'intervento della Corte costituzionale che, con sentenza n. 66 del 24 aprile 2015, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 423, della l. n. 266/2005 – nel testo anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 22, comma 1, del d.l. n. 66/2014 – e dell'art. 1, comma 1093, della l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007). In particolare, il comma 910, nel sostituire il comma 423 della Finanziaria 2006, ha stabilito la tassazione forfetaria del reddito delle imprese agricole che producono energia elettrica e calorica da fonti agroforestali e fotovoltaiche. Dette attività continuano ad essere considerate agricole per "connessione" e, come tali, danno luogo al reddito agrario, esclusa la parte eccedente la franchigia e la tariffa incentivante. Per espressa disposizione del comma 912, le novelle si applicano a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015, mentre il comma

determinando una notevole confusione là dove, sotto il profilo civilistico, la qualificazione di tali attività alla stregua di impresa agricola avviene mediante la prevalenza per attività e non già di quella per prodotto; per altro verso, tralascia la qualificazione dei redditi derivanti da attività di energia idroelettrica ed eolica.

Il diverso statuto normativo riguarda non solo le attività da energia fotovoltaica ma, in generale, tutte le attività da fonti di energia rinnovabile nelle «attività dirette alla fornitura di un bene o servizio»; e dovrebbe, forse, persuadere per una scarsa rilevanza del parametro fiscale. Al contempo, la praticabilità, in ambito civile, dei soli criteri statuiti dall'art. 2135 cod. civ. si traduce per un verso, nell'assenza di una ragione giustificativa, sottesa alla differente qualificazione delle attività da fonti di energie rinnovabile e, per altro verso, nella impressione che, anche in tale ambito, il criterio di prevalenza sia suscettibile di una diversa declinazione, giacché, ai fini della qualificazione agricola di tali attività, non sembrerebbe affatto decisivo là dove fosse parametrato a profili quantitativi, reddituali o valoriali, presi singolarmente³⁸.

913 ha cancellato (con effetto dal 1° gennaio 2016) il comma 1 dell'art. 22 del d.l. n. 66/2014. In dottrina *Ex multis*: M. TAMPONI, *I diritti della terra*, in *Riv. dir. agr.*, 1/2011, 491; L. PAOLONI, *L'attività agricola di produzione energetica*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da) *Trattato di diritto agrario*, Torino, 2011, 248 e ss.; M. GOLDONI, *Utilizzazione di terreni agricoli per la realizzazione degli impianti energetici: aspetti giuridici*, in *Agricoltura e contenimento delle esigenze energetiche ed alimentari*, M. D'ADDEZIO (a cura di) *Atti dell'Incontro di studi di Udine*, 12 maggio 2011, Milano, 38, secondo il quale nel caso di fonti fotovoltaiche la collocazione di queste ultime nell'ambito delle attività connesse risulta impossibile sì da configurarsi «una ferita sistematica ai confini dell'agrarietà».

³⁸ D'altra parte, il riferimento dell'art. 2135 cod. civ. alle attrezzature o alle risorse, normalmente impiegate dallo stesso imprenditore, potrebbe lasciar ritenere che la produzione di energia da fonti di energia rinnovabili sia attività connessa, giacché nel concetto di risorse debba essere incluso il suolo [Corte cost., 24 aprile 2015, n. 66, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2015, 528], secondo una prospettiva, invero, incompatibile con le concrete modalità produttive di tale forma di energia, in cui il suolo è utilizzato unicamente per l'apposizione dei pannelli solari [M. BOGNOLI, A. ROCCHI, *La prevalenza nel fotovoltaico "agricolo": problemi attuali e prospettive*, cit., 4551 ss.] , delle pale eoliche, delle centrali idroelettriche. Ed, ancora, si potrebbe essere indotti a qualificare tali attività come agricole là dove l'energia prodotta fosse utilizzata in misura prevalente per l'autoconsumo aziendale, determinando una vera forzatura del dettato normativo [AA. VV. (a cura di), *Energie rinnovabili e compatibilità ambientale*, Milano, 2009, 115]. Al contempo, un'interpretazione troppo elastica della prevalenza nel senso di produzione e cessione di energia mediante utilizzazione delle medesime attrezzature, (quali, appunto, potrebbero essere i pannelli fotovoltaici/le pale eoliche) determinerebbe l'irragionevole conclusione di considerare, sempre e comunque, tali attività come connesse, là dove un'impresa agricola si sia determinata nell'acquistare le attrezzature, al fine di far fronte al proprio fabbisogno

Tali considerazioni sembrano segnalare, quantomeno in termini problematici e dubitativi, la maggiore adeguatezza di una nozione più ampia di connessione e di prevalenza, le quali, secondo una condizione discendente da una razionalità sistematica si presta, forse, ad una lettura del tutto diversa da quella adoperata tradizionalmente.

Ed, infatti, – secondo l'indirizzo ermeneutico desumibile dalla disciplina dell'agriturismo – pare ragionevole ritenere che la qualificazione agricola o commerciale delle attività da fonti di energia rinnovabili debba avvenire mediante il ricorso agli ulteriori elementi qualitativi³⁹, quali gli investimenti effettuati, i costi di manutenzione⁴⁰, i prezzi fissati dal GSE per la cessione di energia; secondo voci che non sostituiscono il parametro quantitativo, ma che, in un'ottica di valorizzazione di una nuova funzione dell'impresa agraria⁴¹, concorrono alla individuazione della reale natura

energetico e, poi, abbia deciso di produrre e cedere, mediante le stesse, l'energia ricavata, con l'unica conseguenza che il reddito eccedente debba essere considerato di impresa ai fini della tassazione, così come statuito dalla legge speciale.

³⁹ Si veda al riguardo V. CATTIVELLI, *Misurare le performance. Scenari di investimento e finanziamento. Energie rinnovabili in agricoltura*, in <http://www.fabbricabioenergia.polimi.it/docs/eventi/reportvc.pdf> secondo cui *per un investimento in un impianto eolico occorre considerare altri fattori come l'intensità del vento nel sito prescelto, il costo delle turbine, l'accessibilità al sito e la lontananza dalla rete elettrica nazionale. È invece critica, per la fattibilità dell'investimento, la dotazione di capitale iniziale necessaria all'acquisizione della tecnologia ed il suo rendimento in relazione alla produzione energetica. Rispetto alla produzione di energia convenzionale, infatti, il fattore di produttività attesa ossia il periodo di attività degli impianti è in media più basso e talvolta incerto rispetto agli impianti tradizionali. La produzione attesa dipende da una pluralità di fattori, tra i tanti soprattutto dalla possibilità e dalla quantità dell'alimentazione dell'impianto e dalla possibilità data dalla rete di trasportare l'energia così prodotta. Ugualmente, non è questione di poco conto la necessità di disporre di reti bidirezionali per la distribuzione [...] perché una delle caratteristiche principali delle energie rinnovabili è la generazione distribuita. Anche i relativi costi di sistema (oltre alla gestione dell'intermittenza anche il costo del trasporto, ecc.) sono elevati, ma si possono ridurre sopportando inizialmente i costi di adattamento delle infrastrutture di trasporto inizialmente progettate per la gestione dell'energia convenzionale. A loro incremento, si aggiungono anche le difficoltà di realizzazione dei progetti stessi legati prevalentemente alla complessità degli iter autorizzativi e alle difficoltà di finanziamento nonché le discontinuità normative che fino ad ora si sono registrate.*

⁴⁰ V. CATTIVELLI, *Misurare le performance. Scenari di investimento e finanziamento. Energie rinnovabili in agricoltura*, cit. sostiene che «per la produzione di energia idroelettrica, ossia quella data da morsetti di un generatore elettrico di un impianto idroelettrico, sfruttando grandi masse d'acqua, occorre sostenere ingenti investimenti iniziali, dovuti per lo più a macchinari elettromeccanici come le turbine idrauliche, i generatori, i quadri elettrici e i sistemi di controllo e regolazione elettrica. A questi si devono aggiungere anche opere idrauliche o civili come la diga o l'accesso alla rete e alle condotte che possono incidere fino al 60% sul totale dei costi per gli impianti di maggiori dimensioni».

⁴¹ Si comprende che mediante lo svolgimento della sua attività e le sue produzioni, la

dell'attività esercitata.

5. *Conclusioni. Dall'impresa agricola tradizionale alle imprese agricole [multifunzionali].*

Il tentativo di svolgere una attuale ricognizione delle attività agricole dovrebbe, forse, seguire una diversa e rinnovata lettura dei criteri tradizionali.

L'evoluzione del concetto di connessione ha accordato lo statuto disciplinare dell'impresa agricola a nuove attività, quali quelle agrituristiche o da fonti di energia rinnovabile. Tale ampliamento scorge il proprio criterio formale in una differente interpretazione del criterio di prevalenza, intesa in modo più elastico, la quale, disdegnando il solo parametro quantitativo o puramente qualitativo, propende per una sua applicazione ancorata contemporaneamente a parametri quali-quantitativi⁴² da bilanciare secondo canoni di proporzionalità e

fornitura di servizi, l'impresa agricola, contribuisce a svolgere un ruolo nevralgico avverso il degrado del territorio e del paesaggio [Ci ricorda il difficile compito per il giurista di «addentrarsi nei meandri del complesso, articolato e dinamico gioco di contrappunti tra agricoltura e ambiente che registra l'affannoso tentativo del legislatore di intercettare e monitorare le forme cangianti di quel connubio che si stagliano nella realtà, di dare veste giuridica e di guidare entro binari codificati un binomio in movimento, dove il costante fluire di un suo elemento si riflette nelle rinnovate sembianze che inevitabilmente assume l'altro», N. FERRUCCI, *Agricoltura ed Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 29/2014, 323 ss.] determina maggiori livelli occupazionali nelle comunità rurali; preserva il potenziale della produzione alimentare [S. MANSERVISI, *Verso un uso sostenibile dell'energia, il miglioramento dell'efficienza energetica e la creazione di modelli di produzione di consumo sostenibile anche nel settore alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2/2017, 297 ss., «ha messo in rilievo che la Dichiarazione di Rio emanata al termini della Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro tra il 3 ed il 14 giugno 1992 contiene degli elementi chiave dello sviluppo sostenibile che ne confermano l'esistenza], si trasforma in impresa multifunzionale, sì da contraddire comuni tradizioni dogmatiche che, per lungo tempo, hanno escluso che l'impresa agricole potessero assolvere alla produzione di servizi [L. FRANCARIO, *L'impresa agricola di servizi*, cit., 245].

⁴² A titolo esemplificativo, per il fotovoltaico oltre alla quantità di kw/h prodotti, dovranno rientrare nella valutazione qualificativa anche gli investimenti effettuati, i costi, ad esempio, degli inverter deputati a convertire la corrente continua a corrente alternata (i quali risultano piuttosto elevati e poco duraturi), i costi di manutenzione giacché non si deve trascurare che nel fotovoltaico i pannelli, costituiti da cellule di silicio, richiedono una costante manutenzione per il loro corretto funzionamento. Al contempo, si dovrà tenere in considerazione del prezzo fissato dal Gse, a seconda della convenzione stipulata: scambio sul posto o ritiro dedicato. In particolare, il PUN, Prezzo Unico Nazionale, contiene una

ragionevolezza⁴³.

Dal punto di vista funzionale, questo si traduce, probabilmente, nella consapevolezza che l'impresa agricola si va progressivamente emancipando dalla sua tradizionale definizione e funzione assumendo sempre più i contorni di una impresa agraria multifunzionale.

L'evoluzione dell'impresa agricola sembra caratterizzata dall'utilizzazione dei fattori di produzione propri di una impresa agricola *tout court*, al fine di svolgere attività extra-produttive rispetto all'agricoltura, secondo indirizzi che connotano un'impresa sottoposta ad una funzione ben più ampia rispetto a quella tradizionale.

Senza pretesa di proporre alcuna catalogazione dogmatica e in via meramente descrittiva, tali attività si prestano ad essere raggruppate in tre macro categorie: una prima sembra ricomprendere le attività turistico-ricreative e commerciali, ovvero la vendita diretta; in una seconda area, sembrerebbero incluse tutte quelle attività, mediante le quali l'agricoltura svolge funzioni pubbliche, quali quella ambientale e paesaggistica, ovvero eroga servizi destinati alla collettività quali, a mero titolo esemplificativo, imboschimento di superfici agricole, prevenzione dell'erosione, realizzazione di elementi a valenza paesaggistica, ripristino e mantenimento di *habitat* naturali, promozione della biodiversità animale e vegetale. Infine, una terza categoria, potrebbe forse esporre una funzione prettamente sociale dell'agricoltura e la sua capacità di fornire servizi che si

media geografica ed oraria dei prezzi rilevati sulla Borsa Elettrica, giacché i prezzi di mercato si formano e fluttuano "in tempo reale" e sono "definiti" in base alle zone geografiche ed in base alle fasce orarie di acquisto e vendita e si usa sullo scambio sul posto per autoconsumo. Per il ritiro dedicato, invece, vige il "prezzo minimo garantito" che è una soglia di prezzo minima per il ritiro dell'energia da parte del gestore energetico (Gse): se i prezzi di mercato, che sono fluttuanti, sono superiori al "prezzo minimo garantito", l'energia è pagata al titolare dell'impianto al prezzo di mercato; se i prezzi di mercato scendono al di sotto del "prezzo minimo garantito", l'energia viene monetizzata al valore di quest'ultimo.

⁴³ Sul principio di ragionevolezza si veda L. PALADIN, *Ragionevolezza* (principio di), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1997, 899 ss. il quale sottolinea come il principio di ragionevolezza abbia ormai integrato un connotato conformativo rispetto ad ogni parametro costituzionale di guisa che tale principio sembra essere divenuto costante e onnipresente nella giurisprudenza costituzionale. Ed, ancora, si vedano M. LA TORRE E A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, 2012; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 465 secondo il quale occorre ragionevolezza e adeguata capacità ermeneutica nel c.d. bilanciamento dei valori secondo criteri di proporzionalità.



1/2021

rivolgono alla società nel suo complesso; in tal senso, basti considerare l'offerta di servizi didattici, culturali, occupazionali nonché alle attività a scopo terapeutico-riabilitativo.

Il panorama tratteggiato denuncia, forse, una considerevole estensione del raggio di azione dell'impresa agricola, la quale potrebbe non rinvenire, esclusivamente, nella tradizionale nozione codicistica la propria disciplina ed, invero, la propria essenza⁴⁴.

D'altronde, la variegata molteplicità di leggi di settore, la diversa definizione di quest'ultima fornita sul piano comunitario⁴⁵ nonché l'avanzare del progresso scientifico, non hanno, di certo, aiutato una ricostruzione unitaria di tale concetto.

Ed, infatti, già nell'espletamento della precipua funzione assegnata, l'impresa agricola introduce importanti novità, [quali in via esemplificativa, agricoltura di precisione, colture idroponiche, metodi alternativi di coltivazione e di gestione delle proprie produzioni]⁴⁶, le quali tendono, se

⁴⁴ Lo stesso art. 2135 cod. civ., già nel precisare le modalità con le quali debba avvenire la coltivazione del fondo – ne accorda un significato tecnico in cui ciò che rileva è il procedimento per ottenere le piante sì che si traduce nella attenzione, nella cura che l'uomo presta nello svolgimento del ciclo biologico degli esseri vegetali, le cui utilità gli interessano. Si parte dal presupposto che l'attività agricola, per essere tale, non possa essere connotata da un solo atto [arare, seminare, raccogliere] ma da una serie di atti che rientrino nella complessiva attività diretta alla coltivazione, attività, quest'ultima, che, ben, potrebbe essere esercitata da più imprenditori agricoli.

⁴⁵ Sul piano comunitario, manca una precipua definizione di impresa agricola ed, in luogo di essa, l'art. 32 [ex art. 38] del Trattato CE, al par. 1, statuisce che *Il mercato comune comprende l'agricoltura e il commercio dei prodotti agricoli. Per prodotti agricoli si intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, come pure i prodotti di prima trasformazione che sono in diretta connessione con tali prodotti.* Successivamente, la medesima disposizione, al fine di evitare una notevole, [ed, invero, possibile] estensione del concetto di "prodotti agricoli" al paragrafo 3 continua *I prodotti cui si applicano le disposizioni degli articoli da 39 a 46 inclusi sono enumerati nell'elenco che costituisce l'allegato II del presente Trattato. Tuttavia, nel termine di due anni a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato, il Consiglio, su proposta della Commissione, decide a maggioranza qualificata circa i prodotti che devono essere aggiunti a tale elenco.*

Al contempo, l'art. 2 del regolamento CE n. 1782/2003, dispone che per "attività agricola" si debba intendere *la produzione, l'allevamento o la coltivazione di prodotti agricoli, comprese la raccolta, la mungitura, l'allevamento e la custodia degli animali per fini agricoli, nonché il mantenimento della terra in buone condizioni agronomiche e ambientali ai sensi dell'articolo 5.*

⁴⁶ P. PAOLONI, A. COSENTINO, A. DELLO STROLOGO, *Dalla sopravvivenza allo sviluppo. Alcuni spunti dal settore Vitivinicolo*, in M. PAOLONI, M. TUTINO, *L'Italia ai tempi del Covid-19*, Tomo I, Milano, 2020, 23 ss.; A. VISCONTI, *La produzione di energia da fonti rinnovabili quale attività connessa a quella agricola: possibilità concreta o occasione mancata?* in *Dir. e Prat. Trib.*, 3/2007, 10533; M. COSSU, *La "nuova" impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale*, in *Riv.*

non ad eliminare, comunque, ad attenuare notevolmente il doppio rischio, da sempre eletto quale elemento giustificativo dello statuto disciplinare differente tra impresa agricola e commerciale⁴⁷.

In tale prospettiva, persino la collocazione dell'imprenditore agricolo accanto a quello commerciale, quale *species* della più ampia categoria generale dell'imprenditore, di cui all'art. 2082 cod. civ., potrebbe forse non

Dir. Civ., 1/2003, 20073.

⁴⁷ Al riguardo, si vedano C. L. APPIO, *Brevi note critiche in tema di applicabilità all'imprenditore agricolo dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Studi senesi*, 2011, 368; M. AMBROSIO, *Verso o oltre il fallimento dell'imprenditore agricolo?* in *Dir. giur. agr. amb.*, 4/2012, 239; F. DI MARZIO, *Le procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento. Una opportunità per le imprese agricole*, in *osservatorioagromafie*. Sulle incoerenze sistematiche create dall'estensione disciplinare all'imprenditore agricolo, si vedano R. MARINO, M. CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, in *Fall.*, 6/2012, 637; M. L. MAURO, *Imprenditore agricolo e crisi di impresa*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2018, *passim*. Per una visione complessiva v. F. PRETE, *La gestione della crisi dell'impresa agricola nei recenti tumultuosi interventi legislativi*, in *Riv. dir. agr.*, 4/2012, *passim*; S. CARMIGNANI, *Nuovo imprenditore agricolo e fallibilità*, in *Fall.*, 5/2011, 542; A. GERMANÒ, *L'imprenditore e il fallimento*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2/2011, 720. v. S. CARMIGNANI, *Oggetto sociale e qualificazione della società*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2/2008, 133. Secondo l'A. il riferimento normativo al fatto che la dizione società agricola deve comparire nella ragione sociale o nella denominazione sociale sottolinea l'irrelevanza, ai fini della qualificazione della società, dell'essere la società ad oggetto agricolo una società di persone o una società di capitali. È dunque l'oggetto, cioè l'attività esercitata e non la forma societaria l'elemento di qualificazione della società. Invero, già in passato, M. R. D'ADDEZIO, *Società Agraria*, in N. IRTI (a cura di) *Diritto Agrario*, 1983, 803 sosteneva che l'adozione della forma societaria commerciale non trasforma l'impresa da agricola in commerciale perché *il carattere commerciale o agricolo non è dato dalla veste tradizionalmente commerciale del soggetto imprenditore, ma dalla sostanza dell'attività esercitata*. L. VECCHIONE, *L'impresa agricola tra attività strumentali, commerciali e strumenti di composizione della crisi*, in *Dir. fall.*, 1/2014, 20001; V. BUONOCORE, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, cit., 5 anche se in senso critico sulla distinzione della sezione speciale e sezione ordinaria del registro dell'impresa: «Il concetto di impresa come organismo economico è unico e l'agrarietà non può essere motivo di trattamenti differenziati che non abbiano una sostanza ed una motivazione. Il che significa che l'impresa agricola, come del resto l'impresa commerciale, può essere destinataria di agevolazioni giustificate dal settore merceologico e compatibili con il regime di libera concorrenza, ma questo discorso è diverso rispetto a quello della necessità di osservare il principio della parità di trattamento a fronte di situazioni uguali: la pubblicità, la contabilità, la capacità, la sanzionabilità degli stati di decozione, e la rappresentanza costituiscono istituti alla base dei quali non può esservi una *ratio* diversa a seconda del settore merceologico in cui l'impresa opera». In tal senso, anche L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 29; A. JORIO, *Il presupposto soggettivo per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Comm. JORIO-FABIANI*, 2; A. DIMUNDO, *La dichiarazione di fallimento ed il suo presupposto soggettivo*, in M. FABIANI, A. PATTI, (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 45.

risultare assorbente della sistematica articolazione delle attività imprenditoriali, le quali tendono ad evidenziare una caratterizzazione fondata, più che sul criterio del rischio economico – imprenditoriale e delle relative esigenze di tutela, su criteri funzionali – giova ribadire – più ampi; ché anzi, il criterio tradizionale potrebbe, in alcune occasioni, sembrare persino fuorviante rispetto ad alcune delle attività esercitate da parte della impresa agricola nonché con le funzioni perseguite, mediante l'esercizio di queste ultime⁴⁸.

Allo scopo di lucro, proprio dell'attività imprenditoriale, l'impresa agricola sembrerebbe, infatti, affiancare, in modo sempre più accentuato, il perseguimento di uno scopo sociale il quale senza, ben inteso, disdegnare l'interesse individuale sembrerebbe arricchire il profilo funzionale mediante l'espletamento di tutte quelle attività e l'erogazione di servizi aventi una forte rilevanza pubblico-sociale. Queste ultime lascerebbero, forse, incedere alla suggestione dell'esistenza, non più della "impresa" ma, delle "imprese agricole", aventi statuti disciplinari differenti⁴⁹, i quali, al fine di preservare la completezza e la coerenza dell'ordinamento giuridico,

⁴⁸ A tal riguardo, interessante i profili che emergono in G. SCARBANTI, *Definizione di attività agricola nel diritto comunitario e obblighi di coltivare nel diritto interno*, in <https://oaj.fupress.net/index.php/ceset/article/view/5700>, il quale pone l'attenzione sulla circostanza che il nostro ordinamento rimane ancora caratterizzato da norme di impronta chiaramente produttivistica. In tal senso, basti riflettere a quanto sancito nell'art. 44 Cost., sul razionale sfruttamento del suolo, all'art. 838 del codice civile sulla espropriazione dei terreni non coltivati, nonché alla legislazione sulle terre incolte, abbandonate o insufficientemente coltivate legge n. 440 del 1978 o, per quanto riguarda i contratti agrari, agli obblighi di coltivare in capo all'affittuario di cui all'art. 1615 del codice civile e artt. 5 e 16 legge n. 203 del 1982.

⁴⁹ Sulla generale tendenza alla frammentazione degli istituti giuridici si veda S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, 46-290; ID, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145-309, 20. Secondo l'A. «la struttura [di un istituto] è legata alla funzione» e la funzionalizzazione incide così profondamente sulla struttura da generare diversi statuti normativi; questi ultimi mirano a realizzare un equo bilanciamento degli interessi coinvolti. A tal riguardo, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, 115. l'A. sottolinea come il tentativo di Pugliatti è stato indirizzato proprio nel senso di realizzare una puntuale «ricognizione degli interessi sottostanti ai vari statuti proprietari» di guisa che «lo schema tradizionale risulta completamente dissolto, dal momento che questo era fondato proprio sull'indifferenza per le specifiche attitudini produttive dei beni ai fini di un loro trattamento giuridico fortemente differenziato» Ed, ancora, P. RESCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 20, il quale discorre non, già, di proprietà, ma di più proprietà, giungendo a qualificarla alla stregua di proprietà "disgregata". Notevoli spunti di riflessione sono offerti da P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia tra moderno e postmoderno dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, *passim*.

non potrebbero non richiedere un'operazione ermeneutica e giurisprudenziale volta ad una loro armonizzazione.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

LORENZO SINISI

La disciplina canonica del fenomeno confraternale dal Medioevo agli inizi dell'Età contemporanea: brevi note storico-giuridiche

ABSTRACT - This essay concerns the events affected by the intervention of the Church on the legislative regulation of the phenomenon of lay associations with religious purposes in a long period ranging from the Middle Ages to the early Contemporary Era. After the first interventions in the Carolingian age, we strangely have no confirmation, in the face of a great development and diffusion of the Confraternities which took place between the thirteenth and fifteenth centuries in Western Europe, of a normative production by the popes up to the situation. For a first important legislative intervention on the subject by the Roman Church it will be necessary to wait for the Council of Trent with its decrees *de reformatione*; this legislation will be the basis of the subsequent developments of the discipline of confraternities destined to be reorganized in the Code of Canon Law of 1917.

KEYWORDS - Confraternity - Canon Law - Lay Associations - Bishop - Councils and Synods

LORENZO SINISI*

La disciplina canonica del fenomeno confraternale dal Medioevo agli inizi dell'Età contemporanea: brevi note storico-giuridiche**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli interventi normativi in età medievale: un panorama contraddittorio – 3. La svolta: il diritto tridentino e post-tridentino – 4. Conclusioni

1. Premessa

Tracciare un *excursus* storico-giuridico, seppur breve, sulla regolamentazione del fenomeno confraternale in un quadro cronologico ampio che va dall'Alto Medioevo agli albori dell'Età contemporanea, è un obiettivo che, stante la vastità del tema, impone la necessità di circoscrivere in qualche modo la trattazione perlomeno ad un ambito ordinamentale ben preciso.

Si è quindi deciso di indirizzare la scelta verso quello della Chiesa latina che, ben più omogeneo degli ordinamenti secolari, presenta non pochi elementi di interesse riservando anche alcune sorprese sulle quali non sarà inutile soffermarsi. Conseguenza inevitabile di tale scelta è stata una sensibile riduzione della bibliografia di riferimento in cui, accanto alla presenza sicuramente ricca di storici *tout court* sia medievisti che moderni e significativa di illustri ecclesiasticisti appartenenti a diverse generazioni, non si è ravvisata una altrettanto nutrita presenza di storici del diritto che si siano occupati dell'argomento soprattutto nei tempi più recenti¹. Fra le poche eccezioni, e in particolare fra quelle appartenenti ad un'epoca ormai non certo vicina, possiamo ricordare il grande storico del diritto canonico

* Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Fra gli ecclesiasticisti che si sono occupati del tema in maniera specifica si ricordano per i tempi più risalenti F. SCADUTO (v. *Confraternite*, in *Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, s. la dir. di L. Lucchini, vol. VIII, UTE, Torino, 1896, soprattutto 1021-1026), D. SCHIAPPOLI (*La condizione giuridica delle confraternite ecclesiastiche*, UTE, Torino, 1900) e F. RUFFINI (*La natura giuridica del «Consorzio dei vivi e dei morti» di Parma*, in ID., *Scritti giuridici minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1936, 655-683, mentre per i tempi più recenti A. MANTINEO (*Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, 2008, soprattutto 13-104) e G.B. VARNIER (*Tra universale e particolare: un profilo delle confraternite nell'ordinamento della Chiesa*, in G. ALGERI, V. POLONIO (a cura di), *L'Oratorio dei Disciplinanti di Moneglia. Testimonianza di fede e di arte nella storia di una Comunità*, Atti del Convegno di Moneglia, 10-11 ottobre 2008, Chiavari, Accademia dei cultori di storia locale, 2012, 49-70).

Gabriel Le Bras è un'importante figura di storico del diritto italiano, forse al giorno d'oggi un po' sottovalutato se non addirittura quasi dimenticato, quale fu Gennaro Maria Monti che scrisse quella che a tutt'oggi rimane, pur con alcuni limiti, una delle opere di riferimento per chi voglia studiare in ottica storico-giuridica le confraternite medievali².

Proprio a Gennaro Maria Monti si rinvia per quanto riguarda la *voxata quaestio* dell'origine delle confraternite ovvero dell'associazionismo laico con finalità religiose, fenomeno ben preesistente all'affermazione del Cristianesimo come dimostrano gli stessi «collegia religionis causa», riconosciuti come leciti dal diritto romano in un titolo del *Digestum Novum* (D. 47.22) che diverrà la *sedes materiae* dell'elaborazione dottrinale civilistica da parte prima dei glossatori e poi dei commentatori³.

² Cfr. G. LE BRAS, *Les confréries chrétiennes. Problèmes et propositions*, in *Revue historique de droit français et étranger*, s. IV, ann. XIX-XX (1940-1941), 310-363; G.M. MONTI, *Le Confraternite Medievali dell'Alta e Media Italia*, voll. I-II, La Nuova Italia, Venezia, 1926; sulla figura di quest'ultimo cfr. G. VALLONE, *Monti, Gennaro Maria*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, il Mulino, Bologna, 2013, II, 1370-1372; sui limiti della pur sempre importante monografia del Monti si è soffermato A. MANTINEO, *op. cit.*, 43-46. Deve essere inoltre ricordato il seppur meno risalente ormai datato studio di M. MOMBELLI CASTRACANE, *Ricerche sulla natura giuridica delle confraternite nell'età della Controriforma*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LV (1982), 71-116; fra i pochi contributi più recenti in materia da parte della storiografia giuridica si segnalano infine quelli di E. TAVILLA, *Confraternite, opere e luoghi pii nel Ducato Estense: problemi politici e giuridici nell'età delle riforme*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LXXVIII (2005), 270-308 e di C. NATALINI, *Appunti sui collegia religionis causa nella dottrina tra Glossa e Commento*, in M. GAZZINI (a cura di), *Studi confraternali. Orientamenti, problemi, testimonianze*, Firenze University Press, Firenze, 2009, 97-124.

³ Particolarmente significativo si segnala l'intervento al riguardo da parte di Bartolo da Sassoferrato che, dopo aver trattato alcune questioni di carattere generale come ad esempio la differenza fra un «collegium» e un «corpus» e le varie denominazioni assunte dai vari *collegia* (fra cui ricorda espressamente le «fraternitates unde illi de dicto collegio dicuntur confratres»), passa a prendere in considerazione questioni più specifiche come la necessità o meno di un'autorizzazione ecclesiastica per l'istituzione di sodalizi come i «Collegia Disciplinatorum» o i «Collegia iuventium oppressos et similia», oppure su a chi spettasse la giurisdizione in relazione all'operato di tali enti (con il riconoscimento, a parità numerica fra laici e chierici in caso di *Collegia* a composizione mista, di una prevalenza al giudice ecclesiastico «ratione dignitatis maioris»): BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In II partem Digesti Novi commentaria*, ex officina Episcopiana, Basileae, 1588, in D. 47.22.1-4, 407-410 (sulla sensibilità di Bartolo per temi di confine fra *leges* e *canones* e più in generale sulla sua opera come «testimonianza storica della avvenuta fusione tra diritto civile e diritto canonico nel sistema dell'*utrumque ius*» cfr. l'importante saggio di O. CONDORELLI, *Bartolo e il diritto*

2. Gli interventi normativi in età medievale: un panorama contraddittorio

Posto che l'avvento della nuova religione aveva già in sé i semi di quello che sarebbe stato il grande sviluppo del fenomeno confraternale, come ci attestano le parole dello stesso Maestro fondatore («perché dove sono due o tre riuniti nel mio nome, lì sono io in mezzo a loro»⁴) e gli scritti dell'età apostolica, per quanto riguarda invece le prime testimonianze di un intervento normativo da parte della Chiesa che comprovino esplicitamente una consolidata esistenza di tali associazioni di fedeli, in prevalenza laici ma sempre più spesso assistiti da qualche sacerdote, bisogna invece fare un lungo salto in avanti ed arrivare perlomeno al IX secolo. È appunto nella Francia carolingia che troviamo un decreto sinodale pubblicato nell'852 dal vescovo Incmaro per la sua diocesi di Reims in cui si stabilisce che queste associazioni, denominate «geldoniae» o «confratrinae», si potessero riunire per deliberare in merito alle loro attività ma anche per assistere alle sacre funzioni, per momenti di preghiera comunitaria, per le esequie dei defunti, per ricomporre le liti fra i membri, per raccogliere offerte per il culto, elemosine per i poveri e per compiere altre opere di pietà⁵. Sanzioni venivano quindi previste per chi si rendeva colpevole di eccessi e comportamenti peccaminosi in occasione dei convivi che in genere seguivano alle funzioni religiose. In merito a queste norme, sicuramente significative, i cui principali contenuti sono stati appena sintetizzati, bisogna però ancora segnalare che esse si trovano per buona parte riprodotte nei decreti di un Concilio celebrato a Nantes in un anno imprecisato, che secondo alcuni studiosi precederebbe anche di due secoli il periodo in cui vide la luce la norma sinodale di Incmaro di Reims⁶;

canonico, in *Bartolo da Sassoferrato nel VII centenario della nascita. Diritto, politica e società*, Atti del L Convegno storico nazionale, Todi-Perugia, 13-16 ottobre 2013, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2014, 463-557); sulle antiche origini del fenomeno dell'associazionismo laico con finalità religiose cfr. G.M. MONTI, *op. cit.*, I, 43-49.

⁴ Mt, 18, 20.

⁵ *Hincmari Archiepiscopi Rhemensis Capitula*, in I.D. MANSI (a cura di), *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, t. XV, apud Antonium Zatta, Venetiis, 1770, *Capitula presbyteris data anno DCCCLII*, col. 479; per un esame approfondito dei contenuti di questo importante testo cfr. G.G. MEERSSEMAN, *Ordo Fraternitatis. Confraternite e pietà dei laici nel Medioevo*, I, Herder, Roma, 1977, 35-40.

⁶ *Concilium Namnetense*, in I.D. MANSI (a cura di), *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, t. XVIII, apud Antonium Zatta, Venetiis, 1773. can. XV, coll. 170-171; la data di celebrazione di tale concilio, che secondo alcuni fra cui il p. Ph. Labbé risalirebbe intorno alla metà del VII secolo (cfr. [P.-A., ALLETZ], *Dizionario portatile de' Concilj*, appresso Tommaso Bettinelli, Venezia, 1775, 186-187), sarebbe ad opinione di alcuni studiosi, fra cui

nell'impossibilità di risolvere con certezza la *querelle* circa priorità cronologica fra i due provvedimenti, che attesterebbe comunque una certa ricorrenza di fenomeni imitativi nella storia delle fonti normative, è certo invece che lo stesso testo lo ritroviamo ricompreso come un capitolo, intitolato *de confratriis vel consortiis*, in una delle più importanti compilazioni canoniche del X secolo, vale a dire il *De synodalibus causis libri duo* di Reginone abate di Prüm in Renania⁷.

Pur essendo quella di Reginone una delle fonti da cui attinse il monaco Graziano nella redazione del suo *Decretum*, non troviamo però in tale compilazione, destinata a costituire le fondamenta di quell'edificio normativo della Chiesa che sarà chiamato *Corpus iuris canonici*, alcuna traccia di questo importante testo così esplicito in materia di confraternite. Troviamo invece nel *Decretum* una più velata allusione a tali organismi in un frammento della prima parte (Dist. 42, c. 1), tratto da un canone di un Concilio celebrato a Gangra in Anatolia nel IV secolo, in cui si condannavano coloro che disprezzavano i convivi offerti ai poveri che alcuni «fratres» organizzavano «propter honorem Dei»⁸. Tale brano, più ancora che per la testimonianza, seppure non molto chiara, che ci fornirebbe circa una presunta attività di confraternite già nei decenni immediatamente successivi al primo Sinodo niceno, è importante perché costituirà la base da cui partirà la dottrina canonistica dei decretisti per sviluppare la sua riflessione in materia di confraternite⁹.

lo stesso MEERSSEMAN (*op. cit.*, 35), da riportare alla seconda metà del IX secolo, in anni immediatamente successivi al capitolo di Incmaro.

⁷ REGINO ABBAS PRUMIENSIS, *Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis*, ed. a cura di F.G.A. WASSERSCHLEBEN, Guil. Engelmann, Lipsiae, 1840, cap. CCCCXLI, *de confratriis vel consortiis*, 386 (sulle caratteristiche e sull'importanza della compilazione di Reginone cfr. B.E. FERME, *Introduzione alla storia del diritto canonico I. Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Pontificia Università Lateranense - Mursia, Roma-Milano, 1998, 149-151).

⁸ D. 42, c. 1; fonte principale di Graziano è in questo caso Burcardo di Worms nella cui opera, risalente agli inizi dell'XI secolo, troviamo riportato tale brano (cfr. *Burchardi VVormaciensis decretorum libri XX*, apud Ioannem Foucherium sub Scuto Florentiae, Parisiis, 1549, lib. XIX, cap. CXXIV, c. 300v).

⁹ Se manca praticamente del tutto una riflessione sul punto da parte dei più antichi esegeti della compilazione graziana (ad esempio Paucapalea e Rufino), una qualche attenzione al brano si comincia a registrare con Ugucione da Pisa (l'esemplare manoscritto della *Summa decretorum*, ancora per buona parte inedita, da me consultato è quello verosimilmente tardoduecentesco della Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat., 2280, fol. 42rb-42va), mentre un riferimento esplicito alle *Confratriae* o *Confraternitates* lo troviamo a partire dall'Arcidiacono bolognese Guido da Baisio, che alla fine del XIII secolo si sofferma soprattutto sulle riunioni periodiche dei membri e sulla spinosa questione della liceità del

Gli anni compresi fra la comparsa del *Decretum* (metà del XII secolo) e l’emanazione del *Liber Extra* di Gregorio IX (1234) se da un lato sono caratterizzati dalla grande fioritura dello *ius decretalium* pontificio, fenomeno alla base dello sviluppo del diritto canonico sia sotto il profilo ordinamentale che sotto quello dottrinale, dall’altro sono gli stessi anni che vedono il vero decollo del fenomeno confraternale, che tende a diffondersi nell’Europa occidentale sulla scia dei cambiamenti sociali ed economici causati in precedenza dalla rinascita cittadina che segna il passaggio dall’Alto al Basso Medioevo¹⁰. Fra i vari fattori che si pongono alla base di questo improvviso aumento del numero di pii laici che, soprattutto a partire dai primi anni del Duecento, si organizzano in «fraternitates» giuridicamente strutturate (si doteranno infatti presto di propri statuti) per fare penitenza e dedicarsi alla preghiera ed alla carità vi fu probabilmente anche la stessa esigenza di riforma della Chiesa che è all’origine del sorgere, più o meno nello stesso periodo, dei due grandi ordini mendicanti dei Domenicani e dei Francescani, i quali a loro volta diventeranno ulteriori fattori propulsivi per lo sviluppo del fenomeno confraternale¹¹.

versamento delle quote annuali le quali, se esatte «propter honestam causam utpote pro alendis pauperibus, redimendis captivis vel filiabus», non integravano certo il *crimen* di simonia, né erano «reprobandae» (GUIDONUS A BAIISO, *Rosarium seu in Decretorum volumen commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1577, ad D. 42, c. 1, f. 54v); riprendono quasi alla lettera il contenuto del brano dell’Arcidiacono vari decretisti più tardi, fra i quali si segnalano nel XIV secolo Gilles de Bellemerre (AEGIDIUS BELLAMERA, *Commentaria in Gratiani Decreta*, ad Salamandrae apud Sennetonios fratres, Lugduni, 1550, f. 60r) e nel secolo successivo Giovanni Antonio da Sangiorgio (IOHANNES ANTONIUS A SANCTO GEORGIO, *In primam Decretorum partem commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1579, f. 151r) e Juan de Torquemada (IOANNES A TURRECREMATA, *In Gratiani decretorum primam doctissimi commentarii*, apud haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1578, 359).

¹⁰ Alle origini del decollo del fenomeno confraternale, che si registra in questo periodo prevalentemente nei rivitalizzati contesti cittadini, vi è senza dubbio lo sviluppo di uno “spirito corporativo” che genera pressoché contemporaneamente il fenomeno parallelo e spesso convergente delle «societates» che riuniscono persone che esercitano lo stesso mestiere (per una sintesi efficace sul tema cfr. J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Ed. San Paolo, Cinisello Balsamo, 1998, 517-519).

¹¹ Strettamente collegata con questa esigenza di riforma della vita religiosa, che toccava non solo il clero ma anche i laici, vi fu senza dubbio anche la necessità di contrastare la diffusione di nuovi movimenti e sette di natura spesso ereticale, fenomeno che favorì lo sviluppo fra il XII e il XIII secolo di confraternite come organismi votati anche ad una sorta di «lutte armée contre l’hérésie» (G. LE BRAS, *op.cit.*, 325; per una sintesi sulla nascita degli ordini mendicanti e sulle varie conseguenze di tale fenomeno cfr. C.H. LAWRENCE, *I mendicanti. I nuovi ordini religiosi nella società medievale*, Ed. San Paolo, Cinisello Balsamo, 1998).

Ci si aspetterebbe quindi di trovare eco di tale fenomeno appunto nello *ius decretalium*, a partire dalla grande compilazione gregoriana per continuare con il *Liber Sextus* di Bonifacio VIII e via di seguito tutte le altre compilazioni ufficiali e private che verranno a completare nel volgere di circa due secoli il *Corpus iuris canonici*. La delusione al riguardo non potrebbe essere più forte, perché non solo non troviamo alcun *titulus* o *rubrica* specificatamente dedicati alla materia con lo sviluppo di una articolata disciplina della stessa, ma nemmeno un riferimento esplicito alle confraternite all'interno dei vari capitoli.

A parte un riferimento implicito in un capitolo del titolo *De religiosis domibus* del III libro delle Decretali gregoriane, che contiene una generica attribuzione ai vescovi diocesani di una supervisione sui «loca pia», fra i quali sarebbero appunto comprese le confraternite (X. 3.36.3), ne troviamo uno solo apparentemente più esplicito in un capitolo della rubrica *De excessibus praelatorum* del V libro, che però si incentra soprattutto sui poteri, in una materia delicata quale quella del sigillo sacramentale, dei «Rectores» della «Fraternitas Urbis» (X. 5.31.13), un'istituzione volta al governo e all'amministrazione del clero romano e non certo una confraternita nel senso più comune del termine, non prevedendo fra l'altro la presenza al suo interno di laici¹². Di conseguenza, contrariamente a quanto sostenuto da un pur autorevole studioso come Francesco Ruffini, assai limitati furono in genere i contributi dei decretalisti in materia ed in particolare davvero modesti, per non dire nulli, quelli in relazione all'ultimo dei due testi sopra

¹² Sulla «Fraternitas clericorum Urbis» cfr. G. FERRI, *La romana Fraternitas*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, XXVI (1903), 431-466; F. DI CARPEGNA FALCONIERI, «Romana Ecclesia» e «Clerus Urbis». *Considerazioni sul clero urbano nei secoli centrali del Medioevo*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, CXXII (1999), 97-99. Il testo della prima decretale richiamata, attribuito a papa Eugenio I (metà del VII secolo) e già presente nel *Breviarium extravagantium* di Bernardo da Pavia (cfr. *Quinque compilationes antiquae*, ed. Ae. FRIEDBERG, ex off. Bernardi Tauchnitz, 1882, 40), parla infatti esplicitamente degli ospizi per stranieri (*de Xenodochiis*) e genericamente «de aliis similibus locis»; è però significativo che la decretalistica più risalente nell'esplicitare quali dovessero essere intesi come tali, non faccia in genere mai riferimento espresso alle confraternite non mancando invece di ricordare quali altri «loca religiosa et pia» i monasteri e quelli dove si dava accoglienza ed aiuto a soggetti in difficoltà come gli orfanotrofi, i brefotrofi, i nosocomi e i gerontocomi (cfr. ad esempio HENRICUS DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *In tertium Decretalium librum commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1581, f. 136v); solo assai tardi si farà espresso riferimento alle «confraternitates laicorum» nel commento di tale decretale (cfr. ad esempio P. FAGNANUS, *Commentaria in tertium librum Decretalium*, Venetiis, apud Paulum Balleonium, 1709, 484) e a riconoscere in essa la *sedes materiae* in tema di confraternite (cfr. F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, t. III, *Ius administrationis Ecclesiae Catholicae*, ex typ. Polyglotta S.C. De Propaganda fide, Romae, 1901, 792).

citati in cui si fa davvero fatica a riconoscere la «*sedes materiae*» del *Liber Extra* in materia di confraternite¹³.

Allo stesso modo assai limitati, se non addirittura fortemente dubbi, sono gli accenni al tema nel *Liber Sextus*, nelle *Clementinae* e nelle *Extravagantes* dove di fatto troviamo solo l'eco di qualche provvedimento restrittivo specifico nei confronti di movimenti laicali sospetti di eterodossia¹⁴. Di conseguenza assai deludente risulta il contributo dei decretalisti alla riflessione dottrinale su tale materia, al di là dell'importante, ma non specificatamente rivolta solo alle confraternite, teoria sulle persone giuridiche elaborata da Innocenzo IV¹⁵.

¹³ A confutare l'affermazione – la cui imprudente ed eccessiva perentorietà è da ascriversi probabilmente all'originaria matrice di natura professionale e quindi “di parte” del pur pregevole saggio – che «la massa imponente dei Decretalisti» i quali «senza pure una eccezione» avrebbero «ravvisato in questa decretale un disposto riguardante una vera confraternita» e quindi «assunto questo capitolo a *sedes materiae* alla loro trattazione delle Confraternite» (F. RUFFINI, *op. cit.*, 682), è sufficiente la consultazione delle opere di importanti esponenti della dottrina sorta in relazione alla compilazione gregoriana dove, in riferimento specifico a tale decretale di Onorio III, non troviamo alcun accenno alla materia delle Confraternite (cfr. ad esempio HENRICUS DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *In quintum Decretalium librum commentaria*, apud Iuntas, Venetiis, 1581, f. 75r; IOHANNES ANDREAE, *Novella in quintum Decretalium librum novella commentaria*, apud Franciscum de Franciscis, Venetiis, 1580, f. 95rv; ANTONIUS DE BUDRIO, *In librum quintum Decretalium commentarii*, apud Iuntas, Venetiis, 1578, f. 83r; NICOLAUS TUDESCHIUS ABBAS PANORMITANUS, *In quartum et quintum Decretalium librum luculentissima commentaria*, apud Bernardinum Maiorinum, Venetiis, 1569, ff. 171v-172r).

¹⁴ Se nel *Sextus* il brano da alcuni richiamato come relativo alla materia (cfr. ad esempio WERNZ, *Ius decretalium*, cit., 792) riguarda espressamente non le confraternite, ma gli ordini religiosi proibendone l'arbitraria moltiplicazione ed abolendo quelli creati dopo il IV Concilio Lateranense non approvati dalla Sede Apostolica (VI, 3.17.1), nei brani parimenti richiamati come relativi alla materia delle confraternite (*ibidem*) contenuti nelle *Clementinae* (Clem. 3.11.1), nelle *Extravagantes* di Giovanni XXII (*Extravog. Ioann. XXII*, 7) e nelle *Extravagantes communes* (*Extravog. Com.* 3.9.1) troviamo solo riferimenti a provvedimenti restrittivi in merito alle sette dei Fraticelli e delle Beghine.

¹⁵ Non è casuale che i riferimenti normativi da cui parte Innocenzo-Sinibaldo, sia per la sua riflessione in materia di *universitas* come persona giuridica, sia per il suo fugace riferimento come leciti ai «collegia... quae sunt causa religionis», siano in prevalenza di matrice civilistica (Innocentius IV, *In quinque Decretalium libros*, apud Bernardinum Maiorinum, Venetiis, 1570, *ad X.* 1.31.3, *ad VI.* 2.10.2 e *ad X.* 5.31.14, ff. 92v, 193r, 312r); per una sintesi efficace sulla teoria del Fieschi in materia di *universitas* cfr. I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. XIII, UTET, Torino, 1996, 407-420; sull'importanza dell'opera del grande pontefice giurista nell'edificazione del sistema dell'*utrumque ius* cfr. V. PIERGIOVANNI, *Innocenzo IV legislatore e commentatore. Spunti tra storiografia, fonti e istituzioni*, in G. DILCHER – D. QUAGLIONI (a cura

Tutto ciò è davvero sorprendente se pensiamo che in questo arco di tempo non certo breve che va dai primi decenni del Duecento agli albori del Cinquecento si assiste nell'ordine: 1) alla nascita delle prime associazioni di penitenti laici che si impegnano ad osservare una forma di vita religiosa, 2) al sorgere intorno al 1260 a Perugia del grande movimento dei Disciplinati, detti anche «flagellanti» o «battuti» che si propaga presto in tutta Italia dando origine a numerose confraternite in cui alle rigide e cruenti pratiche penitenziali si unisce una attività di assistenza ai bisognosi, 3) al manifestarsi a fine Trecento della devozione dei Bianchi, così chiamati dal loro abito simbolo della recuperata purezza, che nasce da un'istanza di conversione e di pacificazione di una società sempre più distratta da interessi mondani e caratterizzata da una forte conflittualità, 4) al diffondersi delle confraternite eucaristiche e di quelle dedicate alla pratica del Rosario, e infine, fra la fine del XV e gli inizi del XVI secolo, 5) alle prime manifestazioni di una *Devotio moderna* come quella delle Compagnie del Divino Amore, promotrici di una pratica religiosa finalizzata alla perfezione personale ed allo stesso tempo alla messa in pratica di una carità verso il prossimo discreta e ricca di realizzazioni concrete come la fondazione di ospedali e di ricoveri¹⁶.

In questo lungo arco temporale gli unici interventi normativi della Chiesa dedicati espressamente alla disciplina del fenomeno confraternale furono in definitiva di portata particolare e non generale, come ad esempio alcuni decreti sinodali francesi fra i quali ricordiamo quelli del Concilio provinciale di Arles, celebrato proprio nello stesso anno in cui veniva promulgato il *Liber Extra* (1234), e quelli del Concilio provinciale di Cognac che, celebrato quattro anni più tardi (1238), stabiliva fra l'altro «quod nulla

di), *Gli inizi del diritto pubblico*, 2. Da Federico I a Federico II, il Mulino-Duncker & Humblot, Bologna-Berlin, 2008, 195-222.

¹⁶ Per una visione d'insieme sui vari aspetti e momenti del fenomeno confraternale in età bassomedievale cfr. G. G. MEERSSEMAN, *op. cit.*, I, 217-570 e II, 578-1003; sulla peculiare esperienza delle confraternite dei «Bianchi» ma anche dei «Neri» (così chiamati a seconda del colore del loro abito di sacco con cappuccio), che nel corso del Quattrocento si distinsero quali «compagnie di giustizia» nel confortare e nell'accompagnare al patibolo i condannati all'estremo supplizio, cfr. A. PROSPERI, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana XIV-XVIII secolo*, Einaudi, Torino, 2013, 124-153; in particolare sul rinnovamento di cui furono portatrici, sia sotto l'aspetto spirituale che sotto quello operativo, le confraternite del Divino Amore agli albori dell'Età moderna cfr. D. SOLFAROLI CAMILLOCCI, *I devoti della Carità. Le confraternite del Divino Amore nell'Italia del primo Cinquecento*, La città del Sole, Napoli, 2002, *passim*.

fiat confraternitas laicorum sine auctoritate et consensu dioecesani eiusdem loci»¹⁷.

Di carattere ancora più particolare si rivelano quindi alcune bolle pontificie che intervennero ad approvare e confermare confraternite già esistenti imponendo alcune direttive e concedendo privilegi ed indulgenze. Un esempio significativo fra quest'ultime è quello rappresentato dalla bolla *Illius qui Charitas est* emanata nel 1520 da Leone X con la quale, «motu proprio», non solo si approvava e confermava la Compagnia di Carità fondata l'anno prima dal cardinale Giulio de' Medici per venire incontro alle necessità dei poveri vergognosi, dei carcerati e per provvedere alle esequie dei nullatenenti, ma si provvedeva anche ad erigerla in Arciconfraternita con la facoltà di aggregare a sé altre confraternite erette con i medesimi scopi e simili ordinamenti, autorizzandola a darsi «quaecunque statuta et ordinationes», a fare partecipi le confraternite aggregate di tutti i singoli privilegi, immunità ed indulgenze a lei concesse e ad acquistare qualsiasi bene anche di natura feudale¹⁸.

¹⁷ Tale norma, in cui veniva esplicitato per le confraternite quanto affermato più in generale per i «loca pia» dal sopra citato capitolo del *Liber Extra* (X. 3.36.3) sottoponendo il settore all'autorità ed alla vigilanza dei vescovi, riprende in modo più chiaro quanto stabilito da un canone del menzionato Concilio di Arles (per i testi dei due canoni conciliari cfr. I.D. MANSI, [a cura di], *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, t. XXIII, apud Antonium Zatta, Venetiis, 1779, *Concilium Arelatense*, can. IX *Ut Confratrinae non fiant nisi de voluntate episcopi*, col. 339 e *Concilium apud Campinacum*, can. XXXII *Ne laici absque licentia dioecesani constituent Confratrias*, col. 494).

¹⁸ Il testo integrale della bolla di approvazione da parte del papa nei confronti dell'iniziativa del cugino (più tardi anche lui papa col nome di Clemente VII) si trova pubblicato in *Bullarium Romanum. Bullarum, diplomatum et privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum. Taurinensis editio*, t. V, Franco et Dalmazzo ed., Augustae Taurinorum, 1860, n. XLII, 739-742. Sulla confraternita di San Girolamo della Carità che, strettamente collegata con la spiritualità e il *modus operandi* degli Oratori del Divino Amore, segna il passaggio dalle confraternite medievali a quelle post-tridentine della riforma e controriforma, cfr. V. PAGLIA, *Contributo allo studio delle confraternite romane dei secoli XV e XVI*, in *Ricerche di storia sociale e religiosa*, 17-18 (1980), 255-256; sullo statuto di questa "compagnia" in cui si trovano esplicitati i vari campi d'azione della Confraternita cfr. S. DI MATTIA SPIRITO, *Assistenza e carità ai poveri in alcuni statuti di Confraternite nei secoli XV-XVI*, in L. FIORANI (a cura di), *Ricerche per la storia religiosa di Roma*, 5, *Le confraternite romane. Esperienza religiosa, società, committenza artistica*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1984, 152-154; per una panoramica sui principali provvedimenti normativi particolari emanati dai romani pontefici fra XV e XVII secolo in materia di confraternite laicali cfr. L. BRANCATUS DE LAUREA, *Epitome canonum omnium*, typis Mascardi, Romae, 1659, 204-208.

3. *La svolta: il diritto tridentino e post-tridentino*

Per avere le prime norme di carattere generale sul fenomeno confraternale bisogna attendere i decreti di riforma del Concilio Tridentino che segna una svolta anche nella vita delle confraternite le quali, da una situazione di notevole libertà di azione spesso all'origine di abusi e di malcostume che erano stati prontamente utilizzati da Lutero per condannare in modo ingeneroso ed anche volgare tutto il fenomeno confraternale, si avviarono (non senza qualche resistenza) ad un'esistenza maggiormente controllata da parte della gerarchia ecclesiastica, che vide in esse uno strumento efficace per contrastare la diffusione dell'eresia protestante presso il laicato¹⁹.

Le norme tridentine, rappresentate da due capitoli, l'ottavo e il nono, del decreto *de reformatione* della sessione XXII, non fanno che ribadire la tendenza già manifestatasi nei secoli precedenti ad assoggettare le opere pie ai vescovi, menzionando però questa volta esplicitamente fra tali enti proprio le «confraternitates laicorum» che venivano sottoposte alla visita episcopale, a meno che non fossero sotto l'immediata protezione del sovrano e comunque nel caso previa sua licenza, e che vedevano i loro amministratori obbligati ogni anno a fare un rendiconto finanziario all'Ordinario²⁰. Pur trattandosi di una legge di carattere universale, e di particolare autorevolezza perché deliberata da un Concilio ecumenico e

¹⁹ L'attacco di Lutero alle confraternite lo troviamo nella seconda parte di un sermone risalente al 1519 (cfr. M. LUTHER, *Eyn Sermon von dem hochwirdigen Sacrament des heyligen waren Leychnams Christi und von den Bruderschafften*, in *Martin Luthers Werke*, Weimarer Ausgabe (WA), *Schriften 2*, Böhlau, Weimar, 1884, 754-758). Per un interessante parallelo fra la situazione del XIII secolo e quella del Cinquecento come epoche in cui le confraternite si affermarono anche come strumento di contrasto al diffondersi dell'eresia negli ambienti laicali cfr. G. LE BRAS, *op. cit.*, 325-328.

²⁰ Per il testo dei due canoni conciliari cfr., fra le numerose edizioni pubblicate fra i secoli XVI e XX, AE, L. RICHTER (a cura di), *Canones et decreta Concilii Tridentini*, typis et sumptibus Bernhardi Tauchnitii, Lipsiae, 1853, 167; per un giudizio condivisibile sui contenuti della normativa tridentina che, rimasta «molto sulle generali», si sarebbe fra l'altro limitata «a fissare gli argini del diritto di visita e di controllo amministrativo da parte dell'autorità ecclesiastica vescovile in rapporto a un variegato mondo di confraternite, ospedali e luoghi pii, sovente di fondazione autonoma, locale e istituzionalmente "laica", che erano poco propensi a riconoscerlo di buon grado» cfr. D. ZARDIN, *Riscrivere la tradizione. Il mondo delle confraternite nella cornice del rinnovamento cattolico cinque-seicentesco*, in M. GAZZINI (a cura di), *Studi confraternali*, cit., 206-213; si noti come l'inciso, che esentava o quanto meno limitava l'intervento episcopale nei casi delle confraternite sottoposte a *tuitio regia*, fosse da alcuni considerato come operante anche nell'ipotesi disciplinata dal capitolo IX che non lo prevedeva espressamente (sul punto cfr. M. MOMBELLI CASTRACANE, *op. cit.*, 50-52).

confermata dal Romano Pontefice, i decreti tridentini, ed in particolare quelli disciplinari, incontrarono tuttavia come noto non pochi ostacoli alla loro recezione anche negli Stati rimasti cattolici, per resistenze manifestatesi sia da parte dei poteri secolari che da parte del clero locale²¹; anche per questo fallì il disegno di inserirli, insieme alle più recenti bolle papali, in una nuova collezione canonica ufficiale che, pronta per la pubblicazione nel 1598, Clemente VIII non volle però promulgare²².

Lo stesso pontefice fu però all'origine del più importante intervento normativo per la Chiesa universale in materia di confraternite nel lungo periodo che precede la codificazione pio-benedettina. Giurista di formazione avendo fra l'altro un passato come uditore di Rota, egli era consapevole della situazione di disordine, con grande aumento della litigiosità nel foro ecclesiastico, che si era venuta a creare a seguito dell'eccessiva crescita numerica delle confraternite registratasi dopo la chiusura del Concilio²³; tale fenomeno era dovuto in gran parte sia alla negligenza *in vigilando* da parte dei vescovi, sia al comportamento troppo disinvolto da parte dei Superiori regolari nel promuovere l'istituzione di nuovi sodalizi nelle loro chiese, la cui ricchezza e maggiore attrattività erano venute a costituire una minaccia per l'attività pastorale dei parroci col pericolo della dispersione dei fedeli soprattutto in occasione delle sacre funzioni. Per questi motivi troviamo nella costituzione *Quaecumque a Sede Apostolica*, promulgata da papa Aldobrandini il 7 dicembre 1604, sagge misure come la necessità per la valida istituzione di una nuova confraternita, da parte sia di laici che di Superiori regolari, del consenso scritto da parte dell'Ordinario che doveva esaminarne (e se necessario correggerne) e quindi approvarne gli statuti²⁴. Con la stessa costituzione si

²¹ Per un quadro sul fenomeno degli ostacoli frapposti alla recezione dei decreti disciplinari tridentini in vari Stati dell'Europa cattolica cfr. J. DELUMEAU, *Il Cattolicesimo dal XVI al XVIII secolo*, Mursia, Milano, 1991, 59-64; A. PROSPERI, *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Einaudi, Torino, 2001, 95-99.

²² Su quest'ultima vicenda cfr. L. SINISI, *Oltre il Corpus iuris canonici. Iniziative manualistiche e progetti di nuove compilazioni in età post-tridentina*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, 195-236.

²³ Per un profilo biografico di papa Clemente, al secolo Ippolito Aldobrandini, cfr. M.T. FATTORI, *Clemente VIII e il Sacro Collegio*, Hiersemann, Stuttgart, 2004, 1-12.

²⁴ Per il testo di questo importante provvedimento normativo cfr. *Bullarium Romanum...*, cit., t. XI, n. CCCLXIII, 138-143; si noti come anche in relazione a tale costituzione pontificia, di cui era indubbia la portata generale, si manifestarono resistenze in fase di recezione al di là delle Alpi tanto che ancora nel XVIII secolo vi era chi sosteneva che «Clementis VIII Summi Pontificis constitutionem eatenus in Galliam receptam non fuisse, patet ex posterioribus Gallicanis conciliis» ([P. LE MERRE], *Recueil des actes, titres et memoires*

interveniva poi a regolamentare il fenomeno delle aggregazioni e della comunicazione delle indulgenze e dei privilegi da parte di una Arciconfraternita alle confraternite aggregate, ma soprattutto si poneva un freno all'incontrollato proliferare delle stesse, all'origine di tanti abusi, stabilendo che nello stesso luogo non potesse essere istituita o aggregata più di una confraternita dello stesso nome e oggetto²⁵. Facevano eccezione a tale restrizione le confraternite del S.S. Sacramento e quelle della Dottrina Cristiana che per il loro oggetto e finalità erano stati gli stessi predecessori di Clemente VIII a raccomandarne la più ampia diffusione all'interno delle singole diocesi²⁶.

Il complesso del diritto tridentino in materia di confraternite, composto dai due canoni conciliari e dalla costituzione clementina del 1604, conobbe un ulteriore sviluppo grazie all'interpretazione ed applicazione giurisprudenziale che di tali norme diedero le Congregazioni romane a partire da quella del Concilio presto affiancata, a seguito soprattutto della riforma organica della Curia varata da papa Sisto V, da altri stabili dicasteri alcuni dei quali, e in particolar modo la Congregazione dei Vescovi e dei Regolari e quella dei Riti, si distinsero particolarmente nelle loro pronunce sul fenomeno confraternale²⁷. Strettamente collegata con quella che la

concernant les affaires du clergé de France, t. VI, *De la Jurisdiction Ecclésiastique*, chez Guillaume Desprez, Paris, 1769, col. 1428).

²⁵ Sulla bolla clementina ed in particolare sulle Arciconfraternite che, istituite a partire dai primi decenni del XVI secolo come «sodalizi nuovi dal punto di vista istituzionale» significativamente arricchiti di privilegi ed indulgenze con la facoltà di aggregare a sé altri sodalizi, conoscono un notevole sviluppo nel periodo post-tridentino cfr. G.G. MEERSSEMAN, G.P. PACINI, *Le confraternite laicali in Italia dal '400 al '600*, in AA.VV., *Problemi di storia della Chiesa nei secoli XV/XVII*, Edizioni Dehoniane, Napoli, 1979, 129-132.

²⁶ Stante che la promozione di una migliore conoscenza della retta dottrina nel laicato costituiva senza dubbio uno dei migliori baluardi di fronte al pericolo della diffusione dell'eresia, ben più cogente fu l'intervento di Pio V (1571) ai fini della capillare diffusione delle Confraternite della Dottrina cristiana rispetto al provvedimento di Paolo III (1539) relativo alle Confraternite del S.S. Sacramento che tuttavia conobbero anch'esse una notevole diffusione (ivi, 131).

²⁷ Sulla riforma della Curia sancita dalla bolla sistina *Immensa aeterni Dei* del 1588 e sulle sopracitate Congregazioni che furono fra le più attive nell'intervenire in materia cfr. N. DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici*, LEV, Città del Vaticano, 1998, 33-38, 137-138, 161-167, 332-337; esempi autorevoli di raccolte di massime estrapolate da interventi delle tre Congregazioni del Concilio, dei Vescovi e dei Riti in materia di confraternite si trovano in A. BARBOSA, *Collectanea bullarii aliarumve Summorum Pontificum constitutionum nec non praecipuarum decisionum quae ab Apostolica Sede et Sacris Congregationibus Cardinalium Romae celebratis usque ad annum 1633 emanarunt*, apud Bartolomaeum Fontanam, Venetiis, 1636, v. *Confraternitas*, 224-227 e F. NICOLIUS, *Flosculi sive notabilia ex probatis auctoribus*

storiografia ha definito come la «giurisprudenza amministrativa canonica» per distinguerla da quella giudiziaria della Rota Romana, è poi la dottrina che spesso si appoggiò su di essa nei suoi primi interventi specifici sulla materia, che però non si segnalano quanto ad abbondanza sia sotto il profilo numerico che sotto quello dell'estensione²⁸.

Fra i contributi maggiormente significativi in materia si segnala innanzitutto per il XVII secolo il *De confraternitatibus laicorum* di Antonio Ricciullo arcivescovo di Cosenza, opera che, seppur inserita come libro quarto dei *Lucubrationum ecclesiasticarum libri sex* dedicati dallo stesso presule a varie tematiche, possiede in maniera evidente, sia per la sua articolazione sistematica che per i suoi contenuti, la dignità di contributo monografico²⁹. Nel secolo successivo abbiamo poi il *Tractatus de sodalitiis seu*

theologicis praesertim et iuridicis collecta et per alphabeticum ac topicum ordinem digesta, ex typographia Francisci Caballi, Romae, 1656, v. Confraternitas, 170-174; bisogna ancora aggiungere che, accanto alle tre sopra menzionate, fra XVII e XIX secolo si segnalano per alcuni interventi in materia anche la Congregazione dell'Immunità ecclesiastica, istituita da Urbano VIII nel 1626, e quella delle Indulgenze e delle Reliquie istituita da Clemente IX nel 1669 (su quest'ultime cfr. ivi, 373-375 e 382-384).

²⁸ In generale sulla crescente rilevanza della «jurisprudence administrative» nel quadro delle fonti del diritto canonico post-tridentino cfr. CH. LEFEBVRE, *Le droit commun*, in ID., M. PACAUT, L. CHEVAILLER, *L'Époque moderne 1563-1789. Les sources du droit et la seconde centralisation romaine*, in LE BRAS-GAUDEMET (s. la dir. de), *Histoire du droit et des Institutions de l'Église en Occident*, t. XVI/I, Editions Cujas, Paris, 1976, 32-34; più in particolare sulla rilevanza della giurisprudenza della Congregazione del Concilio per lo sviluppo del diritto canonico in età postridentina cfr. L. SINISI, «Pro tota iuris decretalium ulteriore evolutione»: *le declarationes della Congregazione del Concilio e le loro raccolte dei secoli XVI e XVII fra divieti e diffusione*, in *Historia et jus*, 18/2020, paper 8, 1-40; sull'influenza di queste fonti sullo sviluppo della dottrina sino alla codificazione pio-benedettina cfr. ID., *La canonistica italiana fra XVI e XVII secolo: un periodo di decadenza? (note a margine di alcune voci del Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani)*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Lavorando al cantiere del Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Sec.)*, Giuffrè, Milano, 2013, 465-500.

²⁹ A. RICCIULLUS, *Lucubrationum ecclesiasticarum libri sex*, typis Camilli Cavalli, Neapoli, 1643, lib IV, *De Confraternitatibus laicorum*, 153-192; nell'antiporta architettonica che precede il frontespizio vero e proprio sono esplicitati i contenuti dei singoli libri che di fatto costituiscono tutti delle trattazioni a sé stanti («Lucubrationum ecclesiasticarum libri sex videlicet de cultu et veneratione Sanctarum Reliquiarum, Episcopo titulari, Eraemitis, Confraternitatibus laicorum, Praedicatorum, Feriis faestisque diebus»); quanto al libro IV, esso si presenta diviso in venti agili capitoletti dove vengono però trattati in modo esauriente tutti i principali temi relativi alla disciplina del fenomeno confraternale attingendo in misura decisamente maggiore, rispetto alle pronunce delle Congregazioni romane, alle opere della dottrina non solo canonistica, ma anche civilistica; sull'autore, calabrese di Rogliano che, prima di reggere l'Arcidiocesi cosentina dal 1641 al 1643, fu vescovo a Belcastro, Umbriatico e a Caserta cfr. P. GAUCHAT (a cura di), *Hierarchia Catholica*, vol. IV, sumptibus Librariae Regensburgianae, Monasterii, 1935, 112, 171.

confraternitatibus ecclesiasticis et laicalibus che, pubblicato a Roma nel 1725 da Giovanni Battista Bassi vescovo di Anagni, rimane senza dubbio per quanto riguarda la materia in oggetto il contributo di maggiore respiro ed autorevolezza nella letteratura anteriore alla codificazione novecentesca³⁰.

Non ci stupisce che gli autori di queste due opere dottrinali siano stati due vescovi dal momento che il legislatore aveva chiamato proprio i pastori delle diocesi a recitare un ruolo da protagonisti nell'applicazione della normativa in materia, normativa che troviamo ulteriormente recepita e sviluppata nei comparativamente più abbondanti interventi che si registrano nell'ambito della legislazione sinodale emanata dagli stessi vescovi per il governo delle proprie diocesi. A partire dai decreti dei Concili provinciali e dei Sinodi diocesani di San Carlo Borromeo, che si distinse fra i più fedeli esecutori del decreto tridentino che imponeva una convocazione delle suddette assise legislative con cadenza rispettivamente triennale e annuale, sino ai sinodi diocesani settecenteschi ed ottocenteschi, troviamo quasi sempre nei volumi dei decreti – sorta di veri e propri codici del diritto delle Chiese particolari – capitoli dedicati specificatamente alla materia intitolati generalmente *De Confraternitatibus laicorum et locis piis*³¹.

³⁰ I.B. BASSI, *Tractatus de sodalitiis seu Confraternitatibus Ecclesiasticis et Laicalibus cum additione opusculi de Vicario Apostolico*, ex typographia Petri Ferri sub Bibliotheca Casanatensi, Romae, 1725; divisa in venti *quaestiones*, in cui troviamo affrontate tutte le più importanti problematiche relative alla materia (erezione delle singole confraternite, aggregazioni, potere di darsi statuti, diritto di precedenza nelle processioni, giurisdizione vescovile e parrocchiale, spettanza o meno dell'immunità locale relativamente agli oratori ecc.), la trattazione spicca per il suo taglio prevalentemente pratico evidenziato dagli abbondanti riferimenti a casi concreti trattati e risolti dalle Congregazioni; sull'autore, chierico di origine piemontese che, dopo la laurea a Roma *in utroque iure*, esercitò vari incarichi presso la Curia Romana per poi guidare la diocesi di Anagni dal 1708 al 1729 cfr. R. RITZLER, P. SEFRIN (a cura di), *Hierarchia Catholica*, vol. V, typis libr. "Il Messaggero di S. Antonio", Patavii, 1952, 83.

³¹ È da rimarcare il fatto che la stessa legislazione borromaica si venne a segnalare in primis come un modello per la legislazione sinodale delle altre Chiese particolari: da un'indagine a campione realizzata prendendo come riferimento alcuni sinodi celebrati in varie diocesi dell'Italia settentrionale, centrale, meridionale ed insulare fra i secoli XVI e il XIX si è infatti riscontrata la ricorrente presenza di alcune norme (ad esempio il divieto di ammettere persone di cattivi costumi o non sufficientemente istruite nella dottrina cristiana, il divieto della recita dei vesperi ed in genere di tenere funzioni sacre negli Oratori confraternali negli stessi orari della Chiesa cattedrale o parrocchiale di appartenenza territoriale, il riconoscimento della precedenza nelle processioni a quelle di più antica istituzione ecc.) tratte chiaramente, oltre che dal diritto comune di matrice sia pontificia che curiale, dal diritto sinodale carolino per l'Arcidiocesi milanese (cfr. *Acta Ecclesiae Mediolanensis a Carolo Cardinalis S. Praxedis Archiepiscopo condita...*, ex officina typographica quon. Pacifici Pontii, Mediolani, 1599, pars I, 289 [Prov. V], 317 [Prov. VI]; *Synodus Bituntina R.mi Patris Cornelii*

Fatta eccezione per qualche disposizione dettata da esigenze specifiche del luogo, tali capitoli, più o meno estesi a seconda dei casi, rispecchiano di regola in gran parte il diritto comune contenuto, come si è detto, nei due canoni tridentini, nella costituzione di Clemente VIII e negli apporti della giurisprudenza delle Congregazioni romane³².

Furono queste del resto anche le fonti recepite nella dettagliata disciplina dettata in materia dal *Codex iuris canonici* del 1917, disciplina che la Chiesa di Roma per la prima ed unica volta dedicò dichiaratamente al fenomeno confraternale in un testo normativo generale di particolare autorevolezza³³.

Mussi episcopi, apud Iolitos, Venetiis, 1579, 388-390; *Synodus Veneta secunda ad illustr. et Rev.mo D. Laurentio Priolo Patriarcha Venetiarum...celebrata diebus 15, 16, 17 novembris 1594*, apud Franciscum Patriarum, Venetiis, 1595, 14-16; *Constitutiones dioecesanae Synodi Fr. D. Martini de Leon et Cardenas Archiepiscopi Panormitani...celebratae anno Domini 1652*, ex typographia Petri Isola, Panormi, 1653, 298-313; *Synodus Reatina ab ill.mo et Rev.mo Hyppolito Vincentino episcopo celebrata anno MDCLXXVIII*, typis Bernardini Arnazzini, Interamnae, 1679, 114-119; *Synodus Dioecesana Bellunensis ab ill.mo et rev.mo D. Io. Francisco Bembo...episcopo...celebrata diebus 9, 10. et 11 Julii 1704*, Apud Antonium Bortoli, Venetiis, 1704, 162-164; *Dioecesana Synodus ab ill.mo et Rev.mo D. Io Baptista Basso Anagninae Episcopo...celebrata...diebus 25, 26 et 27 junii anni MDCCXIII*, typis Ioannis Mariae Salvioni, Romae, 1716, 97-99; *Synodus Dioecesana Bobiensis ab ill.mo et Rev.mo Antonio Gianelli episcopo...celebrata die 23, 24 et 25 septembris 1840*, ex typographia Argiroffo, Clavari, 1840, 120-123; *Prima Synodus Dioecesana ab ill.mo et Rev.mo Salvatore Silvestris episcopo Conversanensi habita...VIII, VII et VI Kal. Junii MDCCCLXXIV*, typis Cannone, Barri, 1874, 90-91; più in generale sulla genesi, consolidamento e ricezione del «modello sinodale carolino» anche nella legislazione della Chiesa universale cfr. C. FANTAPPIÈ, *Per una reinterpretazione dell'opera e dell'eredità giuridica di San Carlo Borromeo a partire dalle correnti umanistiche*, in *Studia Borromaica*, 25 (2011), 180-197.

³² Si noti il fatto che tale diritto venne prodotto in un'epoca in cui, di fronte all'azione della Chiesa che tendeva ad attrarre verso la propria giurisdizione tutto il fenomeno confraternale indipendentemente dall'origine del singolo sodalizio, si fece sempre più forte la rivendicazione da parte degli Stati moderni di «diritti di alta vigilanza politica e di controllo amministrativo su enti la cui importanza, per numero e diffusione nel territorio era tutt'altro che trascurabile» (su tale fenomeno e sulla tendenza a distinguere tra confraternite ecclesiastiche e confraternite meramente laicali che, essendo dotate di una prevalente funzione sociale, si riteneva non avessero bisogno dell'erezione canonica cfr. L. PROSDOCIMI, *Il diritto ecclesiastico dello Stato di Milano dall'inizio della signoria viscontea al periodo tridentino [sec. XIII-XVII]*, Edizioni de «L'Arte», Milano, 1941, 234-238).

³³ Poiché un esame puntuale della disciplina codiciale esula però dal compito che ci siamo prefissi, vale a dire quello di tracciare un quadro dell'evoluzione della disciplina canonica in materia di confraternite fra medioevo e gli albori dell'età contemporanea, basterà qui dire che, ricomprese nel titolo XIX del libro II del *Codex* insieme ai Terzi ordini secolari e

4. Conclusioni

Si è detto che nel 1917 la Chiesa di Roma dettò oltre che per la “prima” anche per l’“ultima” volta sino ad oggi una disciplina del fenomeno confraternale in un testo di portata generale perché, come noto, il diritto vigente ha segnato infatti sotto questo aspetto, almeno per quanto riguarda la Chiesa di rito latino, quasi un ritorno all’antico con una normativa universale rappresentata dal nuovo codice del 1983, che similmente a quanto avveniva nel *ius decretalium* non tratta espressamente delle confraternite ricomprendendole nella disciplina delle associazioni, ed un diritto delle Chiese particolari, che così come nei decreti sinodali di un tempo ne fornisce invece una disciplina ricca e spesso anche ben articolata³⁴.

alle Pie unioni fra le tre «in Ecclesia associationum species», alle Confraternite viene dedicata gran parte del capitolo II intitolato *De confraternitatibus et piis unionibus* che comprende i canoni dal 707 al 719, cui vanno aggiunti quelli successivi fino al 725 che costituiscono il capitolo III sotto il titolo *De archiconfraternitatibus et primariis unionibus* (per una panoramica sulle fonti di questi canoni, costituite, oltre che dalla const. *Quaecumque* di Clemente VIII, per la maggior parte da decreti delle Congregazioni cardinalizie, si rinvia alle ricche note a piè di pagina che accompagnano il testo dei singoli canoni nelle edizioni annotate del Codice del 1917: cfr. ad es. *Codex iuris canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab Em. Petro Card. Gasparri auctus*, Typis Poliglottis Vaticanis, Romae, 1918, 202-206; per un esempio autorevole di trattazione della disciplina contenuta nel Codice in materia di confraternite cfr. F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*, t. III, *De Religiosis*, apud Aedes Universitatis Gregorianae, Romae, 1933, 521-532).

³⁴ Di un «assoluto silenzio della nuova codificazione circa queste aggregazioni», silenzio che comporta peraltro «non pochi problemi all’interprete», ha parlato efficacemente G. Feliciani in una delle poche trattazioni manualistiche che dedicano ancora una specifica attenzione al fenomeno confraternale (cfr. ID., *Il popolo di Dio*, il Mulino, Bologna, 2003, cap. V, par. 12 *Le Confraternite*, 166-168). A tale silenzio fa da contrasto un certo impegno da parte del legislatore particolare che, non utilizzando più lo strumento dei libri sinodali (laddove ci sono) come testi propriamente normativi, ha prodotto in diverse Diocesi italiane dei testi specifici, spesso ampi e ben articolati, intitolati in genere «Statuto diocesano delle confraternite» e generalmente miranti a dettare una disciplina uniforme per il fenomeno confraternale non senza ridimensionare l’importanza della legislazione statutaria propria dei singoli sodalizi (per alcuni esempi di tale tipo di normativa particolare ancora in via di produzione e sulla quale non sarebbe fuori luogo soffermarsi con uno specifico studio comparativo cfr. *Statuto-quadro delle Confraternite della Diocesi di Anagni-Alatri*, 1999, in <http://confraternite.diocesianagnialatri.it/statuto.html>; *Statuto generale delle confraternite e del Priorato delle Confraternite dell’Arcidiocesi di Genova*, approvato il 3 aprile 2005 dall’Arcivescovo card. Tarcisio Bertone, in <https://www.oratoriodelmonte.it/assets/statuto-confraternite-con-decreto3.pdf>; Diocesi di Castellaneta, *Statuto e Regolamento delle Confraternite della diocesi di Castellaneta*, emanato dal vescovo Mons.

All'origine della scelta del legislatore universale vi sono stati verosimilmente molteplici fattori, non ultimo forse anche l'avanzata di un nuovo associazionismo di carattere sempre meno confessionale che ha portato in diversi contesti della vecchia Europa ad un sensibile ridimensionamento, se non addirittura ad un abbandono, del fenomeno confraternale³⁵. Si ritiene però, anche alla luce di quanto è stato messo in evidenza nel corso di questo breve *excursus*, che di fronte ad una società secolarizzata, dimentica del proprio passato e sempre più individualistica ed egoisticamente concentrata sulla ricerca del benessere materiale, ci sia ancora bisogno nella Chiesa di un associazionismo cattolico come quello confraternale che, fortemente radicato nella storia e nelle tradizioni locali, non prescinda mai dal collegare l'attività benefica a favore dei bisognosi ad una pratica religiosa e liturgica finalizzata alla perfezione spirituale del singolo componente.

Claudio Maniago il 30 ottobre 2016, in <http://repertoriogiuridico.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/2018/01/Statuto-e-Regolamento-Confraternite-Diocesi-Castellaneta-30.10.2016.pdf>.

³⁵ Per alcune acute e condivisibili riflessioni sulla realtà contemporanea che investe, con la Chiesa nel suo insieme, anche il fenomeno confraternale cfr. G.B. VARNIER, *op. cit.*, 62-64, 67-70.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

AQUILA VILLELLA

I poteri del proprietario tra regole astratte, interessi concreti e diritto comune delle situazioni patrimoniali

ABSTRACT - The work starts from a decision of the Court of Palermo which, through a shared methodological approach that looks at the concrete conformation of the facts and above all at the value expressed by them within a system pervaded by the principle of solidarity, comes to apply the rules dictated on the subject of mandatory relationships also to the real relationships.

KEYWORDS - Property - social function - the principle of solidarity - good faith - rights in rem and credit rights

AQUILA VILLELLA*

I poteri del proprietario tra regole astratte, interessi concreti e diritto comune delle situazioni patrimoniali**

SOMMARIO: 1. *La questione. I poteri del proprietario tra regole astratte ed interessi concreti.* – 2. *Le situazioni giuridiche nel rinnovato quadro assiologico. Il profilo relazionale e la conformazione del contenuto dello statuto proprietario.* – 3. *L'equilibrio tra libertà e solidarietà e il controllo sull'esercizio del potere.* – 4. *Il piano del rapporto, le regole della buona fede e della correttezza quali parametri di valutazione della congruenza tra esercizio del potere del proprietario ed interessi meritevoli. Validità di un metodo.*

1. La questione. I poteri del proprietario tra regole astratte ed interessi concreti.

La riflessione prende spunto da alcuni passaggi tratteggiati da un'interessante ordinanza del Tribunale di Palermo¹ la quale, nel fare proprie le conclusioni cui è pervenuta la dottrina più attenta in tema di rapporti reali e di applicabilità agli stessi delle disposizioni relative ai rapporti obbligatori, conferma ancora una volta non soltanto la validità di un metodo, ma anche la decisiva incidenza che la dottrina esercita sulla giurisprudenza.

Il nucleo fondamentale del reclamo che ha dato luogo alla decisione oggetto di attenzione è rappresentato dalla presunta lesione degli interessi del proprietario di uno stabile il quale, dovendo provvedere all'esecuzione di necessari lavori di manutenzione, comunicava all'amministratore di condominio l'inizio degli stessi. L'iniziativa era però osteggiata dai titolari del diritto di uso a parcheggio sull'area interessata i quali, pur non contestando la necessità dei lavori, lamentavano l'assenza dell'indicazione della durata degli stessi, nonché la mancata condivisione delle modalità degli interventi da realizzare. Tale condotta ritenuta emulativa, pretestuosa e dilatoria suggeriva ai ricorrenti l'esperimento in via cautelare di un'azione *ex art. 700 c.p.c.* al fine

* Ordinaria di Diritto privato presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il contributo riproduce, con integrazioni, la Relazione dell'Autore al I° dei Seminari a distanza ADP - Dialogo con i giovani studiosi del 28 maggio - 2020.

¹ Trib. Palermo, Sez. II, ord. 29 ottobre 2018, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 302 ss. con nota di M. TANZILLO, *Lo statuto proprietario tra principi costituzionali e diritto comune delle situazioni patrimoniali.*

di ottenere una condanna ad astenersi dall'ingerirsi o dall'interferire in qualsiasi modo con i lavori.

La pronuncia si lascia apprezzare per l'approccio metodologico seguito in quanto piuttosto che andare alla ricerca di un rigore logico-formale, legato all'esegesi di disposizioni normative alle quali ricondurre, secondo la logica della sussunzione, la molteplicità dei dati reali, sceglie un modello valutativo che guarda alla concreta conformazione dei fatti, e soprattutto al valore da essi espresso, all'interno del sistema. Ed è indubbio che nel caso sottoposto all'attenzione del giudicante il ragionamento formulato nel rispetto formale del referente normativo avrebbe imposto una soluzione obbligata e cioè l'accoglimento della domanda. Invero, l'art. 1005 cod. civ. pone a carico del proprietario le spese per le opere di manutenzione straordinaria e seppure la disposizione taccia, può agevolmente dedursi che nelle facoltà del proprietario sia ricompresa anche la scelta circa le modalità ed i tempi di svolgimento dei lavori. Sicché la condotta degli stessi, definita dal mero rispetto dei limiti formali, ben avrebbe potuto essere considerata legittima.

I giudici, invece, consapevoli delle incongruenze degli esiti applicativi cui può condurre un procedimento valutativo ispirato al neutro rigore formale², adottano un diverso procedimento ermeneutico che conduce al rigetto della domanda.

2. Le situazioni giuridiche nel rinnovato quadro assiologico. Il profilo relazionale e la conformazione del contenuto dello statuto proprietario.

Ad una tale soluzione in tanto può pervenirsi in quanto ci si muova in una prospettiva ermeneutica delle situazioni soggettive che superi la visione del diritto soggettivo quale potere³ che sol perché legittimato da una

² Secondo l'insegnamento della nostra stessa tradizione giuridica: «Si commettono spesso ingiustizie anche per una certa tendenza al cavillo, cioè per una troppo sottile, ma in realtà, maliziosa interpretazione del diritto. Da qui il comune e ormai trito proverbio "*summum ius, summa iniuria*"», M. T. CICERONE, *De Officiis*, 1, 10, 33.

³ La figura del potere per molto tempo è stata confusa con quella del diritto soggettivo in particolare fino a quando il diritto soggettivo è stato considerato un potere della volontà. La distinzione è venuta delineandosi successivamente in particolare attraverso la configurazione teorica delle facoltà e dei diritti potestativi. Sul profilo storico, Santi

disposizione normativa non incontra l'idea del limite (e, dunque, dell'abuso)⁴, e per la quale limiti (esterni) possono esser posti soltanto dal legislatore mediante espresse previsioni che assumono carattere eccezionale⁵. In una simile prospettiva le azioni del titolare del diritto si traducono in una astratta regola generale di liceità a prescindere da qualsiasi valutazione di eventuali interessi altrui.

L'esigenza di superamento di siffatta concezione si impone sol che si rifletta che la stessa non si giustifica più in un quadro assiologico ordinato in una gerarchia costituzionalmente definita⁶ e permeato dal principio di solidarietà⁷. Un sistema istituzionale che, in quanto ispirato ad un diverso equilibrio tra autorità e libertà⁸, pretende un'elaborazione concettuale del

ROMANO, *Poteri, Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 175 ss.; V. FROSINI, *Potere (Teoria generale)* in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1966, 440.

I termini di potere giuridico e di diritto soggettivo interferiscono, coordinandosi o contrapponendosi, ma non si sovrappongono né si elidono: così A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 636.

⁴ La stretta connessione strutturale e funzionale tra potere e libertà ha consegnato le sorti interpretative del concetto di abuso alle diverse prospettive culturali e ideologiche nonché alle diverse metodologie scientifiche che si sono affermate nei relativi contesti storici, A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, 52 ss.

⁵ Nella vecchia concezione del diritto soggettivo quale espressione della libertà individuale, l'esercizio era rimesso alla insindacabile determinazione di volontà del titolare, di guisa che i limiti esterni erano qualificati eccezionali, sul punto v. ampiamente M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, *passim*.

⁶ P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 787 ss., spec. 796 ss.

⁷ La profonda penetrazione nella realtà normativa di tale principio in numerosi settori del diritto civile era stata, già da tempo, sottolineata da R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, in *Temi rom.*, 1965, 473 ss.; F. CANFORA, *Osservazioni sul principio generale di solidarietà*, in *Justizia*, 1968, 212 ss. Principio che in verità svolge un ruolo decisivo non soltanto nell'ambito dell'autonomia privata (sul punto F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, *passim*; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, Napoli, 1972, 174), ma anche in altri importanti settori del diritto civile quali ad es. la proprietà (v. per tutti, M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 77 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 114 ss., 264 ss.; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1971, 22 ss.) e la responsabilità civile (S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 89 ss., 107 ss.).

⁸ Al riguardo, nelle pagine di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 280 ss. si legge che la crisi dei due principi (l'uguaglianza formale davanti alla legge e l'esclusività dell'ordinamento statale e delle valutazioni di liceità e illiceità che esso esprime) «si è

diritto soggettivo e del potere che rifugge dall'assumere a fondamento delle azioni del titolare astratte regole generali⁹, per promuovere una prospettiva aperta ad una valutazione concreta delle modalità di esercizio del potere. Il tutto secondo una funzione promozionale del diritto scevra da guarentigie di situazioni acquisite nel rispetto di un'uguaglianza formale ed indirizzata, piuttosto, alla esigenza di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale. Un sistema nel quale il potere non può più essere inteso quale affermazione di libertà incondizionata ed indiscriminata ma deve piuttosto "storicamente giustificarsi in una dialettica di principi e di attività la cui logica costitutiva può in vario modo contrastare la logica del potere"¹⁰.

E si intuisce che nell'attuale stadio dell'esperienza giuridica si presenterebbe oltremodo anacronistica la prospettiva che intendesse la categoria del diritto soggettivo quale elemento semplice di qualificazione¹¹ di posizioni pre o meta-giuridiche individuali ed egoistiche.

Ed invero, nel rinnovato quadro assiologico le situazioni giuridiche riconsiderate alla luce dei principi dell'ordinamento non possono più essere valutate isolatamente ma devono essere poste in relazione con altre situazioni¹² in un rapporto necessariamente intersoggettivo¹³. Ed il superamento della visione individualistica consente di delineare una diversa conformazione del diritto soggettivo che assume la forma di situazione

accompagnata, sin dal principio, alla nascita e alla fortuna della teoria dell'abuso; ed è stata la difesa tenace e coerente dei valori dell'uguaglianza formale e della certezza del diritto a provocare, così come ancora solleva, la diffidenza e la condanna».

⁹ Per le critiche d'ordine dogmatico alla concezione individualistica del diritto soggettivo come signoria o potestà della volontà, M. COMPORI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 440, n. 16; ID., *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 28 ss.

¹⁰ Così, testualmente, A. ZANFARINO, *Potere (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 600.

¹¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 638; M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 66; L. RAISER, *Il diritto soggettivo nella dottrina civilistica tedesca*, ora in ID., *Il compito del diritto privato, Saggi di diritto privato e diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C. M. Mazzoni, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990, 105 ss., spec. 128.

¹² Proprio perché l'attribuzione della libertà d'azione si traduce in contesti relazionali, il titolare del «potere di libertà, non si sottrae, argomentativamente, a regole di colpevolezza e di responsabilità», così, D. MESSINETTI, *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 35.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 274, 518 ss.

giuridica complessa¹⁴, nella quale accanto alla situazione di potere si accompagnano doveri, obblighi, oneri¹⁵, i quali si possono prospettare in maniera diversa in relazione alle singole situazioni, secondo determinazioni scaturenti dalla diversità degli interessi tutelati dall'ordinamento.

3. *L'equilibrio tra libertà e solidarietà e il controllo sull'esercizio del potere.*

Proprio l'accoglimento di una siffatta concezione del diritto soggettivo e del potere e la correlativa esaltazione del profilo relazionale anche nelle situazioni reali¹⁶, consente al giudice nel caso di specie di individuare nella interazione della situazione proprietaria con quella degli utenti un rapporto giuridico reale (art. 978 cod. civ. in forza del rinvio operato dall'art. 1026 cod. civ.), da intendersi però "non già quale rapporto con la res", bensì come "ordinamento del caso concreto di interessi variamente correlativi, ciascuno dei quali posti in posizione di reciproca funzionale coesistenza"¹⁷, dove il profilo relazionale "conforma il contenuto dello statuto proprietario poiché l'esercizio dei relativi poteri facoltà è ontologicamente limitato dalla esigenza di rispettare la posizione giuridica dell'utente".

¹⁴ M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 66; P. PERLINGIERI, *o. u. c.*, 254 ss.; V. SCALISI, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 237 ss., secondo il quale la moderna proprietà si configura come situazione complessa dal contenuto variabile «comprensiva non solo di poteri e obblighi del soggetto al quale il bene appartiene, ma anche di poteri e situazioni soggettive di varia natura facenti capo a terzi non proprietari: gli uni e gli altri disposti in diversa estensione e dosaggio anche se non sempre in necessario "rapporto", come tali individuabili solo con un procedimento *a posteriori* sulla base del tipo di interessi volta a volta avuti di mira e tutelati dall'ordine giuridico» (238).

¹⁵ "Il potere fonda l'azione; il dovere predispose le modalità di svolgimento di essa azione, quindi in concreto conformandola": FR. ROMANO, *Obbligo*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1979, 505.

¹⁶ Nel porre al centro della sistematica giuridica il concetto di rapporto giuridico ne estendeva l'ambito di applicazione anche ai diritti reali già, R. CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subbietivo e pretesa*, Torino, 1909; Sulla proprietà come rapporto, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 130; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., 91 ss.

¹⁷ Il pensiero riportato dai giudici virgolettato è di P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, 25.

L'approccio, com'è evidente, valorizza le peculiarità del singolo caso e gli interessi concretamente emergenti, sì da sostituire ad una prospettiva meramente strutturale una prospettiva idonea a dare risalto al profilo funzionale degli istituti giuridici¹⁸. L'impostazione determina uno spostamento di prospettiva giacché esalta il profilo dinamico dell'esercizio¹⁹, rispetto a quello statico dell'attribuzione del potere²⁰. Con la conseguenza che quando dal piano della valutazione astratta dell'attribuzione del potere si passa a quello concreto, cioè alla valutazione sostanziale dell'effettivo esercizio, c'è da chiedersi se possa essere considerato legittimo quel comportamento il quale, pur essendo compreso astrattamente nel contenuto formale di quel diritto, rientrando certamente nel potere del proprietario quello di eseguire i lavori di manutenzione, concretamente sia stato posto in essere senza curarsi assolutamente dell'interesse, pur meritevole, degli utenti.

Ora, se non può essere revocato in dubbio che le situazioni giuridiche costituiscono proiezione di libertà e che le forme di esercizio²¹ di un diritto o

¹⁸ L'aspetto funzionale è certamente prevalente nel campo della proprietà intesa come rapporto, e la maggiore caratterizzazione in tal senso fa comprendere meglio che tra proprietario e terzi, tra proprietario e vicini, tra proprietario e Stato, tra proprietario ed Enti pubblici, non c'è rapporto di subordinazione ma rapporto di cooperazione, di collaborazione, così P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., 100 ss.

¹⁹ Sul concetto di esercizio del diritto fondamentali restano le pagine di S. PUGLIATTI, *Esercizio del diritto*, a) *diritto privato*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 622 ss.; V. FROSINI, *Esercizio del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, 823; più recenti, S. PATTI, *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Sacco, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281 ss.

²⁰ Il problema centrale dei sistemi giuridici non consiste più «nelle modalità di attribuzione dei poteri ai privati, e nella determinazione dei diversi gradi di intensità del potere così attribuito», oggi l'ordinamento «comincia ad attribuire rilievo specifico e prevalente alle modalità di esercizio del potere, ed al loro controllo», «come può riscontrarsi nel rilievo attribuito dalla codificazione vigente alla normativa di correttezza, o nelle recenti estensioni a materie privatistiche dell'istituto dell'eccesso di potere»: così, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 90 ss.

²¹ Che il profilo dell'esercizio debba essere riferito ad ogni situazione soggettiva, S. PUGLIATTI, *Esercizio del diritto*, cit., 626 ss., il quale afferma che «il concetto di esercizio, e quelli affini e correlativi, non riguardano esclusivamente il diritto soggettivo, bensì ogni situazione soggettiva, intesa quest'ultima espressione come schema di genere rispetto al

di un potere, quali espressione di una libertà, sono rimesse alla valutazione del titolare²², occorre precisare che la discrezionalità non può essere intesa come arbitrarietà o come libertà di scelta del fine da realizzare, posto che l'indicazione dei fini è prerogativa dell'ordinamento²³.

Il Costituente, con l'art. 42 cost., nell'assumere la funzione sociale quale finalità che regola gli atti di esercizio del diritto di proprietà²⁴, ha operato una precisa scelta di valori, per la cui realizzazione è richiesto necessariamente un agire solidale (art. 2 Cost.)²⁵. E l'equilibrio tra libertà e solidarietà può essere assicurato mediante un controllo sulle modalità di esercizio del potere; giacché è l'esercizio o le modalità attraverso le quali esso si attua che ne sancisce la legittimità o l'illegittimità, alla luce delle circostanze concrete della situazione di fatto²⁶.

quale il diritto soggettivo costituisce solo una specie, e sia pure la più importante [...] e la prima, in ordine di tempo, ad essere individuata e studiata».

²² In proposito osserva U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto* diretto da G. Furguele, Padova, 1997, 72 ss. «che il riconoscimento del diritto soggettivo possa includere una sfera di libera scelta del titolare rientra in una delle configurazioni più note dello schema dogmatico. Tale nozione è perfettamente compatibile, senza discriminazione tra diritto e diritto, con l'esclusione di un'assoluta arbitrarietà. In questo senso il diritto soggettivo è al tempo stesso libero nel suo esercizio e controllato o sindacabile giudizialmente: non ha per sua essenza un contenuto arbitrario» e «deve restare strettamente aderente alla giustificazione razionale del privilegio legale».

²³ L'esercizio del diritto soggettivo non può che essere indirizzato alla realizzazione delle finalità previste dalla Costituzione (artt. 2, 3, 41, 42, 43, 44, 45 Cost.), così, R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, Milano, 912 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 261 ss.

²⁴ Per G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale», dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 673 ss., la funzione sociale pone un preciso obiettivo positivo da raggiungere, un fine cui è strumentalizzata la situazione soggettiva.

²⁵ La stretta connessione tra funzione sociale e solidarietà è sottolineata da P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., 124 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 114 ss.

²⁶ Afferma R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, 2001, 324 e 340: "Per inserire la nozione di abuso del diritto in un sistema privo di contraddizioni sarà meglio formulare un giudizio ipotetico, e cioè dire che è abuso del diritto quell'atto che sarebbe esercizio lecito del diritto se non fosse accompagnato da specifiche circostanze dequalificanti che lo rendono antigiusuridico".

4. *Il piano del rapporto, le regole della buona fede e della correttezza quali parametri di valutazione della congruenza tra esercizio del potere del proprietario ed interessi meritevoli. Validità di un metodo.*

Ora, poiché il comportamento non può prescindere dall'interesse da realizzare²⁷, si intuisce che la presenza di interessi altrui non può essere indifferente per l'ordinamento dato che essi conformano la condotta del titolare del potere²⁸.

E ciò vale per qualsiasi rapporto. Sia esso obbligatorio o reale.

Già l'art. 1069 cod. civ. in materia di rapporto di servitù nel disporre che *"il proprietario del fondo dominante nel fare le opere necessarie per conservare la servitù deve scegliere il tempo e il modo che siano per recare minore incomodo al proprietario del fondo servente"*, contiene un precetto che va in questa direzione. La portata generale della disposizione ben avrebbe potuto giustificarne l'applicazione anche al caso di specie²⁹.

Al pari, avrebbe potuto invocarsi l'art. 833 cod. civ. giacché com'è oramai acquisito alla comune esperienza la funzione sociale qualifica la portata della norma sì da farla operare sulla base del fondamento della solidarietà³⁰, dotandola di un ampio margine applicativo³¹, in verità non circoscritto alle situazioni reali³².

²⁷ Proprio la conformità all'interesse consente di delimitare razionalmente, ossia con riferimento alla ragion d'essere della prerogativa libera, il potere "che con l'atto si esercita", SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 167; A. VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000, 83.

²⁸ Tant'è che è abusivo quel comportamento che "pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto, si sia determinato, in concreto, prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite (esterno perché) incidente non già sul *quantum* (cioè sull'estensione), bensì sul come (e perciò sulle modalità dell'esercizio) del diritto stesso", così L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 187.

²⁹ Che la disposizione non abbia carattere eccezionale, Cass., 15 marzo 2017, n. 6653, in *Dejure online*

³⁰ M. COMPORTE, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 263 ss.; ID., *Diritti reali in generale*, cit., 186 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir. Agg.*, Milano, 1998, 5, 7.

³¹ Parte della dottrina ritiene applicabile la disposizione anche ai diritti reali di godimento su cosa altrui (U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 28; M. ALLARA, *Atti emulativi (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 37; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli,

Il giudice, invece, pur richiamando entrambe le disposizioni, preferisce optare per altra soluzione ma pur sempre filtrata dal principio di solidarietà e che dunque non cambia il ragionamento né l'esito della decisione.

Egli, infatti, valuta la congruenza tra l'attività dei soggetti e gli interessi meritevoli, in base ai criteri di buona fede e correttezza³³.

1967, 162), nonché a tutte quelle situazioni nelle quali sia ravvisabile la caratteristica della realtà (M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 193). In giurisprudenza App. Torino, 12 maggio 1971, in *Giur. it.*, I, 2, c. 1146 con nota di DOSSETTI, *Su un caso di atto emulativo tra condomini*, nella quale si ravvisano gli estremi dell'atto emulativo nell'opposizione di un condomino all'ammodernamento di un edificio condominiale effettuata al solo scopo di arrecare agli altri condomini il maggiore danno possibile senza ricavarne alcun vantaggio.

³² Che il divieto di cui all'art. 833 investa tutte le situazioni giuridiche soggettive patrimoniali, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., 196. Anche la giurisprudenza nell'applicare l'art. 833 cod. civ. al rapporto di lavoro, valuta l'abusività del comportamento in relazione ai fini posti dalla norma: l'intenzionalità del comportamento del datore di lavoro pur se lecita nella sua obiettività assume nel campo delle obbligazioni e del rapporto di lavoro un particolare carattere di illiceità «quando l'esercizio del diritto da parte del titolare si esplicita attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato a fine diverso da quello dalla norma tutelato [...] in coerenza con la norma dettata in tema di proprietà (art. 833)», Cass., 8 settembre 1995, n. 9501, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Sindacati (Procedimento per la repressione della condotta antisindacale)*, 2039, n. 143.

³³ La caratterizzazione in chiave costituzionale delle clausole generali è ormai un dato metodologico acquisito nella prevalente dottrina civilistica. Che la determinazione del contenuto della buona fede si attui mediante il ricorso alla normativa costituzionale: S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c. c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, 159 ss.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, cit., 102; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 167; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 36; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 453 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 83 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja - G. Branca (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 280, spec. 305; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122 ss.; A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1997, 9. Discorre di *standard* sociali orientati a valori riconosciuti dall'ordinamento sia a livello costituzionale sia a livello delle altre fonti del medesimo: L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 12 ss.

Esplicitamente in giurisprudenza Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass.*, 1999, c. 1185: «Il principio di correttezza e buona fede [...] deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost.»; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento*

La scelta ben si giustifica all'interno di un procedimento che sposta la valutazione sul profilo dinamico dell'esercizio e dunque sul piano del rapporto e che consente agevolmente di applicare le disposizioni in tema di obbligazioni anche alle situazioni reali³⁴.

E conferma inoltre l'assunto che quando dal profilo statico dell'appartenenza si passa a quello dinamico dell'esercizio non possono trovare più posto rigide schematizzazioni, mentre le distinzioni formali e le partizioni tradizionali quali quelle tradizionalmente proposte tra situazioni reali e situazioni di credito, perdono gran parte del loro significato³⁵.

Infatti, nel richiamare i principi di reciprocità, di ragionevolezza e di proporzionalità che impongono alle parti di improntare il loro comportamento a correttezza si afferma che è proprio *il principio di reciprocità a gravare il proprietario di un onere di interlocuzione imponendogli di contemperare il proprio interesse con quello della controparte. E la correttezza in quanto regola di comportamento in executivis nel caratterizzare la fase di attuazione del rapporto può imporre particolari obblighi*. Al pari, la buona fede oggettiva quale regola di attuazione della funzione sociale di cui all'art. 42 Cost., opera quale limite interno applicabile *anche ai diritti soggettivi assoluti*.

Né a tal fine avrebbe pregio la circostanza che la buona fede sia inserita all'interno dei rapporti relativi, dato che è *l'esatta compatibilità dell'interesse particolare sotteso alla fattispecie concreta con la singola disposizione normativa a determinare l'individuazione della disciplina applicabile*.

Se a ciò si aggiunge che le clausole di buona fede e correttezza, quali espressioni del principio di solidarietà, assurgono a parametro di valutazione della condotta di qualunque situazione giuridica patrimoniale³⁶, la scelta si presenta oltremodo coerente.

costituzionale del principio di buona fede ed in *Corr. giur.*, 1993, 834, con nota di G. RENNA, *Responsabilità della banca per inosservanza delle cautele imposte alle aziende di credito*.

³⁴ M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 245 ss.

³⁵ A. VILLELLA, *Sulla distinzione tra situazioni reali e di credito*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° convegno Nazionale 7-8-9 aprile 2005, Grand Hotel Quisisana – Capri, ESI, Napoli, 2006, 687 ss.

³⁶ A. VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, cit., 83 ss.

Anche in giurisprudenza si ribadisce che la buona fede, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'art. 2 cost. (Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129). La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto

1/2021

La pronuncia, dunque, conferma la validità di un metodo il quale, piuttosto che analizzare le situazioni reali e di credito come fossero settori incomunicabili del diritto, ricerca invece le risposte in termini di tutela, in una logica di comparazione tra interessi e/o tra valori in conflitto, non già tra categorie.

obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge: Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Juris data on line*.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

ATTILIO ALESSANDRO NOVELLINO

La devianza. Dalla genesi scientifica del concetto all'ipotesi di un modello alternativo di società

ABSTRACT - The article offers an introduction to the Sociology of deviance, providing some notes regarding the scientific genesis and development of the concept of deviance in the sociological debate and its link with power and Foucault's "dispositive". After exposing the interpretations of the concept elaborated by the principal sociological theories on this focus (Positive School, Durkheim's functionalism, Parsons and Merton's structural functionalism, labelling theory of the Chicago School, and Alex Comfort's thought about the connection between psychopathology and political leadership) the Author, according to Alessandro Dal Lago, highlights the critical points for each approach. This work underlines the close relationship between the analysis of deviance and control systems and the creation of an alternative and new social organization, as developed by anarchist thought.

KEYWORDS - Deviance - sociology - dispositive - functionalism - anarchism.

ATTILIO ALESSANDRO NOVELLINO*

La devianza. Dalla genesi scientifica del concetto all'ipotesi di un modello alternativo di società**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La Scuola positiva - 3. Durkheim e il funzionalismo - 4. La Scuola di Chicago - 5. Leadership politica e psicopatologia - 6. Per un progetto alternativo di società.

1. Introduzione

La trattazione sociologica della devianza e l'analisi dei modelli scientifici di descrizione della realtà sociale attorno alla quale essa è definita espongono ad una doppia evidenza teorica.

Da un lato ogni dissertazione teorica sulla devianza costituisce «il proprio oggetto in base a strategie che hanno a che fare con il potere»¹, presentandosi, più che come semplice discorso scientifico, propriamente come un dispositivo.

Simmetricamente, all'approfondimento teorico della devianza e dei sistemi di controllo è consustanziale la prospettazione di un modello di organizzazione sociale capace di offrire una possibile via d'uscita dall'apparato epistemico-politico di normalizzazione dei comportamenti umani.

Riguardo alla prima constatazione è evidente il riferimento agli studi di Foucault sulla «microfisica del potere»² seguendo i quali la società moderna viene presentata come ordinamento di normalizzazione bio-amministrativa in cui il dispositivo segna la convergenza di potere e sapere³ entro un quadro istituzionale e allo stesso tempo definisce rigidamente i contorni di un Io modellato artificialmente.

Questa saldatura del fine col mezzo, di normalità e volontà, permette di iscrivere nel perimetro della legalità tutto quanto è assoggettato,

* Dottorando di Ricerca in "Ordine Giuridico ed Economico Europeo" presso Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ A. DAL LAGO, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanica di controllo*, Ombre Corte, Verona, 2002, 11.

² M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, A. FONTANA e P. PASQUINO (a cura di), Einaudi, Torino, 1977.

³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire: Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976.

relegando all'illegalità, alla patologia, alla devianza, ciò che rifiuta la soggettivazione.

Deleuze analizzando il dispositivo nella concezione di Foucault lo definisce come «un groviglio, un insieme multilineare. Un composto di linee di natura diversa»⁴ capace di tracciare dei percorsi eterogenei e impossibile da racchiudere all'interno di un sistema. Ogni linea infatti, attraverso variazioni di direzione, rotture e movimenti tendenti allo squilibrio, alimenta catene di variabili composte prevalentemente da concatenazioni di tre elementi: sapere, potere e soggettività.

Il dispositivo è dunque il congegno deputato all'amministrazione dei codici e delle strutture istituzionali, costitutivo dell'ordine discorsivo e culturale, capace di modellare plasticamente gli individui attraverso una pratica di soggettivazione ma allo stesso tempo costretto a subire interruzioni e ripiegamenti delle linee di forza lungo le quali si dipanano le energie umane.

Si comprende perciò che «una linea di soggettivazione è un processo, una produzione della soggettività dentro un dispositivo: essa deve prodursi nella misura in cui il dispositivo lo renda possibile». Ma, allo stesso tempo, essa è anche l'apertura di un varco, un veicolo di sottrazione, «è una linea di fuga» che «sfugge alle linee precedenti»⁵.

Deleuze legge questa sottrazione alla luce della sola influenza dei rapporti di forza che conduce alla creazione del Sé come un plusvalore, al quale è possibile sottrarsi unicamente attraverso un particolare dispositivo politico, quello della comunità politica organizzata nella forma di *polis* che, attraverso una linea di forza che decorre lungo «la rivalità degli uomini liberi»⁶ a cui è informata la città, consente a coloro che detengono il comando, pur operando sempre all'interno del dispositivo, di modificarlo e determinare trasformazioni che su un piano sociale si traducono in pratiche di fabbricazione della soggettività e in qualche misura di produzione della norma.

Al processo di soggettivazione tendente alla creazione e all'assoggettamento di corpi "liberi" che compare anche nell'analisi del concetto di dispositivo foucaultiano condotta da Giorgio Agamben, nel cui alveo vengono ricompresi un significato propriamente giuridico (decisione separata dalle motivazioni), uno tecnologico (meccanismo) e

⁴ G. DELEUZE, *Che cos'è un dispositivo*, in *Due regimi di folli e altri scritti. Testi e interviste, 1975-1995*, Einaudi, Milano, 2010, 279.

⁵ *Ivi*, 281.

⁶ *Ibidem*.

uno militare (mezzi disposti in conformità a un piano), si accompagna anche un movimento di desoggettivazione.

Per Agamben attraverso le forme di controllo sociale di massa contemporanee il dispositivo, in particolare quello tecnologico, rende operativa la sostituzione di un soggetto con una matrice che aliena la soggettività del vivente, la cui identità degrada a codice numerico nel momento in cui si espone alla negazione mediatica dell'Io.

In questa visione nel dispositivo confluisce, sempre attraverso il filtro di Foucault, per un verso la tradizione teologica-cristiana del concetto di *oikonomia*, come governo delle cose totalmente dissociato dall'essere, per l'altro il concetto di positività in Hegel quale insieme di credenze, regole, riti e pratiche che vengono imposte e interiorizzate in un dato momento storico in una particolare società secondo le indicazioni di Jean Hyppolite.

È in questione il rapporto tra gli individui come esseri viventi e l'elemento storico nel quale confluiscono le relazioni di potere.

«Le società contemporanee si presentano così come dei corpi inerti attraversati da giganteschi processi di desoggettivazione cui non fa riscontro alcuna soggettivazione reale. Di qui l'eclisse della politica, che presupponeva dei soggetti e delle identità reali (il movimento operaio, la borghesia ecc.), e il trionfo dell'*oikonomia*, cioè di una pura attività di governo che non mira ad altro che alla propria riproduzione»⁷.

Il profondo legame tra dispositivo, normalizzazione e modello di organizzazione della società svela nella lettura e negli sviluppi delle idee foucaultiane proposte il suo complesso congegno di funzionamento.

2. La Scuola positiva

Sin dai primordi del Diciannovesimo secolo, la sociologia ha concentrato i suoi sforzi verso la definizione e l'analisi scientifica del concetto di devianza, secondo una prospettiva definitoria ed eziologica. Le varie teorie, distinte in positivistiche, funzionalistiche, interazioniste, a seconda del differente paradigma adoperato, sono state condotte a un livello di indagine macro o micro-sociale e si sono focalizzate sull'analisi del deviante, sulla reazione sociale rispetto al fenomeno e spesso hanno preso in considerazione anche le implicazioni politico-istituzionali delle osservazioni condotte.

⁷ G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo*, Nottetempo, Roma, 2006, 32.

Già nella seconda metà del Diciottesimo secolo, grazie all'influenza delle opere di riformatori liberali, quali Beccaria⁸ e Romilly⁹, e teorici dell'utilitarismo, come Bentham¹⁰, che avevano contribuito a demolire la concezione della pena come risposta morale all'aggressione di entità meta-sociali, religiose e politiche, l'ispirazione teorica e la pratica della giustizia penale approdano, da un modello spettacolare, a un modello razionale della punizione.

Si fa strada l'idea della necessità di una razionalizzazione dell'intervento dello Stato sul terreno del disordine sociale, sul presupposto che la violazione di una norma sociale o giuridica arrechi un danno alla collettività attraverso la lesione di un interesse individuale, unita all'adozione di un codice penale certo e definito e al principio dell'irretroattività della legislazione penale.

Accanto al processo di razionalizzazione dei meccanismi e delle istituzioni di controllo emergono i primi modelli di analisi della patologia sociale incentrati sullo studio dell'influenza delle condizioni non controllabili dall'individuo poste alla base del comportamento illegale o patologico.

Si inizia a valutare l'influenza della società sulle azioni, delle condizioni entro le quali il soggetto conduce la propria vita oltre che delle caratteristiche biologiche dell'individuo sulla tendenza a delinquere, si prova ad adoperare il metodo scientifico per investigare e controllare pulsioni, passioni ed espressioni patologiche della psiche, si mettono in luce meccanismi collettivi che possono influenzare un determinato comportamento.

La questione del disordine sociale e della difformità di condotte viene inserita in un quadro biologico e analizzata, anche con l'ausilio della statistica e con riferimento a fenomeni valutati su larga scala, come realtà fenomenica. Da queste premesse nasce la tendenza a considerare la società come un organismo, propria di una certa sociologia dei primi del Novecento.

⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino 1978; si veda anche M. MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Feltrinelli, Milano, 1977.

⁹ S. ROMILLY, *Observations on the criminal law of England: as it relates to capital punishments, and on the mode in which it is administered*, stampato da J. M'Creery, Black Horse Court for T. Cadel and W. Davies, Londra, 1810.

¹⁰ J. BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, M. FOUCAULT, M. PERROT (a cura di), Marsilio, Venezia, 2012; dello stesso autore si vedano anche E. LECALDANO (a cura di), *Introduzione ai principi della morale*, UTET, Torino, 1998 e L. FORMIGARI (a cura di), *Il catechismo del popolo*, Roma, Editori Riuniti, 1982.

Saint-Simon ad esempio, precursore del funzionalismo, considera la società come un organismo e il conflitto politico è rappresentato come contrasto tra i diversi organi di uno stesso corpo; in questo quadro la politica diventa un settore della fisiologia generale.

La possibilità di analizzare i fatti morali come dati omogenei tramite l'utilizzo della statistica venne colta da Adolphe Quetelet, professore di matematica belga e padre della biometria, ossia lo studio delle caratteristiche biofisiche dell'organismo umano tendente a identificare meccanismi di funzionamento, variabili e correlazione tra i fenomeni vitali. Attraverso lo studio sistematico della statura e delle altre caratteristiche fisiche dell'uomo rappresentate anche graficamente¹¹, Quetelet ritenne di poter descrivere un tipo umano normale, definito uomo medio, rispetto al quale potevano essere misurate e monitorate variazioni patologiche. Le differenti condizioni sociali, ambientali e geografiche dei soggetti studiati all'interno dei diversi gruppi o delle varie classi della popolazione, esercitavano un'influenza sulla tendenza al delitto.

L'analisi scientifica consentiva, su queste basi, di individuare le costanti del delitto e dei comportamenti patologici con possibilità di previsione della relativa incidenza e pericolosità.

A tal proposito il belga scrive: «noi possiamo enumerare anticipatamente quanti individui macchieranno le loro mani del sangue dei loro simili, quanti saranno falsari, quanti avvelenatori; circa come si possono enumerare in anticipazione le nascite ed i decessi che devono succedersi»¹².

Secondo Quetelet dunque nei meccanismi sociali e morali inerenti alla società bisognava ricercare le cause prevalenti della tendenza a delinquere e della patologia che colpiva la società industriale in modo quasi fisiologico.

¹¹ Cesare Lombroso è stato un medico, antropologo, criminologo e giurista italiano, vissuto tra il 1835 e il 1919 in Italia. Sotto l'influsso del determinismo biologico, della fisiognomica, della frenologia, formulò la teoria dell'atavismo, secondo la quale l'uomo delinque per ragioni biologiche. Fu docente di medicina legale a Torino, ma le sue controverse teorie, di cui fu presto messo in dubbio il valore scientifico, gli costarono un percorso accademico molto travagliato culminato con la radiazione nel 1882 dalla Società italiana di Antropologia ed Etnologia.

La sua opera più conosciuta è probabilmente *L'uomo delinquente*, contenente una trattazione sistematica delle diverse categorie di criminali individuate attraverso particolari caratteristiche somatiche.

¹² A. QUETELET, *Il mito dell'uomo medio*, Il Segnalibro, Torino, 1996, 8.

Sui grandi numeri, perciò, non c'era spazio per il libero arbitrio, poiché il delitto veniva determinato da una serie di circostanze concomitanti sottratte al controllo dell'agente e alle quali la società, che in qualche modo preparava il delitto, non poteva certo sottrarsi.

In questo quadro la repressione non era considerata uno strumento sufficiente a fronteggiare i problemi determinati dallo sviluppo sociale, ma doveva essere affiancata da un'azione sociale indirizzata all'educazione, al sostegno e al miglioramento delle condizioni di vita dei ceti meno abbienti, secondo una prospettiva liberale di riforma delle istituzioni.

Secondo questa impostazione il concetto di normalità finiva per coincidere con quello di media e poteva essere ricavato unicamente tramite l'esecuzione di calcoli matematici e l'applicazione di leggi statistiche. La scuola positiva pur avendo aperto il campo all'analisi dei possibili fattori naturali, biologici, psicologici, psichiatrici che possono indurre l'individuo a commettere un delitto, non era riuscita a produrre un modello concreto di società.

3. *Durkheim e il funzionalismo*

Alla definizione di un modello concreto di società perviene invece Durkheim¹³ focalizzando la sua attenzione sulla divisione dei compiti nelle società complesse, la cui funzione secondo il sociologo risiede nella creazione di una particolare forma di solidarietà che lega i membri della comunità al corpo sociale e permette loro di superare gli interessi particolaristici ed egoistici. Le due forme di solidarietà descritte, quella "meccanica", propria delle società poco evolute e con scarsa differenziazione dei compiti, e quella "organica", tipica dei sistemi più evoluti e caratterizzati da un elevato grado di specializzazione dei compiti e delle funzioni oltre che da un complesso sistema di regole e rapporti, caratterizzano le vicende dei sistemi sociali creati dall'uomo sino a quel tempo.

Durkheim individua nella società capitalista, nelle crisi economiche e nell'opposizione fra capitale e lavoro che la caratterizzano, forme di divisione del lavoro anormali, le fonti dei conflitti e delle turbolenze dalle quali scaturisce l'anomia.

Il termine che, letteralmente vuol dire "assenza di norme", allude a uno stato di tensione e alienazione che affliggerebbe il soggetto in un

¹³ É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

contesto sociale nel quale norme e valori sociali condivisi hanno perso la capacità di fungere da collante sociale. La debolezza dell'impianto strutturale della società, incapace di supportare in maniera soddisfacente l'individuo, favorisce la comparsa di situazioni psicologiche caratterizzate da angoscia profonda e disorientamento diffuso.

Nei processi di sviluppo sociale caratterizzati da radicali modificazioni dei modelli di vita, alterazioni improvvise dell'ordine tradizionale, importanti squilibri nella distribuzione delle ricchezze, situazioni ricorrenti nel passaggio al sistema capitalista, l'essere umano, sperimentando l'impossibilità di soddisfazione di aspettative e ambizioni che la società stessa aveva contribuito a fondare, può essere indotto ad adottare comportamenti devianti anche estremi, come nel caso del suicidio¹⁴.

La lacerazione del tessuto delle relazioni sociali mette in discussione, così, la coesione nelle società differenziate, per impedire la quale Durkheim¹⁵ invoca l'intervento della corporazione, organismo ritenuto capace di porre freno alla disorganizzazione produttiva tramite una regolamentazione che, provenendo da organismi autonomi, non rifletta interessi individuali e determini un incremento del livello di coesione sociale.

Si tratta di una struttura della società che potremmo definire decentrata e sussidiaria, distante tanto da apparati burocratici polarizzati attorno alla centralità dello Stato, quanto da ipotesi di democrazia diretta. In questo quadro il reato viene considerato elemento di coesione sociale, inevitabile oltre che necessario per la sopravvivenza della società, essendo il risultato della disomogeneità delle personalità tipiche di una società evoluta.

Le condotte che costituiscono reato in un momento storico sono determinate, almeno in alcuni casi, da istanze morali che anticipano tendenze che verranno approvate dalla maggior parte della società in un momento successivo, costituendo dunque un veicolo di evoluzione e sviluppo della morale. L'esistenza del reato¹⁶, individuato attraverso la normativa penale, consente alla società di riconoscersi affermando l'esistenza di una morale pubblica. Nell'infliggere la pena la società

¹⁴ É. DURKHEIM, *Il suicidio - L'educazione morale*, UTET, Torino, 1969.

¹⁵ É. DURKHEIM, *Lezioni di sociologia*, Universale Etas, Milano, 1978.

¹⁶ É. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico - Sociologia e filosofia*, Edizioni di Comunità, Milano 1963; si veda anche, dello stesso autore, *Due leggi dell'evoluzione penale*, Il Mulino, Bologna, 1977.

celebra riti essenziali per la sua stessa sopravvivenza, nei quali, attraverso il giudizio del criminale, viene affermata l'autorità del corpo sociale quale giudice supremo. Il delitto, dunque, nella sua costante reiterazione, soddisfa una necessità vitale della società.

Il funzionalismo di Durkheim, seppur con qualche punto critico legato soprattutto al presupporre l'esistenza di una morale collettiva nelle società complesse e al considerare crisi e conflitti economici come elementi anormali di distribuzione del lavoro, ha l'indubbio merito di mettere in luce il ruolo che i sistemi sociali evoluti svolgono nella determinazione di criminalità e devianza attraverso la definizione, riproduzione e l'attribuzione di significato a comportamenti e accadimenti valutati all'interno di sistemi utili al mantenimento del controllo.

Da queste premesse muove lo struttural-funzionalismo di autori come Parsons e Merton, secondo i quali la società, tramite un complesso sistema di valori ampiamente condiviso dai suoi membri, assegna precisi ruoli, compiti e funzioni istituzionalizzate agli attori sociali, portati ad interiorizzarli mediante un processo di socializzazione primaria basato su processi affettivi, psichici e cognitivi, che inducono i soggetti ad operare una scelta, nella maggior parte dei casi, conforme alle aspettative sociali.

Alla base della devianza, intesa quindi come comportamento che si discosta dalle aspettative sociali in relazione al ruolo, si trova secondo Parsons¹⁷, che fa ampio ricorso alla teoria psicanalitica, una disfunzione nella relazione tra bambino e madre e nell'applicazione del sistema di compensi e punizioni su cui si basa il processo educativo.

Secondo Merton¹⁸, invece, i comportamenti devianti deriverebbero dalla frustrazione degli attori sociali appartenenti ai ceti meno abbienti di fronte al riscontro dell'incapacità della società di supportarne la crescita, offrendo loro strumenti idonei al reale conseguimento delle mete istituzionali indicate come auspicabili.

L'ambiguità di un sistema che induce anche gli individui posti ai gradini inferiori della scala sociale ad aspirare a posizioni contraddistinte da largo benessere, proprio delle classi privilegiate, ma che non consente poi di raggiungere tale obiettivo, si rivela determinante nell'innescare la forma di adattamento individuale deviante sulla quale Merton si sofferma con maggiore interesse: l'innovazione, consistente nell'utilizzo di tecniche sleali per il perseguimento del successo.

¹⁷ T. PARSONS, *Teoria sociologica e società moderna*, Universale Etas, Milano, 1971.

¹⁸ R.K. MERTON, *Teoria e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1959.

Queste teorie, individuando in frizioni sociali e attriti culturali i meccanismi d'innescò della devianza, solo successivamente espressa tramite la mediazione dei comportamenti individuali, portano avanti una tendenza dalla quale, come avremo modo di ribadire, la sociologia fatica a liberarsi, ossia quella di definire la devianza attraverso il raffronto con una condotta di riferimento che si presume essere normale sulla base di criteri morali la cui condivisione si attribuisce alla generalità dei consociati in maniera forzata. Il rischio che siano i parametri adoperati dallo scienziato a fabbricare piuttosto che a rilevare un concetto generalizzato di devianza, adattabile in modo perlopiù indiscriminato a comportamenti difforni da un modello di riferimento, è molto elevato

4. La Scuola di Chicago

Il mancato approfondimento di motivazioni, finalità ed eventuale rispondenza a valori alternativi di un comportamento può rendere la ricerca di una risposta scientifica al fenomeno analizzato uno strumento di stigma ed etichettamento¹⁹, un meccanismo di creazione e amplificazione della differenza.

Rinunciando a compiere lo sforzo di comprendere la devianza nella sua realtà, questi filoni facevano prevalere l'aspetto terapeutico, se non

¹⁹ La teoria dell'etichettamento (*labelling theory*) è una teoria sociologica della devianza elaborata dalla Scuola di Chicago secondo la quale l'attribuzione di un'etichetta criminale a delinquenti occasionali da parte dei poteri pubblici e delle istituzioni favorirebbe lo sviluppo di una carriera criminale duratura. L'etichettamento, l'isolamento, la reclusione in strutture carcerarie, uniti alla stigmatizzazione dei suoi comportamenti e alla sfiducia da parte della collettività, priverebbero l'autore reale o presunto del reato di opportunità sociali, indirizzandolo verso forme di devianza non occasionale. Ad essere colpita negativamente è anche la percezione di sé del deviante, indotto, quasi convinto ad orientare la sua condotta secondo l'etichetta di cui ha subito l'apposizione.

Una reazione sociale del genere si registra, secondo la Scuola di Chicago, nei confronti di particolari tipi di atti che generano allarme sociale, a volte neanche penalmente rilevanti, come nel caso del consumo di alcuni tipi di stupefacenti e che coinvolgono fasce deboli della popolazione incapaci di sottrarsi all'apposizione dell'etichetta. Si tratta in genere di microcriminalità o comportamenti che riguardano le minoranze.

Il ricorso alla sanzione penale solo come *extrema ratio* e l'adozione di misure alternative alla detenzione potrebbero essere strumenti utili secondo i fautori di questa teoria per ottenere il reinserimento sociale del deviante, contrastare il processo di etichettamento e prevenire le gravi conseguenze negative a cui può dare origine.

quello repressivo o di correzione, già insito nelle istituzioni preposte al controllo e al recupero o alla segregazione dei devianti.

La Scuola di Chicago²⁰, sviluppatasi negli Stati Uniti nei primi anni del Novecento, attraverso un metodo empirico di analisi incentrato sull'osservazione diretta dei fenomeni, presta maggiore attenzione alla disomogeneità culturale, ai conflitti e alle problematiche che caratterizzano il controllo.

In particolare, gli studiosi della Scuola sono interessati allo studio dei problemi connessi all'industrializzazione, allo sviluppo e alla socialità urbana, con specifico riguardo alle situazioni di marginalità, tra cui delinquenza giovanile, alcolismo, vagabondaggio, alla mobilità della forza lavoro e all'immigrazione.

Più che cercare nella solidarietà il fondamento naturale della società, secondo l'impostazione propria delle teorie precedenti, viene messa in luce la centralità delle differenze e delle diversità culturali nello sviluppo delle dinamiche e nell'affermazione di un equilibrio sociale.

Alla coscienza collettiva si sostituisce l'attenzione per le interazioni sociali, dalla cui analisi emerge l'intera storia sociale degli attori caratterizzata eventualmente dal comportamento deviante e dall'interconnessione degli effetti delle condotte poste in essere.

In questo quadro si colloca la *labelling theory* che ha l'importante merito di mettere in luce la separazione che si crea tra individuo e atto deviante tramite il meccanismo di applicazione di un'etichetta sociale adoperato dalla società per stigmatizzare coloro i quali compiono determinate azioni. Secondo questa teoria sarebbero colpite da un simile meccanismo soprattutto quelle fasce della popolazione i cui membri, non godendo di mezzi materiali, di una reputazione e di uno *status* idonei ad opporsi all'apposizione dell'etichetta, sono costretti a subirne le conseguenze negative.

²⁰ Per un approfondimento sulla Scuola si guardino: N. ANDERSON, *The hobo: The sociology of the homeless man*, University of Chicago Press, Chicago, 1923; R.E.L. FARIS e H.W. DUNHAM, *Mental Disorders in Urban Areas*, The University of Chicago Press, Chicago, 1939. Tra le altre ricerche sulla devianza giovanile e metropolitana si segnalano: C.R. SHAW e H.D. MACKAY, *Social areas in juvenile delinquency*, in *Report on the causes of crime*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1931 e *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, University of Chicago Press, Chicago, 1942.

Sulla teoria della delinquenza come organizzazione differenziale: E.H. SUTHERLAND, *The professional thief*, The University of Chicago Press, Chicago, 1937, e E.H. SUTHERLAND e D. CRESSEY, *Principles of criminology*, Lippincott Williams & Wilkins, Philadelphia, 1954.

Gli atti alla commissione dei quali corrisponde l'apposizione dell'etichetta sono quelli che generano allarme sociale, perlopiù associati alle minoranze, agli emarginati e generalmente riconducibili nell'ambito della microcriminalità.

Come chiarito da autori quali Lemert²¹ e Becher²² questo processo sottende una drammatizzazione del male operante sul piano politico, attraverso la selezione dei comportamenti penalmente rilevanti e l'inclusione nella categoria di situazioni prive di un reale contenuto di aggressività e dell'interazione sociale. A livello micro-sociale possono instaurarsi rivalità o contrasti fra gruppi che determinano la creazione di etichette. Con queste premesse il reato acquista un valore simbolico, che viene sancito attraverso veri e propri rituali di etichettamento, i processi, nel corso dei quali, all'attribuzione di una pena, concorre certamente la carriera, ossia la storia degli interventi istituzionali pregressi nei confronti dello stesso individuo.

Questo procedimento, dall'iniziale finalità di sottolineare la disapprovazione della società per un particolare comportamento applicando una sanzione, può arrivare a determinare la trasformazione dell'identità del soggetto, il quale diventa tassello di un mosaico alla cui realizzazione partecipa attivamente anche il sistema sociale.

L'identità originaria dell'individuo deviante tende a recedere lasciando spazio a quella fabbricata tramite etichettamento che condizionerà il suo comportamento, legato per il futuro a questa definizione del sé proveniente dall'esterno.

Le istituzioni preposte al controllo sociale, così, possono essere considerate veri e propri amplificatori, se non anche produttori della devianza.

Autori come Schur²³, Skolnick²⁴ e Cicourel²⁵, mettono in luce le pratiche poco trasparenti che si innescano, tendendo poi a

²¹ E.M. LEMERT, *Social pathology: A systematic approach to the theory of sociopathic behavior*, McGraw-Hill, New York, 1951 e, dello stesso autore, *Human Deviance, social problems and social control*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1967.

²² H. BECKER, *Outsiders: studies in sociology of deviance*, Free Press, New York, 1963.

²³ E.M. SCHUR, *Reactions to deviance: a critical assessment*, The University of Chicago Press, Chicago, 1969.

²⁴ J.L. SKOLNICK, *Justice without trial*, Wiley, New York, 1966, si veda anche J.L. SKOLNICK e J.R. WOODWORTH, *Bureaucracy, information and social control: a study of moral detail* in D.J. BORDUA, *Six sociological essays*, Wiley, New York, 1967.

²⁵ A.V. CICOUREL, *Method and measurement in sociology*, The Free Press, New York, 1964 e, dello stesso autore, *The social organization of juvenile justice*, Wiley, New York, 1968.

istituzionalizzarsi, tra gli operatori giudiziari oltre che l'arbitrarietà che caratterizza le procedure in cui gli stessi operano.

Questi studi, che prendono in esame l'organizzazione della polizia, la giustizia minorile, la criminalizzazione dei comportamenti socialmente inoffensivi, mostrano che molte delle attività in questione si basano sulla presunzione di colpevolezza fondata su definizioni socialmente negative di comportamenti inoffensivi, oltre che su elementi quali un particolare aspetto o determinate abitudini e frequentazioni. La produzione della devianza sarebbe strettamente legata, dunque, alle caratteristiche organizzative e alle scelte operative delle istituzioni repressive, alle dinamiche che si stabiliscono all'interno degli uffici e tra i diversi settori più che essere determinata da un comportamento formalmente determinato.

5. Leadership politica e psicopatologia

Interessanti e originali poi le tesi di Alex Comfort secondo il quale le società basate su un potere centralizzato ammetterebbero all'interno delle istituzioni comportamenti che sarebbero considerati devianti o criminali nella restante parte della società. Lo scienziato e pensatore libertario britannico ritiene che il potere politico selezioni personalità psicopatiche e sociopatiche ponendole nelle diverse posizioni della scala gerarchica istituzionale permettendo loro di svolgere compiti di primaria importanza.

La scarsa capacità della società di offrire una compensazione e una cura definitiva alle problematiche di un gran numero di persone che sviluppano, già nell'infanzia, problemi di asocialità, consente ad alcuni di questi soggetti di orientare il loro potenziale delinquenziale all'interno della struttura del potere piuttosto che esprimerlo attraverso forme di criminalità avversate dallo Stato e sanzionate. Quanti fra questi soggetti hanno capacità di disciplinare i loro comportamenti potranno accedere ad occupazioni relative agli aspetti burocratici ed esecutivi del potere che soddisfano il desiderio di infliggere sofferenze, tramite l'applicazione di sanzioni legali o la comminazione di pene, e appagano il bisogno di esercitare potere.

Le moderne democrazie centralizzate tenderebbero in questa prospettiva a selezionare il personale a cui assegnare un ruolo politico tra coloro che sono determinati a soddisfare il proprio bisogno di potere,

controllo ed egemonia sugli altri, soggetti nei quali è intenso l'impulso all'autoaffermazione e alla dominanza. Comfort non esclude che possano esistere persone che ambiscono alla carriera politica perché spinte da ideali elevati, ma il sistema dei partiti e il meccanismo elettorale tendono a penalizzare onestà e altruismo in favore di furbizia e ambizione. Nelle società in cui ansia e senso di colpa diffuso esercitano una grande influenza nel determinare i comportamenti sociali «per far ascendere alle cariche pubbliche, attraverso i canali elettorali, persone o gruppi psicopatici, delinquenti potenziali; e questi vengono eletti vuoi in quanto rappresentano ed esprimono l'ansia e la frustrazione della gente, vuoi a causa dell'influenza perniciosa che il potere, l'isolamento e la crisi possono esercitare su individui instabili»²⁶. Se determinate caratteristiche della personalità predispongono alcuni soggetti alla *leadership*, li spingono ad instaurare relazioni di sudditanza e a porsi come dominanti nei confronti di altri, tali attributi non costituiscono requisiti necessari per la *leadership* politica ma si dimostrano idonei ad indirizzare verso lo svolgimento di funzioni amministrative. Perché, nota Comfort, il corpo legislativo nelle democrazie moderne tende a diventare un gruppo chiuso che non ha relazioni con il corpo elettorale se non attraverso la propaganda. Il *leader* politico perciò, più che avere le caratteristiche di un uomo dominante deve dare solamente l'illusione di avere questi attributi, come un attore deve simulare di avere caratteristiche che non ha. Se in possesso di capacità istrioniche, di una fitta rete di collaboratori e supporti tecnici, probabilmente il leader politico riuscirà a canalizzare i sentimenti della folla e ispirare fiducia. Comfort fa notare che tra i vari profili di psicopatologici che possono essere attratti o selezionati dalla politica, gli psicotici paranoidi rivestono un ruolo molto importante perché hanno una grande facilità ad ottenere il consenso dell'elettorato ansioso al quale si rivolgono proiettando le loro angosce su minoranze etniche e su gruppi costretti alla marginalità sociale.

L'apparato esecutivo protegge i *leader* in modo tale da non rendere possibile per il corpo sociale avere alcun contatto diretto con essi impedendo in tal modo una verifica delle qualità effettive dei leader. Ciò determina l'allentamento del contatto tra società e politica e favorisce la percezione della classe politica come gruppo separato la cui valutazione da parte dei cittadini sarà legata esclusivamente a stereotipi ostili o

²⁶ A. COMFORT, *Potere e delinquenza*, Elèuthera, Milano, 1999, 52.

amichevoli, ma mai a un giudizio scaturente dalla pratica relazionale nella quale consiste l'essenza dello spazio politico democratico.

6. Conclusioni. Per un progetto alternativo di società

La rapida panoramica sui principali filoni di ricerca sociologica in materia effettuata evidenzia il ruolo che, anche in maniera involontaria e con l'utilizzo di differenti paradigmi, la stessa teoria sociale ha rivestito nella configurazione di modelli del comportamento deviante tramite stereotipi.

Pare di poter dire che, seguendo vie differenti, queste teorie abbiano interpretato i conflitti e gli attriti propri delle società protocapitaliste e del primo Novecento prevalentemente come problemi di adattamento sociale e culturale, oppure, come nel caso delle ricerche della Scuola di Chicago, abbiano riconosciuto l'ampia varietà dei comportamenti, compresi quelli che si discostano dalle aspettative maggioritarie, come facenti parte della normale composizione del variegato tessuto sociale.

Sul punto scrive Alessandro Dal Lago «il problema della devianza non è che un mito, una costruzione simbolica che riunifica in determinismi ipotetici una complessità (che è semplicemente quella dei conflitti tra gli uomini) sempre sfuggente. Ma questo mito scientifico è stato ormai assunto come una realtà anche da chi dichiara di parlare in nome delle libertà o delle alternative»²⁷.

Acutamente, il professore romano, fa notare che le teorie sociali hanno alterato il significato di gruppi di azioni individuali o collettive recanti segni di rifiuto o estraneità appiattendole sulle tensioni della personalità o spostando l'asse interpretativo sul versante psicologico e comunque relativo alle difficoltà nell'adattamento sociale.

Ancora, intervenendo sul cuore della questione: «Non è difficile accorgersi che c'è qualcosa di tautologico in questo modo di procedere. Se la normalità non è definita esplicitamente – e non potrebbe esserlo, perché allora il senso ideologico o apologetico dell'operazione sarebbe scoperto, poco scientifico – con che diritto si qualificano come devianti un gran numero di comportamenti empirici? Con nessuno, a meno di non riconoscere che in questo caso non si fa scienza, non si scopre qualcosa,

²⁷ A. DAL LAGO, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanica di controllo*, cit., 94.

ma lo si costruisce, lo si inventa. Ecco, in poche parole, la produzione della devianza»²⁸.

Alla base di ogni ricostruzione, questa una delle principali conclusioni, c'è il voler adottare un codice morale di riferimento su cui costruire un ordine scientifico per la descrizione delle dinamiche sociali. Ciò rende ogni descrizione sociologica una sorta di "narrazione morale", non dissimile dai racconti espressi dagli ordini religiosi, e implicante un vero e proprio catechismo dell'uomo conforme. Il cittadino modello si deve tenere ben lontano dagli stili di vita marginali, dall'alcolismo, dal consumo di droghe leggere, e deve condurre uno stile di vita sobrio, distante da qualsiasi tipo di conflitto, azione antagonista, esente da particolari problemi personali, mentali o di comportamento.

A seconda del sistema morale di riferimento, qualsiasi comportamento non esattamente conformista può essere classificato come deviante con l'ausilio di uno specifico modello eziologico. Evidentemente l'analisi scientifica dei fatti sociali e la tensione verso le definizioni rigide di concetti chiave quali normalità, equità e giustizia sottendono una precisa visione politico-istituzionale. «Far poggiare discorsi critici o politici su una residualità deviante dei comportamenti sociali non può portare che a due conseguenze necessarie: da una parte la razionalizzazione dei sistemi di governo (magari con la copertura di progetti socialisti che sarebbero sempre più razionali dell'anarchia capitalistica produttrice di devianze e di conflitti); dall'altra la speranza della ricomposizione (sempre più immaginaria e consegnata a un futuro improbabile) delle devianze in un progetto alternativo di società»²⁹.

Intimamente connesso ad un progetto alternativo di società è, infatti, il quadro di analisi della devianza elaborato da diversi pensatori anarchici e libertari la cui elaborazione teorica lambisce l'ambito sociologico per poi assestarsi propriamente sul piano politico, filosofico e giuridico.

Con l'analisi della devianza e dei sistemi di controllo, iniziamo così ad articolare una seconda osservazione conclusiva, che è infatti strettamente legata alla questione dell'edificazione di un modello di organizzazione sociale alternativo e rinnovato rispetto a quello vigente.

Spesso infatti esiste una contiguità tra le figure del rivoluzionario e quelle del criminale o del deviante. Anche quando l'esame della questione viene condotta al di fuori di un quadro insurrezionale l'analisi del

²⁸ *Ivi*, 12.

²⁹ *Ibidem*.

comportamento difforme e la questione relativa alla gestione della comunità finiscono per sovrapporsi.

Due autori italiani sono riusciti sinteticamente a mettere in luce gli aspetti del pensiero anarchico collegati alla questione criminale. Innanzitutto, Contursi Lisi nel suo saggio «I negatori del diritto di punire»³⁰, individua alcune analogie tra l'impostazione della Scuola positiva e del correzionalismo e del pensiero anarchico sulla medesima questione.

Col termine trattamento si vuole indicare una terapia del deviante emendata dal rimprovero, nel senso proposto da Ross³¹: «È opportuno includere sia la sofferenza sia la riprovazione nella definizione della pena. Perché è proprio mercé questi elementi distintivi che la pena si differenzia da altre reazioni sociali nei confronti di un delitto, quelle che generalmente vanno sotto il nome comune di "trattamento". Anche la pena è naturalmente una forma di trattamento nel senso comune di questa parola. Come termine criminologico deve quindi trattarsi di un trattamento in un senso più ristretto e diverso dal trattamento penitenziario e questa differenza consiste proprio in ciò che il "trattamento" non mira né a infliggere una sofferenza né a esprimere una riprovazione, ma solo – come il trattamento di una polmonite – a modificare opportunamente l'organismo psico-fisico dell'individuo. Avremmo un esempio di trattamento puro, se immaginassimo che un individuo che sente nascere in sé delle disposizioni criminali, potesse rivolgersi a una clinica per eliminarle, ingerendo delle pillole adatte allo scopo».

Contursi Lisi fa notare altresì come l'avversione anarchica per la coercizione sociale e ogni forma di segregazione sia connotata da maggiore intensità rispetto a quella della Scuola positiva, non trovando giustificazione neanche nella necessità di intimorire, correggere, separare attraverso l'utilizzo di mezzi costringenti i trasgressori dalla restante parte della società.

Questa visione non è incompatibile con la prospettiva di sistemi di controllo, alternativi a quelli borghesi, fondati su regole certe e sanzioni dal contenuto determinato.

³⁰ G. CONTURSI LISI, *I negatori del diritto di punire*, in *La scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale*, Vallardi, Milano, 1931.

³¹ A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, B. BENDIXEN e P.L. LUCCHINI (a cura di), Giuffrè, Milano, 1972, 72.

Dello stesso avviso sul punto anche Maggiore³² il quale non ritiene, però, che il pensiero libertario possa essere considerato come esperienza teorica unitaria, avvicinandosi talvolta a posizioni di tipo positivistico altre a principi totalmente opposti giungendo a prospettare funzioni della pena di tipo quasi retributivo.

In una prospettiva anarchica largamente condivisa, da un punto di vista collettivo, l'unica reazione compatibile con la norma di ragione è un controllo esercitato irrispettamente dai membri della comunità, reso possibile dalla circoscritta estensione delle dimensioni della comunità. Godwin parla in proposito di vita sociale che si svolge «sotto l'occhio pubblico» o di «disapprovazione dei vicini»³³ delle condotte devianti. Questa attività metterebbe il trasgressore di fronte all'alternativa di modificare la sua condotta, conformandosi ai criteri espressi dalla società e necessari ad assicurare condizioni di vita serene per la comunità, o emigrare e quindi recidere il proprio legame con il gruppo sociale.

L'individuo che compie un atto criminoso secondo Godwin commette un errore, interpreta in modo errato le circostanze. Il richiamo pubblico costituisce un tentativo, effettuato dal circolo dei vicini, dagli amici, dall'ambiente circostante, di ammonire l'individuo e aiutarlo nella risoluzione di un problema pratico che lo mette in difficoltà e che potrebbe far prevalere i moventi individualistici ed egoistici. Si prova a sollecitare in lui l'autoriflessione, dalla quale non si può comunque prescindere, per giungere a una scelta morale e rispettosa dei criteri impressi nella natura dell'uomo. Si tratta di un supporto che la collettività dà al singolo più che dell'imposizione di un'autorità.

La modalità di trattamento della devianza ipotizzata da Godwin può essere ricondotta nella categoria delle terapie comunitarie che ricorrono nel pensiero di diversi pensatori anarchici.

Anche Kropotkin, Malatesta, Molinari, ciascuno con modalità corrispondenti alla propria impostazione filosofica, ipotizzano un sistema diffuso per il trattamento del deviante attraverso la somministrazione di cure prestate in un contesto comunitario, che miri a stimolare lo sviluppo di istinti sociali e atteggiamenti di solidarietà. Banditi l'utilizzo della forza e ogni forma di segregazione coercitiva. Nelle teorie di altri filosofi anarchici come Bakunin o nelle posizioni espresse dal "Catechismo del rivoluzionario", è possibile scorgere, come detto, un'altra forma di

³² G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, tomo II, Zanichelli, Bologna, 1951.

³³ W. GODWIN, *Enquiry concerning political justice and its influence on morals and happiness*, edizione fotostatica a cura di F.E.L. PRIESTLEY, Toronto, 1946, 40.

trattamento terapeutico, questa volta con un indirizzo ideologico piuttosto che medico.

Si ipotizza che il criminale possa essere coinvolto in processi rivoluzionari e che ciò, unito ad un'attività di preparazione ideologica, possa apportare benefici sul piano individuale, che gli istinti rozzi e anti-sociali vengano temperati e che l'egoismo delinquenziale divenga lotta per un interesse comune.

Ben distinte dalle ipotesi che prefigurano una terapia per i devianti sono invece le posizioni di Stirner e Proudhon.

Se il tedesco è fautore «dell'indifferenza collettiva nei confronti della diversità»³⁴, funzionale alla libera espressione degli impulsi individuali, alla liberazione dalla pressione esercitata dalle rappresentazioni collettive sugli esseri umani non coincidente con nessuna tesi criminologica vera e propria o filosofia penale moderna, ma vicina per alcuni aspetti alla teoria dell'etichettamento della Scuola di Chicago, il francese prefigura un sistema nel quale la sanzione opera come strumento di difesa sociale nei confronti della trasgressione, indispensabile per regolare quella porzione residuale di conflitto che anche una società impostata sul mutualismo, fisiologicamente, produce.

³⁴ P. MARCONI, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero libertario*, Marsilio, Venezia, 1979, 204.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

ANNACHIARA CARCANO - FRANCESCO MANCUSO

In cauda beneficium:

le sfide post-globali e la pandemia.

M. PANEBIANCO, *Lo Stato post-globale. Ascesa e resistenza dello Stato globale Covid-free*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

ABSTRACT - In this contribution, the Authors propose an analysis of Massimo Panebianco's recent work: *Lo Stato post-globale. Ascesa e resistenza dello Stato globale Covid-free* (Editoriale Scientifica, Napoli 2020). After pointing out the essential aspect of the book, such as the concept of global State and post-global State, the Authors focus on the pandemic situation and the upheavals it gave rise to, as well as on the necessity of a socio-medical and socio-economic reconstruction thanks to the foundation of a renewed connective and protective institutional network.

KEYWORDS - Global State - Post-global State - Covid-19 - Populism - Institutionalism.

ANNACHIARA CARCANO* - FRANCESCO MANCUSO**

In cauda beneficium: le sfide post-globali e la pandemia.

M. PANEBIANCO, *Lo Stato post-globale. Ascesa e resistenza dello Stato globale Covid-free*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020***

SOMMARIO: 1. *Stato globale e Stato post-globale* - 2. *Le sfide (post-)globali dell'era Covid tra free State e recovery State. La nascita dello Stato post-globale* - 3. *Istituzioni e antiistituzionalismo*¹.

1. *Stato globale e Stato post-globale.*

Secondo Massimo Panebianco la storia ha evidenziato l'esistenza di due grandi paradigmi: la repubblica e l'impero. Tuttavia, nel mondo contemporaneo, la necessità di conservare una visione universalistica che riesca a garantire la salvaguardia dell'ordine geo-politico e geo-economico ha contribuito all'emersione di un nuovo concetto, quello di Stato globale. Ciò detto, è necessario chiarire, a livello terminologico, cosa debba intendersi per Stato globale e, innanzitutto, distinguere questo concetto di Stato da quello cosmopolitico.

Lo Stato cosmopolitico non ha nulla a che vedere con una sorta di governo del mondo: esso è e rimane uno Stato nazionale, il quale è però strettamente connesso a tutti gli altri Stati in una sorta di *network* in cui vige il principio della "indifferenza nazionale"². Il cosmopolitismo contiene una forte componente normativista che aspira alla creazione di un ordine democratico che trascenda i singoli Stati-nazione; proprio per tale motivo è evidente la forte carica utopistica di questo modello³.

Quello di Stato globale è, invece, un concetto più sfaccettato. Ciò che appare chiaro è che sia uno Stato attuale e non frutto di speculazioni filosofico-politiche rimaste incompiute⁴. La globalizzazione, come afferma efficacemente Rosenberg⁵ è stata *Zeitgeist* per tutti gli anni Novanta,

* Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Salerno.

** Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Salerno.

*** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Le parti 1. e 2. sono di Annachiara Carcano, la parte 3. è di Francesco Mancuso.

² Indifferenza nazionale nel senso che la collaborazione e cooperazione avviene a prescindere dalla nazionalità degli Stati appartenenti al *network*. Cfr. U. BECK, M. MAGATTI e M. MARTINELLI, *La svolta cosmopolita*, in *Studi di Sociologia*, 2/2005, 148.

³ A. TUCCI, *Dispositivi della normatività*, Giappichelli, Torino 2018, 42.

⁴ M. PANEBIANCO, *Lo Stato post-globale. Ascesa e resistenza dello Stato globale Covid-free*, Editoriale scientifica, Napoli 2020, 324 n.

⁵ J. ROSENBERG, *Globalization theory: a post Mortem*, in *International Politics*, 1/2005, 2-74.

imprimendo alla società globale la spinta verso la creazione di legami e interconnessioni tra gli Stati e, soprattutto, verso il superamento dell'intoccabile concetto di sovranità tanto caro agli Stati nazionali per la creazione di una *governance* globale multistrato e multilivello.

Centro unificato di potere statale, rete mondiale di relazioni ed esistenza di una organizzazione mondiale della forza politica sono tutti elementi che caratterizzano lo Stato globale e che possono ad oggi ritenersi parzialmente – anche se in modo imperfetto – realizzati. Lo Stato globale può dirsi animato da due spinte contrapposte: da una parte, l'esigenza di universalizzazione, nel già richiamato senso di una spinta verso la condivisione geo-politica e geo-economica; dall'altra, invece, l'autonomia rivendicata dall'ineliminabile pluralità di stati che vogliono agire come centri di potere indipendenti. Il concetto di Stato globale implica un ripensamento non solo dei tradizionali elementi caratterizzanti lo Stato tradizionale, quale per esempio quello di sovranità⁶, bensì impone anche una rifondazione su scala mondiale – o, per meglio dire, globale – della società, della cultura e, non meno importante, dell'economia⁷. Utilizzando le parole di Panebianco, questa nuova idea di Stato come Stato globale «guarda all'ordine del mondo, nelle sue parti europee ed extra-europee, dove si annidano nuovi imperi politici e ancor più economici, unitamente a quelli regionali e locali di tale vasto mondo»⁸.

Il processo per raggiungere un ordine globale è altresì segnato dal progressivo riconoscimento di agenzie e organismi che contribuiscono alla costruzione della realtà socio-politico-giuridica del mondo globale. La loro presenza, non sempre in armonia con le rivendicazioni di sovranità e indipendenza degli Stati nazionali, fa sì che la realtà globale sia liquida e si determini sempre di più verso un sistema di normatività debole – la cosiddetta *soft regulation* o *soft law* – che vive grazie all'effettività del potere delle autorità che di volta in volta la (im)pongono⁹. Anzi, potrebbe addirittura dirsi che la società globale sia contemporaneamente la causa e il prodotto della *soft law*: il progressivo espandersi di questo strumento

⁶ La sovranità dello Stato, dapprima assoluta entro i confini territoriali dello stesso, si trova oggi a doversi contemperare con le “nuove” autorità internazionali legittime che, procedendo verso la creazione di un unico centro globale, di fatto, impongono limiti alle autorità nazionali.

⁷ M. SHAW, *Theory of the Global State. Globality as an unfinished revolution*, Cambridge University Press, New York, 2000, 192-194.

⁸ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 3.

⁹ A. CATANIA, *Effettività e modelli normativi. Studi di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, 176-7.

normativo debole ha determinato una sempre maggiore fluidità della società che, a sua volta, non può essere governata se non attraverso strategie volte a realizzare *concordia ed armonizzazione di comportamenti singoli e collettivi*¹⁰.

Un altro tratto fondamentale della realtà globale è dato dell'importanza crescente degli attori privati che, attraverso l'imposizione della *lex mercatoria*, contribuiscono attivamente al processo di integrazione e, parallelamente, producono un preoccupante indebolimento della volontà politica e giuridica, soprattutto per quanto riguarda l'attuazione dei diritti fondamentali¹¹. In questo panorama non manca chi, come Massimo Panebianco, intravede il pericolo dello stravolgimento dell'idea stessa di Stato di diritto attraverso la sostituzione dei suoi valori fondamentali con gli interessi degli attori economici¹².

Al di là delle sfaccettature che il prisma del mondo globale presenta, c'è un dato che non può essere in alcun modo ignorato o sottaciuto: l'ordine che il mondo richiede e le sfide globali che si presentano¹³ trascendono i singoli Stati nazionali¹⁴ e, anzi, in qualche misura sembrano imporre non solo un allargamento delle sfere di competenze essenziali di *governance*¹⁵, bensì anche l'apertura alla creazione di sistemi di governo transnazionali che portino a compimento il processo di riorganizzazione globale¹⁶. L'incapacità dello Stato nazionale di colmare autonomamente la carenza di

¹⁰ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 20.

¹¹ Si è realizzata la subordinazione del politico all'economico, come osserva anche Mancuso, porta alla dismissione *de facto* di parte delle originarie funzioni dello Stato, soprattutto in materia regolativo-legislativa. Questo processo non può che inevitabilmente portare all'alterazione della stessa struttura liberal-democratica degli Stati contemporanei. Cfr. F. MANCUSO, *Il doppio volto del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 71 ss.

Sul punto cfr. anche A. CATANIA, *op. cit.*, 178-9, nonché sull'attuazione dei diritti fondamentali nel contesto globale L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

¹² C. RISI, F. MANCUSO, *Jus Unum, Jus Commune - Un percorso di pensiero, un libro*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, e P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco, Vol. II*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 1376 ss.

¹³ V. diffusamente S. Fischer, *Globalization and Its Challenges*, in *The American Economic Review*, 2/2003, 1-30.

¹⁴ Necessità resa ancor più manifesta dall'attuale emergenza da Covid-19 che ha completamente stravolto il panorama della cooperazione tra gli Stati nazionali e ha imposto una gestione della crisi, sanitaria prima ed economica poi, a livello globale.

¹⁵ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 324.

¹⁶ U. BECK, M. MAGATTI e M. MARTINELLI, *op. cit.*, 148 ss.

legittimità determinata dalle nuove sfide del mondo globalizzato è stata definita da Jürgen Habermas “*costellazione post-nazionale*”¹⁷.

Questo è lo Stato globale, o meglio, è la pluralità di significati che siamo costretti a considerare ogniqualvolta ci troviamo di fronte a tale concetto. Oggi però – e la prova è l’opera stessa di Panebianco – è sempre più spesso richiamata anche la figura dello Stato post-globale. Ma qual è il contenuto di significato di questa espressione? A quale realtà ci rimanda? E quali sono le sfide che la società (post-)globale deve e dovrà affrontare?

È un dato di fatto che, almeno dal 2010, il mondo stia affrontando un’inversione della precedente tendenza all’interconnessione; i fattori che avevano spinto verso la globalizzazione e, perciò, alla formazione dello Stato globale, sembrano essere stati superati da logiche concorrenziali che animano i meccanismi non solo dell’economia, ma anche della politica.

La globalizzazione nell’ambito economico, erodendo lentamente la potestà normativa degli Stati nazionali, ha determinato una forte liberalizzazione e deregolamentazione degli scambi internazionali. La controtendenza verso la post-globalizzazione si è manifestata a partire dal 2016, soprattutto a seguito dell’esito referendario sulla Brexit e dell’elezione di Donald Trump come quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti. Questi eventi – ben lungi dal poter essere considerati spartiacque, ma comunque estremamente indicativi delle tendenze dell’attuale società globale – hanno manifestato la propensione degli Stati nazionali a tornare ad un sistema economico sostanzialmente protezionistico¹⁸. In ambito politico, invece, i populismi e i sovranismi hanno riportato al centro della scena internazionale le istanze protezionistiche degli Stati-nazione, rendendo complicata la cooperazione internazionale instauratasi grazie al

¹⁷ L. VON RAMIN, *Globalization as a symbolic form: Ernst Cassirer’s philosophy of symbolic form as the basis for a theory of globalization*, in C. ROLDÁN, D. BRAUER e J. ROHBECK (a cura di), *Philosophy of Globalization*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2018, 380.

Solo attori globali e internazionali come l’Unione Europea e le Nazioni Unite possono colmare la carenza di legittimità di cui si è detto, soprattutto nel senso di una universalizzazione del discorso intorno ai diritti umani.

¹⁸ Il Regno Unito, con la cosiddetta Brexit, ha di fatto rinunciato al libero mercato realizzato nello spazio europeo, mentre il Presidente Trump immediatamente dopo le elezioni ha messo da subito in chiaro l’intento di perseguire un programma isolazionista. Cfr. C. DE STEFANO, *Reforming the Governance of International Financial Law in the Era of Post-Globalization*, in *Journal of International Economic Law*, 3/2017, 511.

fenomeno della globalizzazione¹⁹. Dato che il meccanismo²⁰ del populismo consiste nella lotta contro le *élite* “corrotte” in favore del popolo, questo fa sì che vengano ritenuti corrotti e, perciò, rifiutati gli stessi mezzi attraverso i quali si era raggiunta la cooperazione e il funzionamento dello Stato globale. Ciononostante, come evidenzia anche Panebianco²¹, le conquiste della società globale non sembra possano essere cancellate con un colpo di spugna dai nuovi *leader* populistici²², soprattutto alla luce del faro rappresentato non solo dagli *human rights*, ma anche dai supremi valori dalla democrazia. Oltretutto, sottolinea l’Autore, compete «allo Stato post-globale presentarsi come recettore e successore dei valori dello Stato globale, ma anche come suo correttore e moderatore di fronte ai relativi eccessi di movimentismo ed instabilità e conseguenti situazioni esistenziali di alto rischio e pericolo»²³.

L’ultimo elemento – cronologicamente parlando – che si è inserito in queste dinamiche globali è, ovviamente, lo scoppio della pandemia da Covid-19. Questa ha sostanzialmente indotto gli Stati a ripiegarsi su loro stessi, nonostante la necessità di collaborazione sia a livello di politiche sanitarie che economiche per poter reggere il contraccolpo del dilagare del virus. Si potrebbe dire che proprio il mutato contesto pandemico abbia determinato la definitiva svolta verso la creazione dell’ordine post-globale che già si intravedeva da almeno un decennio.

2. Le sfide (post-)globali dell’era Covid tra free State e recovery State. La nascita dello Stato post-globale

¹⁹ T. FLEW, *Globalization, neo-globalization and post-globalization: The challenge of populism and the return of the national*, in *Global Media and Communication*, 1/2020, 20 ss.

²⁰ Intendo chiamarlo così, dal momento che il populismo in sé non è una ideologia, potendo assumere forme e vesti diverse a seconda dei casi. Utilizzando le parole di Mudde: «il populismo può essere facilmente combinato con altre ideologie molto diverse (sottili e piene), incluso il comunismo, l’ecologismo, il nazionalismo o il socialismo». *De facto*, il populismo è una pallida imitazione dell’Ideologia – qualunque essa sia. Cfr. C. MUDDE, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 4/2004, 541–563.

²¹ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 125 s.

²² Il riferimento qui è evidentemente non solo ai *leader* europei come Matteo Salvini o Marine Le Pen, ma anche a capi di governo quali Vladimir Putin, Recep Tayyip Erdoğan, Rodrigo Duterte, Jair Bolsonaro e Viktor Orbán, senza dimenticare il 45° Presidente U.S.A. Donald Trump.

²³ *Ivi*, 323.

Lo Stato globale è diventato, nei due modelli gerarchico a livelli sovraordinati e di competenze legislative multipolari, il punto di riferimento per la creazione di un *network* che assicuri il coordinamento tra gli interventi individuali e collettivi dei diversi Stati nazione. Tuttavia, osserva l'Autore, entrambi questi paradigmi si sono dimostrati fragili di fronte all'esposizione ai grandi rischi e di fatto hanno permesso il collasso del sistema globale una volta messo di fronte alla fragilità del sistema sanitario²⁴. Sono proprio queste mutate dinamiche internazionali ad essere poste al centro dell'opera *Post-Globale*.

Si è accennato al fatto che la realtà globale presenti continuamente delle sfide che trascendono le capacità e le risorse dei singoli Stati nazionali, tuttavia questa affermazione ha assunto un significato del tutto nuovo a seguito del già ricordato sconvolgimento dovuto alla pandemia da Covid-19 che ha dilagato per tutto il 2020 e che, tuttora, tiene in scacco l'ordine globale²⁵. Il periodo attuale e la nuova normalità che ci siamo abituati a vivere sono caratterizzati non solo dalla sospensione a tempo indeterminato, o comunque estrema limitazione, delle libertà che la società post-moderna aveva imparato a considerare come assolute e intangibili²⁶, bensì anche dalla considerazione – o, meglio, presa di coscienza – per cui le crisi sanitarie su scala globale possono avere effetti gravi quanto le crisi economiche come quella del 2008. Anzi, proprio a causa di questa pandemia siamo stati obbligati a riconsiderare i rapporti di precedenza tra economia e sanità e a porre quest'ultima come condizione imprescindibile per qualsivoglia altra attività umana²⁷.

Tuttavia, comprendere l'importanza del ruolo della salute pubblica non è di per sé sufficiente ad arginare le conseguenze del fenomeno pandemico. Il Covid-19 ci ha messi di fronte alla necessità di un

²⁴ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 229 s.

²⁵ Si noti che le conseguenze dello scoppio della pandemia sono state paragonate a quelle derivanti da un conflitto armato. Sul punto Panebianco sostiene che, «nell'incertezza relativa al termine finale ha determinato un effetto prodromico o di attesa, circa un prodotto o rimedio proveniente dal mercato internazionale dei farmaci, ai fini della sua sconfitta. Come secondo effetto immediato ha generato la sospensione dei "grandi eventi" della vita privata e pubblica mondiale, in un quadro di incertezza circa la sua recidività, in una o più parti di Stati o continenti». *Ivi*, 242 n.

²⁶ *Ivi*, 239. L'importanza del tutto nuova che ha assunto il diritto alla salute, osserva Panebianco, ha determinato la sospensione di tutti quei fenomeni – libertà di circolazione delle persone e, più in generale, tutte quelle forme di scambio internazionale – che avevano caratterizzato l'era della globalizzazione. Per questo tuttora si sta assistendo a una sospensione dei regimi liberali.

²⁷ *Ibidem*.

ripensamento dell'intero assetto di *governance* della sanità mondiale sia per quanto riguarda le politiche di profilassi preventiva, sia per quelle di carattere curativo e riabilitativo²⁸. In particolare, per quanto riguarda il profilo preventivo, lo Stato globale ha da subito dovuto sviluppare dei sistemi di monitoraggio continuo degli spostamenti della popolazione (cosiddetto *tracking*), al fine di assicurare la protezione sanitaria anche al di fuori dei confini nazionali. Questo obiettivo è stato raggiunto attraverso una cooperazione multilivello a partire dalle decisioni dei singoli Stati, passando per il livello regionale (europeo) e, infine, coinvolgendo la comunità internazionale²⁹.

In particolare Panebianco osserva che, nella dimensione europea, l'Unione, agendo come possibile ponte di collegamento tra gli Stati nazionali e la comunità internazionale³⁰, ha basato i suoi interventi sulla *recovery* socio-economica ed economico-finanziaria al fine di ricostruire la normalità della libera circolazione di beni, persone, capitali e servizi³¹. L'impegno assunto dalle istituzioni europee³² diventa ancor più importante

²⁸ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 233 n.

²⁹ *Ivi*, 231.

³⁰ In riferimento a questo ulteriore compito cui l'Unione Europea deve assolvere, Panebianco utilizza l'espressione *bridging* proprio per sottolineare la capacità della stessa di essere un "ponte regionale".

³¹ *Ivi*, 233.

Sul punto non manca chi evidenzia le mancanze dell'Unione, soprattutto con riguardo ai primi mesi di pandemia quando le istituzioni europee non sono state in grado di dare un'immediata risposta – da un punto di vista prettamente sanitario – al dilagare del virus. Le decisioni, nei primi mesi del 2020, sono state infatti lasciate nelle mani della potestà normativa dei singoli Stati nazionali, i quali hanno operato per la riduzione al massimo dei costi – umani ed economici – del Covid entro i propri confini nazionali, senza però che nessuno si avvedesse della necessità di una strategia comune. Simile giudizio, tuttavia, non può che apparire eccessivamente severo e ciò sotto almeno due profili: i) la sfida rappresentata dal Covid-19 è un qualcosa che nella storia recente, la storia dell'Unione Europea, non ha precedenti; ii) non può negarsi che le misure approntate dalle istituzioni europee si siano rivelate efficaci e, soprattutto, siano state in grado di arginare le folli spinte sovraniste che avrebbero apportato, ad un clima già fortemente incerto, nuovi elementi di disgregazione sociale. Cfr. A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2020, 405-407.

³² Dal punto di vista della dinamica europea – ma anche internazionale – si può dire che l'intenzione sia quella di procedere alla costruzione di una nuova normalità e non di un ritorno alla normalità precedente. La via per la realizzazione del nuovo equilibrio passa necessariamente anche dall'osservazione dell'esperienza cinese. La potenza orientale, infatti, è stata non solo la prima ad affrontare la drammaticità della diffusione del virus, bensì anche a sviluppare un piano di *recovery* per il ritorno alla normalità. Effettivamente, l'esito della politica di *recovery* cinese può fornire linee guida sulle *best practices* da seguire

una volta considerato il clima internazionale post-pandemico: l'alternativa era quella di favorire l'avanzata del protezionismo sanitario e del populismo con effetti potenzialmente disastrosi sull'intera comunità globale. I singoli Stati nazionali non sono, infatti, in grado di assicurare adeguati livelli di protezione di tre beni giuridici ora più che mai percepiti come essenziali e che Panebianco identifica in: i) sicurezza umana, che garantisce la libertà dell'individuo; ii) sanità pubblica, la quale mira ad offrire il miglior livello di assistenza sanitaria possibile e iii) scienza medica, che non può essere disgiunta dalla sua dimensione di sapere globale³³. Ciononostante, proprio a partire dai singoli Stati-nazione è possibile intravedere una possibilità per un geo-governo, ovvero una sorta di armonizzazione delle prassi interpretative della Carte fondamentali di diversi Paesi che, attraverso la regolazione della condotta pubblica in momenti di grave crisi – come quelli pandemici attuali – sono in grado di fornire una *exit strategy* per il contenimento del Covid-19³⁴. Nondimeno, la sola strategia nazionale non può essere sufficiente per garantire una armonizzazione su scala globale degli interventi, pertanto, diventa di centrale importanza il binomio Stato globale/Stato post-globale. Entrambi sono chiari segni distintivi del processo di trasformazione che sta subendo lo Stato contemporaneo.

Allo Stato post-globale, a partire dal biennio 2019/2020, sono assegnati dei nuovi compiti di democraticizzazione degli Stati di fronte allo spostamento delle loro competenze dalla garanzia dei diritti e delle libertà alla tutela della sicurezza sanitaria. Il passaggio allo Stato post-globale è segnato dal labile confine tra la legislazione e le misure emergenziali e il tentativo sempre più pressante di recupero della normalità³⁵. Lo Stato post-globale, afferma Panebianco, sarà «uno stato rinforzato o rigenerato da una dimensione totale della pan-democrazia. (...) La pan-democrazia non

e sugli interventi, invece, da evitare per raggiungere l'agognato obiettivo del ritorno ad una situazione socio-economico-sanitaria pre-Covid o, comunque e forse più opportunamente, *Covid-free*.

³³ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 237 s.

³⁴ Panebianco individua anche nel nostro ordinamento tali norme e le declina su tre livelli: i) norme sulla libertà di circolazione e sui trattamenti sanitari obbligatori (artt. 16 e 32 Cost.); ii) norme di competenza esclusiva statale in materia di sicurezza sanitaria internazionale e concorrente regionale sulla sanità pubblica (art. 117 Cost.) e iii) norme di principio sulla limitazione di fatto dei diritti di libertà e uguaglianza dei cittadini e sulle azioni positive imposte allo Stato per garantire la loro effettiva partecipazione alla vita economica, politica e sociale del Paese. *Ivi*, 249 s.

³⁵ *Ivi*, 361-363.

significa ritorno alla democrazia urbana o nazionale, ma la coscienza di un necessario istituto di *recovery* globale, di perenne confronto con i rischi imprevedibili di un possibile mondo futuro.»³⁶.

Nel mutato e mutevole contesto pandemico diviene perciò di centrale importanza, secondo il nostro Autore, il dialogo tra i due paradigmi tradizionali dello Stato contemporaneo identificati in *free State* e *recovery State*. L'interconnessione dei valori fondati ciascuno dei due modelli è necessaria per sopperire all'inadeguatezza che della risposta univoca e unilaterale che ciascuno di essi singolarmente considerati può fornire di fronte al continuo evolversi della realtà pandemica.

Il *free State*, è l'erede della tradizione liberale ed è il garante dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui; insieme a *free trade* e *welfare State* è espressione del neoliberalismo politico ed economico. Queste locuzioni considerate congiuntamente esprimono una sorta di triade dei valori essenziali e identificativi dello Stato liberal-democratico pre-Covid³⁷. Il *recovery State*, invece, come espressione del solidarismo e della cooperazione, è il paradigma dello Stato ricostruttore³⁸. Chiarite queste caratteristiche basilari è manifestamente evidente come solo l'incontro tra queste due idee di Stato possa traghettare lo Stato-globale verso la sua nuova forma di Stato post-globale e post-pandemico, ponendosi quale valida alternativa al ritorno degli Stati nazionali³⁹.

Lo Stato post-globale emergente da questo dialogo, da questa unione, potrà riaffermare una democrazia in senso forte⁴⁰, ma contemporaneamente fondare un nuovo tipo di Stato contemporaneo che si ponga non solo come strumento di tutela degli interessi economici, ma anche come nuovo assetto di *global health* e, perciò, come mezzo per il riconoscimento e una tutela forte dei diritti attinenti alla sfera sanitaria.

In questo senso post-globale può essere inteso come momento per la rifondazione di uno *ius unum commune* e, per mezzo di questo, di occasione per l'elaborazione di azioni collettive e multilaterali espressione di una cooperazione tra gli Stati nazione. Le parole d'ordine del nuovo Stato post-globale sono, citando Panebianco, «ricostruzione socio-sanitaria e socio-economica del mondo» per dare voce ad una nuova democrazia che si occupi

³⁶ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 364.

³⁷ *Ivi*, 37.

³⁸ *Ivi*, 324.

³⁹ *Ivi*, 362.

⁴⁰ Democrazia nel senso di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali e che porti con sé un nuovo senso di rifondazione morale e spirituale della collettività.

«della salute del popolo in senso politico e cioè come “rei publicae suprema lex”»⁴¹.

Gli elevati costi socio-economici della crisi sanitaria hanno dimostrato, lo abbiamo già detto, che la tutela della salute deve rimanere al centro dell’interesse collettivo. La stessa, non può essere il corollario delle attività economiche, ma al contrario deve esserne una premessa logica ed indispensabile⁴². Il capitalismo moderno e l’assetto economico-finanziario del mondo globale hanno imposto la trasformazione del giuridico ad un mero vassallo delle logiche imprenditoriali e della speculazione. Questo modo di agire ha smesso di interessarsi al «*futuro giuridico, ma mette in conto scorribande finanziarie e pirateria mercantile*»⁴³; tutto fino al momento dello scoppio della pandemia era dominato da una impellente esigenza di razionalità tecnico-economica come se questa fosse la *conditio sine qua non* della società stessa.

Il Covid-19 ci ha dimostrato quanto fosse sbagliato questo stravolgimento della gerarchia assiologica. La *lex mercatoria* ha profondamente danneggiato non solo il tessuto sociale, attraverso l’imposizione di nuovi conflitti e rapporti di potere – anzi, sarebbe più corretto definirli rapporti di vero e proprio dominio –, ma ha anche disarmato la politica e il diritto rispetto ad emergenze altre rispetto a quelle economiche. Il gioco dei poteri economici ha sterilizzato la politica, i movimenti populistici ne sono un chiaro esempio, con i loro slogan che non incitano alla riflessione, ma anzi mirano all’irriflessa adesione a vuoti contenutistici. La conseguenza, che si è drammaticamente dimostrata nel corso dell’attuale emergenza sanitaria, è l’evidente incapacità della classe politica dirigente di traghettare i Paesi e, di riflesso, l’intero ordine globale fuori dalla crisi senza precedenti rappresentata dal Covid. Probabilmente, ciò che ci resterà dal biennio 2019/2020 sarà una comunità globale dotata di una sorta di “memoria immunitaria”, intesa quale capacità del tessuto sociale e politico di reagire di fronte a possibili e future ondate pandemiche⁴⁴. È bene infine dire che il Covid-19 può essere, nonostante la tragicità del suo dilagare, una opportunità per riportare l’ordine globale, ora post-globale, a ripensare ai valori che realmente contano come democrazia, libertà e uguaglianza, seppur non come sterile esaltazione simil-propagandistica di vuoti concetti.

⁴¹ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 363.

⁴² *Ivi*, 239.

⁴³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, 17.

⁴⁴ N. MACLEOD, *COVID- 19 Metaphors*, in *Critical Inquiry*, 47(S2)/2021, S50.

Mi si conceda in conclusione di prendere in prestito da un recente lavoro di Maurizio Fioravanti⁴⁵ un'immagine, anzi due – il cerchio e l'ellisse – che forse possono essere utili – sperando di non incorrere in un'eccessiva semplificazione – a descrivere la transizione dallo Stato globale a quello post-globale come concepita nel brillante lavoro di Massimo Panebianco. Precisamente, il mondo globale, attraverso l'utilizzo di un paragone matematico, potremmo descriverlo come un cerchio, nel quale tutti i rapporti sono caratterizzati dal riferimento ad un unico centro: la logica economica. Questo modello è fallito o, quantomeno, presenta la forte necessità d'essere ripensato. Ed ecco che entra in gioco la seconda figura evocata da Fioravanti, l'ellisse. Il nuovo ordine post-globale dovrà essere strutturato sulla presenza di due fuochi: i valori consolidati del liberismo e la solidarietà internazionale.

La concezione di Massimo Panebianco è chiara: solo attraverso la composizione di questi valori e la riproposizione di una rinnovata scala assiologica sarà possibile consegnare nelle mani delle generazioni future un mondo rinnovato anche e soprattutto dal punto di vista morale.

3. Istituzioni e antiistituzionalismo.

Lo Stato post-globale è l'ultimo prezioso tassello della analisi, diacronica e sincronica, delle forme di evoluzione dello Stato condotta da Massimo Panebianco. Si tratta di un tassello particolarmente importante giacché, come in un suggestivo gioco di specchi, la stretta attualità (globale) conferma intuizioni decisive già sviluppate e sistemate in testi precedenti, e al tempo stesso questi ultimi, e il testo in oggetto, indicano, con una chiave di lettura definibile di "realismo normativista", prospettive evolutive mai dimentiche della complicatissima interrelazione non solo tra 'interno' ed 'esterno' delle forme della statualità, ma anche delle differenti nature, funzioni e collocazioni geopolitiche degli assetti di potere in rapporto agli imprescrittibili *jura gentium et communicationis* della società globale contemporanea.

Il momento di emergenza globale rappresentato dalla pandemia è evidentemente il fattore contingente che spinge (e molto più delle altrettanto gravi crisi di sviluppo in un contesto di risorse non illimitate, crisi demografiche, crisi rappresentate dai cambiamenti climatici globali) ad

⁴⁵ M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

una riflessione, penetrante come poche altre e decisamente opposta a ogni forma di riduzionismo (come è ogni dualismo semplicistico globalismo/sovranità), sulla poliedricità di quella «forma di governo mista tra Impero e Stato nazionale» che è lo Stato globale, e sulla necessità della tenuta di una rete, composita e plurale, di tipo istituzionale. Come scritto altrove, «il diritto, in quanto istituzione, in quanto ordinamento, in quanto ‘dover essere’, in quanto struttura fondamentale organizzativa e comunicativa (in fondo l’elemento base del diritto è la norma, ossia un contenuto che è insieme doveristico e significativo) istituisce modelli razionali ed essenzialmente stabili di relazione sociale, che tengano insieme particolare e universale, apertura e riconoscibilità, sanzionabilità dei comportamenti e aspirazioni alla giustizia, legalità e legittimità, uniformazione e differenziazione sociale»⁴⁶.

Ebbene la pandemia è rivelativa di quanto sia necessario un tessuto istituzionale connettivo e protettivo (locale, nazionale, europeo, globale) che non sia smagliato da quella che altri hanno definito la ‘prevalenza dell’economico’ (un ‘economico’ oramai quasi sacrale, come dimostrato dalle fondamentali analisi di Luigino Bruni), ma che non sia nemmeno annichilito da un iperpoliticismo che non solo non è in nessun modo opposto (anzi, ne rappresenta la quarta colonna) all’iperliberismo sfrenato, ma che distrugge ogni legittimità, ogni forma e sostanza non solo della democrazia ma delle stesse istituzioni e della connettività sociale da esse tutelata e promossa: i fatti di Capitol Hill, di gravità inaudita⁴⁷, lo

⁴⁶ F. MANCUSO, *Istituzione. L’incontro tra diritto e società*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 192.

⁴⁷ Grave non è stata tanto la pittoresca jacquerie suprematista e razzista che ha violato la sacralità delle istituzioni democratiche, ma l’essere stata quest’ultima promossa da chi avrebbe dovuto essere il *custos* delle istituzioni e della democrazia rappresentativa. È appena il caso di notare che pochi hanno analizzato la performatività e la pericolosità dei discorsi populistici. Eccezione virtuosa l’analisi perfetta di Dominijanni: «è vano domandarsi, di fronte alla diretta da Washington, se si sia trattato “solo” di una sceneggiata o invece di un golpe “vero”, tentato e fallito: perché se anche si trattasse “solo” di una messinscena, sarebbe una messinscena immediatamente produttiva di realtà. La lesione della democrazia americana che ne deriva non è meno effettiva e reale di quella che sarebbe derivata da un tentativo di golpe “vero”: la messa in scena serve precisamente a rendere plausibile, pensabile e realizzabile ciò che prima era inconcepibile, per l’appunto performandolo. Se è andato in onda è accaduto, o comunque può accadere: al cospetto del mondo, e dei molti nemici che non senza ragioni ha nel mondo, la democrazia americana è diventata vulnerabile, e da questo punto di vista il golpe, “reale” o “sceneggiato” che fosse, è perfettamente riuscito». I. DOMINIJANNI, *Lezioni da Washington*, in *Internazionale*, <https://www.internazionale.it/opinione/ida-dominijanni/2021/01/13/lezioni-washington-populismo>.

testimoniano e rimandano alla memoria pagine lucidissime ma forse oggi dimenticate come quelle di *Potere* di Ferrero: «I principi di legittimità hanno il compito di liberare il potere e i suoi soggetti dalle loro reciproche paure, sostituendo sempre più nei loro rapporti il consenso alla coercizione. Essi sono dunque *i pilastri della civiltà, poiché la civiltà è uno sforzo che l'umanità compie per liberarsi delle paure che la tormentano*. Ma se in piena civiltà un popolo vede bruscamente violato il principio di legittimità, su cui si reggeva, e il potere conquistato con un atto di forza, ricade immediatamente nella paura e nella barbarie»⁴⁸.

In questo senso, lo shock epidemico – e intorno a questo elemento fattuale così dirompente si costruisce tutta l'opera di Panebianco – pone dinanzi a un bivio: un sentiero conduce, a guisa di lemmings, al disconoscimento, anche postveritativo, del ruolo integrativo delle istituzioni, al «regresso verso il 'sovranoismo statale'», a processi di «disintegrazione»⁴⁹, ma anche forme ibride o inconsapevoli di antiistituzionalismo come quello rivelato da stolte definizioni di profilassi pubbliche a tutela della salute come «dittatura sanitaria», ovvero pervicaci difese della virtuosità di modelli di gestione sanitaria orientati verso la prevalenza del privato e, proprio per questo, impreparati e inefficaci rispetto all'evento pandemico. In questo impasto indigeribile fatto di mitologici appelli a fantomatici 'popoli', sognati *Ermächtigungsgesetze*, perduranti avversioni a un'Europa che ha mostrato di saper reagire unita alla sfida pandemica, pseudosovranismi che non sono composti da nulla più di egoismi nazionali e addirittura regionali, al punto che si è giunti al grottesco del «sovranoismo regionalistico», di cui G. Viesti ha formulato una precisa critica⁵⁰, rimane su tutto il 'sacro' residuale costituito dalla subordinazione anche delle vite umane all'imperativo dello «sforzo produttivo», in un universo valoriale dove conta, solo ed esclusivamente, il valore economico, al punto di riecheggiare sinistramente le *Lebensunwertes Leben* del nazismo, ovvero il *calculus of lives* di cui parla Hayek in una delle sue pagine più controverse⁵¹.

Il sovranismo si fonda su un equivoco, o meglio, su una menzogna: se esso fosse la riscoperta del ruolo integrativo dello Stato e del pubblico, se

⁴⁸ G. FERRERO, *Potere. I Geni invisibili della città*, Sugarco, Milano 1981, 55-6.

⁴⁹ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 71.

⁵⁰ Cfr. G. VIESTI, *Uscire dal sovranismo regionale*, in AA. VV., *Il mondo dopo la fine del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

⁵¹ F. A. VON HAYEK, *The Fatal Conceit. The errors of Socialism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, 132.

del concetto di ‘sovranità’ acquisisse solo il versante ordinativo, garantistico, limitato, ‘pubblico’ appunto, istituzionale, se non fosse l’esito teratologico della personalizzazione e della disintermediazione della politica, esso contribuirebbe alla legittimazione democratica, anche per mezzo della implementazione dei diritti sociali, nell’ambito dei limiti costituzionali, e della Costituzione sarebbe un inveramento.

Ma così non è, e al contrario esso è una sorta di permanente (e permanente in quanto favorita dall’estensione dei mezzi di comunicazione non di masse, ma di *idiotes* nel senso aristotelico del termine) delegittimazione istituzionale finalizzata ad un marketing politico asfittico, allarmistico, generatore non di fiducia ma di paure, schiacciato sul presente, privo di altri progetti che non siano la conquista del consenso elettorale o, nel caso di elezioni perse, acclamatorio e ostilizzante, fundamentalmente disaggregante ed eversivo.

È un generale processo di repulsione nei confronti di ogni limite, etico, estetico, morale, politico, economico, profondamente e inconsapevolmente introiettato da coscienze permanentemente infelici e bulimiche (e in questo senso perfettamente integrate al culto del consumo illimitato dell’ipercapitalismo contemporaneo)⁵². L’unico limite ammesso non è il tradizionale *limes*, ma il muro respingente, il vallo escludente, i cavalli di Frisia che bloccano e lacerano carni, i mari che affogano. Non è un caso che la presidenza Trump abbia esordito, e sia indegnamente terminata, all’ombra di un muro⁵³. L’avversione a ogni limite e la vanificazione della memoria possono segnare il congedo da forme di civiltà - vale la pena di ribadirlo - che sono acquisite storicamente in modo provvisorio e mai scontato. Ma se con Camus possiamo dire che chi allontana i «limiti eterni» è destinato a essere straziato da «oscure Erinni», con Tony Judt, e in perfetta compatibilità con l’anelito pacifista e realista presente nelle pagine de *lo Stato post-globale*, possiamo dire che dimenticare la lezione del XX secolo è esiziale e autodistruttivo: «la facilità con cui la guerra, la paura e i dogmi possono indurci a demonizzare gli altri, a negare loro un comune senso di umanità o la tutela delle nostre leggi e fare loro cose indicibili»⁵⁴.

⁵² Sulla tabe neoliberale che ha avvinghiato l’Europa vedi M. LA TORRE, “*Nos Europaei*”. *L’Europa come volontà e rappresentazione*, in *Riv. di Fil. del Dir.*, fascicolo speciale, 2019, 45-58.

⁵³ E. SFERRAZZA PAPA, *Le pietre e il potere. Una critica filosofica dei muri*, Mimesis, Milano-Udine, 2020.

⁵⁴ A. CAMUS, *L’esilio di Elena*, in ID., *L’estate e altri saggi solari*, a cura di C. Pastura e S. Perrella, Bompiani, Milano-Firenze, 2019.

T. JUDT, *Che cosa abbiamo imparato (se abbiamo imparato qualcosa)?*, in ID., *Quando i fatti (ci) cambiano (saggi 1995-2010)*, a cura di J. Homans, Laterza, Roma-Bari, 2020.

Molto più accidentata, scoscesa, non lineare, ma certamente non conducente ad esiti catastrofici, è un'altra strada: quella che conduce a «plurimi rapporti di cittadinanza»⁵⁵, che non si restringe nella *Kleinstaaterei*, e che è percorsa da chi ha ben consapevole il fatto che il costituzionalismo dei diritti, e la tutela del primo di essi, il diritto alla vita, può essere promosso e tutelato solo «nell'ottica di una comune appartenenza alla società della famiglia umana», com-unità, dove l'unità è il risultato, e non il fattore dell'essere e vivere con, in modo solidale e non conflittuale⁵⁶. Come scrive Panebianco con acutissima lucidità, «lo Stato della *recovery* post-Covid e dello Stato *Covid-free* è finalizzato alla protezione dei presupposti stessi della società umana mediante una analisi dei suoi fattori o catene di rischio e della sostituzione ad essi di nuovi fattori di benessere etico-sociali. Cosicché, Covid-19 non è una semplice pandemia ma è il segno di una crisi di sistema, che ha prodotto effetti analoghi a quelli di una guerra mondiale non dichiarata»⁵⁷. È uno sforzo «ri-costruttivo», di analisi e di responsabilità morale prima ancora che intellettuale, quello che il nostro tempo privo di respiro esige, quasi di «rigenerazione spirituale»⁵⁸, e non è casuale che il libro di Panebianco si concluda, qui uno dei tanti suoi *beneficia*, con straordinarie citazioni (da papa Francesco) e metacitazioni (il Georg Simmel di *Brücke und Tür* citato dal pontefice): «Bisogna guardare al globale, che ci riscatta dalla meschinità casalinga. Quando la casa non è più una famiglia, ma è recinto, cella, il globale ci riscatta perché è come la causa finale che ci attira verso la pienezza. Al tempo stesso, bisogna assumere cordialmente la dimensione locale, perché possiede qualcosa che il globale non ha: essere lievito, arricchire, avviare dispositivi di sussidiarietà. Pertanto, la fraternità

⁵⁵ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 219.

⁵⁶ Così come prima, a proposito di neoliberalismo e valore delle vite il pensiero non poteva non andare al libricino sulla *Tirannia dei valori* di Schmitt (tanto acuto nell'individuare nell'economicismo dei valori una fonte di permanente conflittualità quanto dichiarato politicamente in modo reazionario nel porre come obiettivo polemico principale la Legge fondamentale tedesca, la sua giurisprudenza per principi e la sua natura intrinsecamente giusnaturalistica), adesso, riguardo allo Stato globale, non si può non pensare a quel saggio in parte visionario che il grande (e pericoloso) giurista tedesco dedicò alla critica dell'idea (wolffiano-kelseniana) di unità del mondo e, per contro, alla necessaria pluralità di questo, che implicherebbe «la possibilità di un equilibrio di forze, un equilibrio di vari grandi spazi, che creino tra loro un nuovo diritto delle genti, a un nuovo livello, e con dimensioni nuove, però, nello stesso tempo, dotato di certe analogie con il diritto delle genti europee dei secoli XVIII e XIX». C. SCHMITT, *L'unità del mondo. Sulla globalizzazione e altri scritti*, PGreco, Roma, 2013.

⁵⁷ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 352 n.

⁵⁸ *Ivi*, 358 n.

universale e l'amicizia sociale all'interno di ogni società sono due poli inseparabili e coesenziali. Separarli conduce a una deformazione e a una polarizzazione dannosa (...). Questo approccio, in definitiva, richiede di accettare con gioia che nessun popolo, nessuna cultura o persona può ottenere tutto da sé. Gli altri sono necessari per la costruzione di una vita piena. La consapevolezza del limite o della parzialità, lungi dall'essere una minaccia, diventa la chiave secondo la quale sognare ed elaborare un progetto comune. Poiché "l'uomo è l'essere-limite che non ha limite"»⁵⁹.

Spetta innanzitutto a noi, piccoli *clerics*, resistere alle malie di ritornanti *trahisons* e materializzare quell'appello che un grande europeo, Stefan Zweig formulò quasi inascoltato alla vigilia di una immane tragedia europea e mondiale: «Più siamo uniti nello spirito, più vaste sono le pianure della vita che possiamo abbracciare con sguardo affettuoso, e anche se non dovesse più toccarci di contemplare il cielo limpido e privo di nubi della concordia che sovrasta l'Europa, teniamo pronta tutta la nostra forza per questo ideale ancora invisibile e dedichiamogli tutta la nostra passione, perché in ogni nazione ogni generazione percepisca come una seconda patria, accanto e al di sopra della propria patria, la sfera di un'Europa disintossicata da ogni odio e diffidenza»⁶⁰. I libri di Massimo Panebianco offrono base, rinforzo, stimolo a questo compito, non facile, non breve.

⁵⁹ M. PANEBIANCO, *op. cit.*, 397 e 399.

⁶⁰ S. ZWEIG, *Appello agli Europei*, Skira, Milano, 2015, 71.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

CHARLIE BARNAO

Nazismo e *managerial science*. Una relazione pericolosa

ABSTRACT - The subject of this article is the cultural connection between Nazism and managerial science. I will address the theme starting from the work of the French historian Johann Chapoutot. In the first part, the general principles and assumptions underlying a cultural history of Nazism will be outlined. Going into more details, I will then move on to consider some fundamental elements of the management culture within the project of Hitler's Germany. In the concluding part of the article, I will present the history and scientific thinking of a central figure in the connection between management and Nazism. It is Reinhard Höhn, SS officer and director of the Institute for State Research at the Friedrich-Wilhelms-Universität of Berlin who, after the war, will translate Nazi ideas into the scientific discipline of management, founding the most important management school in Europe in Bad Harzburg and becoming its most popular and internationally known professor.

KEYWORDS - Nazism - Managerial science - Culture - Reinhard Höhn.

CHARLIE BARNAO*

Nazismo e *managerial science*. Una relazione pericolosa**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Chapoutot e la storia culturale del nazismo. – 3. Cultura del management, guerra e il progetto della Germania di Hitler. – 4. Reinhard Höhn. – 5. Akademie di Bad Harzburg e managerialismo postbellico. – 6. Management per delega di responsabilità. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Oggetto di questo articolo è il rapporto tra nazismo e *managerial science*. Affronteremo il tema a partire dal lavoro dello storico francese Johann Chapoutot, professore di Storia contemporanea alla Sorbona. Esperto di fama internazionale sulla storia del nazismo, Chapoutot¹ si è occupato di management da un punto di vista critico e originale. Lo storico francese fa un lavoro controtendenza rispetto a quell'approccio di studio del nazismo che lo vuole relegare a fenomeno estraneo, irripetibile, distante da tutto ciò che siamo oggi, da tutto ciò che riguarda, oggi, il nostro modo di vivere. Un approccio, quello, che, forse, può piacere perché a volte ci facciamo sopraffare dalla durezza e dalla crudeltà di alcuni fenomeni (il nazismo primo fra tutti), spingendoci a interpretarli come fenomeni estremi sì, ma esterni a noi e al nostro mondo: fenomeni "demoniaci", "irrazionali", di regressione verso la "barbarie". Forse siamo portati a fare questo nel vano tentativo di proteggerci. Lo facciamo per paura, convinti così di esorcizzarli e poterli tenere lontani da noi per sempre.

Invece, purtroppo, spesso si tratta di fenomeni in cui sono protagonisti attori sociali che si muovono all'interno di un universo di significati, perseguendo valori e avendo obiettivi inseriti nel nostro tempo e nei nostri luoghi. Non sono fenomeni culturali impermeabili al mondo che li circonda. Il nazismo nasce e interagisce in un bagno culturale comune europeo e occidentale all'interno del quale assume un ruolo di rilievo la *managerial science*.

* Professore associato di Sociologia Generale, presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Dell'Autore si vedano almeno J. CHAPOUTOT, *Le National-socialisme et l'Antiquité*, PUF, 2008 (rééd. coll. «Quadrige», 2012); ID., *Fascisme, nazisme et régimes autoritaires en Europe-1918-1945*, PUF, 2013; ID., *La Loi du sang. Penser et agir en nazi*, Gallimard, Paris, 2014; ID., *La révolution culturelle nazie*, Gallimard, Paris, 2017; ID., *Libres d'obéir. Le management, du nazisme à aujourd'hui*, Gallimard, Paris, 2020.

Inizieremo delineando i principi generali e i presupposti che stanno alla base di una storia culturale del nazismo. Chapoutot utilizza un approccio esplicitamente weberiano per comprendere il significato che i nazisti danno alle proprie azioni, all'interno di un contesto storico-sociale ben preciso. Scendendo più nel dettaglio, passeremo poi a considerare alcuni elementi fondamentali della cultura del management all'interno del progetto della Germania di Hitler. *Riorganizzare e ottimizzare le risorse* diventa l'attività fondamentale per salvare la razza tedesca dall'estinzione. Al centro di questo modello culturale il principio di *darwinismo sociale* secondo il quale il valore di un individuo è legato alla sua *capacità di performance*.

Nella parte conclusiva dell'articolo presenteremo la storia e il pensiero scientifico di una figura centrale del collegamento tra management e nazismo. È Reinhard Höhn, ufficiale delle SS (dal 1934) e direttore dell'istituto di ricerca statale dell'università di Berlino che, nel dopo guerra, traslerà le idee naziste nella disciplina scientifica del management, fondando la scuola di management più importante d'Europa a Bad Harzburg e diventandone il professore più carismatico e noto a livello internazionale.

2. Chapoutot e la storia culturale del nazismo

Nel suo libro *Libres d'obéir. Le management, du nazisme à aujourd'hui*², Chapoutot, parla dell'ossessione nazista per il management, offrendo una nuova storia critica del management, sostenendo che *l'attuale pensiero manageriale è in parte un'eredità del nazismo*.

Concentrandosi in particolare sulla figura e sull'influenza di Reinhard Höhn (generale nazista e, nel dopoguerra, scienziato del management di fama internazionale), Chapoutot suggerisce ed evidenzia sorprendenti parallelismi e punti di contatto tra la cultura nazista legata alla gestione delle risorse e le moderne tecniche manageriali. *Libres d'obéir* è un libro del 2020 molto attuale se pensiamo quanto il management e la cultura del management siano diffusi: nelle aziende e nella politica.

Parlando del tema politico, che si intreccia con quello della cultura aziendale, pensiamo ad esempio all'impiego sempre più frequente di grandi manager per la gestione della cosa pubblica (ricordiamo, ad esempio, tutto il tema della gestione delle "risorse umane", oggi di

² J. CHAPOUTOT, *Libres d'obéir*, cit. (vedi nota 1).

grandissima attualità). In generale assistiamo ad un incremento della diffusione di una cultura imprenditoriale di tipo manageriale anche in ambito pubblico: è il caso, ad esempio, della sempre maggiore diffusione del *new public management*.

Ma prima di scendere un po' più nel dettaglio, facciamo un piccolo passo indietro per contestualizzare *Libres d'obéir* nell'opera di ricerca storica più generale di Chapoutot. Johann Chapoutot ha, con le sue opere, l'obiettivo dichiarato di ricostruire una storia culturale del nazismo. Per capire il nazismo è necessario prendere sul serio le idee e la visione del mondo dei nazisti. Chapoutot si sforza di mostrare quanto il nazismo sia parte di una tradizione culturale europea e occidentale. Così sottolinea anche nella Prefazione alla traduzione francese dell'opera di James Q. Whitman, *Hitler's American Model*, un testo in cui si fa un parallelo tra le leggi segregazioniste americane e quelle razziali tedesche, evidenziando come le prime furono di ispirazione per le seconde³.

Il metodo che utilizza Chapoutot è quello storico. Analizza migliaia di documenti: scritti ufficiali, circolari amministrative, articoli scientifici, video, fotografie, ecc. Utilizza un approccio dichiaratamente interpretativo di tipo weberiano: comprendere, cioè, il punto di vista degli attori sociali – i nazisti – che agiscono in un determinato contesto. L'obiettivo è, quindi, comprendere qual è il senso che l'attore sociale dà alla propria azione, quale il significato, dal suo punto di vista soggettivo. *Libres d'obéir* prosegue lo studio della cultura nazista, già presente in altri libri di Chapoutot sul nazismo - tra cui ricordiamo: *Il nazionalsocialismo e l'antichità*⁴, la sua tesi di dottorato; *La legge del sangue*⁵, la sua tesi di abilitazione; e *La rivoluzione culturale nazista*⁶. Si tratta in tutti questi casi di ricerche storiche realizzate con lo stesso tipo di approccio.

Libres d'obéir non vuole stabilire una continuità tra management e nazismo. È un libro storico sul nazismo che mette in evidenza la *modernità del nazismo*. Ricordiamo come già Bauman, una trentina di anni fa, pubblica *Modernità e olocausto*, facendo un certo scalpore, mostrandoci come i crimini dell'olocausto non fossero qualcosa di arcaico, ma contemporaneo⁷. Il nazismo è perfettamente integrato nella modernità e nel nostro contesto

³ Cfr. J.Q. WHITMAN, *Hitler's American model: The United States and the making of Nazi race law*, Princeton University Press, Princeton (N.J.) - Oxford, 2017.

⁴ J. CHAPOUTOT, *Le National-socialisme et l'Antiquité*, cit. (vedi nota 1).

⁵ J. CHAPOUTOT, *La Loi du sang*, cit. (vedi nota 1).

⁶ J. CHAPOUTOT, *La révolution culturelle nazie*, cit. (vedi nota 1).

⁷ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust*, Basil Blackwell, Oxford, 1989.

storico. Tutto questo è in contrapposizione ad una visione che lo vorrebbe avulso, quasi estirpato, come fenomeno eccezionale e irripetibile della nostra storia.

Il nazismo con i suoi protagonisti, le sue idee, le sue visioni della vita è parte del nostro mondo. Certo ciò non significa che il nazismo non vada contestualizzato in condizioni strutturali specifiche legate ad un certo periodo storico, alla fine della prima guerra mondiale. Non va dimenticato, quindi, il fatto certo che i nazisti fossero particolarmente radicali, violenti e brutali nelle loro pratiche. Ma gli elementi essenziali che costituiscono i fondamenti del nazismo (imperialismo, militarismo, eugenismo, darwinismo sociale, razzismo e antisemitismo) non sono un'invenzione nazista e neanche un'invenzione tedesca. I nazisti spingono fino alle estreme conseguenze alcune caratteristiche strutturali importanti della nostra modernità occidentale della seconda metà del XIX secolo, nell'attuazione di un progetto che è figlio di una visione escatologica, per realizzare un progetto salvifico: *salvare la Germania, salvare la razza tedesca dall'estinzione*.

3. *Cultura del management, guerra e il progetto della Germania di Hitler*

Tutto questo è strettamente legato alla *cultura del management*. Era necessario per il progetto tedesco – per questo grande obiettivo di “salvezza” – ricostruire il potere della Germania, armandola e riorganizzandola. Appena saliti al potere, nel 1933, i nazisti avevano necessità di produrre, in modo straordinario e senza precedenti, armamenti e apparecchiature tecnologiche con una popolazione scarsa (che nel 1939 sarà ulteriormente diminuita per l'impiego militare).

Sorgono, quindi, due problemi tra di essi collegati: il Reich si dilatava in modo notevole dopo il 1938 con annessioni e conquiste; lo faceva con un personale amministrativo che, per lo stesso motivo (cioè per la mobilitazione di 18 milioni di uomini tra il 1939 e il 1945), diminuiva. Quindi: bisognava *riorganizzare e ottimizzare le risorse*. Era questo il compito di una classe di giovani molto preparati e ambiziosi che si erano formati e istruiti sulla organizzazione del lavoro nel *Menschenführung* (cioè “comando”, “leadership”, “guida”) termine che germanizza il termine britannico e americano di *management*.

Diventava necessario, quindi, *fare il più possibile con meno mezzi possibili. Ottimizzare le risorse scarse*⁸. Chapoutot⁹ cita il caso di Herbert Backe, Segretario di stato dell'agricoltura del Reich, il quale scrive una circolare, un normale documento amministrativo, in cui si pianifica una carestia che porterà alla morte milioni di persone: il famoso *Hungerplan*. Backe era stato personalmente nominato dal ministro del Reich per i territori orientali occupati, Alfred Rosenberg, come Segretario di Stato (Staatssekretär) del Reichskommissariat dell'Ucraina dove può attuare la sua politica strategica, il Piano della fame (*Der Hungerplan* o anche *Der Backe-Plan*). La capacità di trasporto delle ferrovie russe, l'inadeguata rete stradale e la carenza di carburante implicavano il fatto che l'esercito tedesco avrebbe dovuto sostentarsi requisendo cibo dalle fattorie sovietiche ed ucraine. L'obiettivo del "Piano della fame" era quello di infliggere una "fame di massa" deliberata alle popolazioni civili sotto l'occupazione tedesca, dirigendo tutte le scorte di cibo alla popolazione tedesca e alla Wehrmacht sul fronte orientale. Secondo lo storico Timothy Snyder, come risultato del piano di Backe, 4,2 milioni di cittadini sovietici (in gran parte russi, bielorusi e ucraini) furono fatti morire di fame dagli occupanti tedeschi nel periodo 1941-1944.

Per l'attuazione del suo piano, Backe invia una circolare ai suoi funzionari che lasceranno il fronte orientale nel giugno del 1941. In questo documento scritto si trovano, come prevedibile, molti elementi di radicalità e violenza razzista (contro gli slavi ecc.), ma si trovano anche (è questo è più sorprendente!) termini ed espressioni molto attuali della scienza manageriale come: "agilità", "flessibilità", "aggressività", "prendere l'iniziativa". Quella circolare – che è uno delle migliaia dei documenti analizzati nel suo lavoro di analisi storica – secondo Chapoutot ricorda da molto vicino, per i termini utilizzati e per il linguaggio, "un documento commerciale di una grande azienda multinazionale".

⁸ Un principio, questo, molto attuale della rivoluzione neoliberale, che si sente spesso recitare anche dalla politica odierna, fino ad arrivare a casi estremi. È, ad esempio – giusto per ricordarci quanto sia attuale ciò di cui stiamo parlando, e per citare un episodio abbastanza rilevante e molto recente e – il caso della bozza del *piano pandemico italiano* per il 2021-2023, pubblicata il 10 gennaio 2021. In quella bozza si legge, con riferimento alle risorse delle terapie intensive, che «quando la scarsità rende le risorse insufficienti rispetto alle necessità, i principi di etica possono consentire di allocare risorse scarse in modo da fornire trattamenti necessari preferenzialmente a quei pazienti che hanno maggiori possibilità di trarne beneficio». Tradotto: "in situazione di scarsità di risorse, lasciate morire i meno sani".

⁹ J. CHAPOUTOT, *Libres d'obéir*, cit. (vedi nota 1).

Il nazismo voleva modernizzare la società, voleva costruire automobili per tutte le famiglie (la Volkswagen, la “macchina del popolo”, doveva essere la “Ford T” del Reich: un incentivo, una ricompensa e la punta di diamante della motorizzazione tedesca), voleva incrementare l’innovazione tecnologica. Tutto ciò era anche l’eco di quanto stava accadendo negli USA: sappiamo, storicamente e culturalmente, quanto forti siano i collegamenti ad esempio tra Ford, IBM e nazismo. Ciò avveniva grazie a discipline di grande sviluppo come il marketing e il management, che i tedeschi ammiravano per i principi di “velocità”, “aggressività”, “flessibilità”, che li caratterizzavano. Si trattava di principi che si contrapponevano alla rigidità istituzionale e amministrativa che i nazisti vedevano, ad esempio, plasticamente rappresentata dal modello di organizzazione amministrativa francese, dallo Stato francese.

Contrariamente a come molti di noi spesso vedono i tedeschi (rigidi, estremamente gerarchici ecc.) quel periodo culturale puntava alla realizzazione (e ne rappresentò nei fatti l’avvento) di quella che i tedeschi stessi chiamano la *libertà germanica*. Dietro di essa c’è un messaggio culturale, razziale e biologico molto chiaro, di cui Chapoutot parla anche nel suo libro *La legge del sangue*: il cittadino tedesco si auto-organizza e si fa dominare spontaneamente da un altro tedesco; il tedesco è libero perché è sano nel corpo e nella mente¹⁰. Sono i malati, cioè i meticci, i “bastardi razziali”, che hanno bisogno delle catene della norma e delle catene dello Stato per organizzarsi. *Il tedesco invece è naturalmente libero*. Chapoutot fa un’analisi testuale di documenti dai quali emerge come la “libertà germanica” non sia in contrapposizione con l’idea di una catena di comando. Nello svolgimento delle missioni che i nazisti devono realizzare vengono utilizzati termini come “individualità” e “attitudine individuale”, “impegno”, “coinvolgimento personale”, “desiderio personale” che devono essere incarnati, corpo e anima, nella missione. Anche questi sono tutti temi molto cari e vicini alla cultura aziendale contemporanea. È importante sottolineare che l’anima del Reich è costituita dalla *comprensione delle leggi della natura* ed è a questo proposito che i nazisti rivendicano la loro “libertà di obbedienza” al Führer. Il Führer non ottiene obbedienza per elezioni democratiche, né per ragioni di nascita.

Nel primo caso possiamo leggere un implicito riferimento al concetto, espresso da Weber¹¹, di *potere legale razionale*, cioè legittimato dalle leggi; nel secondo caso si può leggere un implicito riferimento al *potere tradizionale*,

¹⁰ Cfr. J. CHAPOUTOT, *La Loi du sang*, cit. (vedi nota 1).

¹¹ Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922.

ciò legittimato dalla tradizione¹². Il tedesco, secondo Chapoutot, obbedisce al Führer perché quest'ultimo è colui che ha meglio compreso "le leggi della natura e della storia". E qui abbiamo, infine, un implicito riferimento al *potere carismatico*: il carisma, la qualità straordinaria del Führer sulla quale si basa il suo potere, è quella quindi di avere meglio di chiunque altro compreso le leggi della natura¹³.

Obbedendo al Führer faccio il mio bene, proteggo la mia salute, la mia prosperità, la mia procreazione, la prosecuzione della mia razza. Se io obbedisco al Führer, sono libero. Sono altri popoli europei coloro i quali restano schiavi dello Stato e delle norme; oppure sono gli orientali che restano asserviti ad un potere bolscevico. L'esperienza e la visione nazista del mondo costituiscono una vera e propria "Rivoluzione culturale". Chapoutot ne parla esplicitamente e approfondisce il tema in un testo, appunto, dal titolo *La rivoluzione culturale nazista*¹⁴. È la rivoluzione culturale dell'idea di individuo, a partire dall'uomo tedesco. Si tratta di una rottura fondamentale con la tradizione giuridica europea: i nazisti dicono che l'essere umano non ha valore e dignità in senso assoluto, ma li ha in base alla sua produttività, alla sua prestazione alla sua redditività. La performance è al centro.

Il valore di un individuo è legato alla sua capacità di performance. Il razzismo nazista, infatti, è eugenetico: non basta avere il giusto sangue e il giusto colore della pelle, occorre anche essere pienamente impiegabili nel sistema produttivo e riproduttivo. La violenza dei nazisti, quindi, si abbatte contro le persone non redditizie, improduttive, in una parola "non performanti". Si ha dignità di vivere solo se ci si mostra performante da un punto di vista sportivo, sessuale, economico, oppure in qualità di guerriero che difende il Reich. Chi non è considerato abile è destinato alla sterilizzazione (ricordiamo le oltre 400.000 sterilizzazioni in Germania dal 1933 al 1945) o soppressione (a partire dall'ottobre 1939 iniziano le soppressioni di massa).

Si tratta di una "selezione naturale" che avviene in un contesto di guerra di tutti contro tutti, per la conquista delle risorse scarse e degli spazi. È qui che c'è la modernità del nazismo, in un contesto di vero e proprio *darwinismo sociale*. Su quest'ultimo concetto Chapoutot insiste molto nei suoi libri. Esistono forme di razzismo (ad es. colonialismo) dappertutto, ma i nazisti sono i campioni di darwinismo sociale. In un mondo che ci

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ J. CHAPOUTOT, *La révolution culturelle nazie*, cit. (vedi nota 1).

circonda, che è sempre in guerra (I guerra, guerre coloniali, ecc.), resiste e sopravvive solo chi è un *campione della performance* (principio tipico del management neoliberista). Come già ricordato, il Führer è colui che meglio comprende le regole della natura e il cittadino tedesco obbedisce “liberamente” a lui perché così si salva, unendosi con gli altri “camerati nella razza”. Tutto ciò accade in una dimensione tipicamente politica.

Nel mondo economico accade qualcosa di analogo e corrispondente. Il capo non è un capo autoritario, ma è un leader e gli altri membri della società, dell'azienda, sono “camerati produttivi”, il tutto in una perfetta analogia col mondo politico. Quello che vuole il mio leader è il meglio per me e mi sento libero di obbedire: mi vengono indicati gli obiettivi (io non partecipo alla loro definizione) e ho una notevole libertà di scegliere i mezzi per perseguirli. “Libertà”, quindi, è la parola d'ordine della cultura del management attorno alla flessibilità e alla libertà d'azione che viene lasciata agli individui per raggiungere gli obiettivi. Un discorso ossessivo dei giuristi nazisti è quello per cui la norma ha valore relativo, non ha valore assoluto e dipende dall'obiettivo. E l'obiettivo è la prosperità, la protezione, la moltiplicazione della razza. Da qui la concezione del diritto, ma anche la concezione del leader, la concezione dell'organizzazione e la concezione della *menschenführung*.

4. Reinhard Höhn

È arrivato adesso il momento di introdurre ed approfondire la figura di un uomo centrale dell'analisi storica e sociale compiuta da Chapoutot. Un nazista, uno studioso, un giurista, un accademico, che è al centro del discorso dello storico francese e incarna, per molti versi, la sintesi del pensiero nazista fin qui espresso, avendolo promosso ed essendone egli stesso protagonista. È Reinhard Höhn che, nel dopo guerra, traslerà le idee naziste nella disciplina scientifica del management. Reinhard Höhn, ufficiale delle SS (dal 1934) e direttore dell'istituto di ricerca statale dell'università di Berlino, è infatti uno dei pionieri della disciplina nazista del management.

Nato a Graefenthal, in Turingia, il 29 luglio 1904, Höhn è uno dei giovani tecnocrati e accademici della classe media che hanno fatto carriere sfavillanti nel Terzo Reich. È, infatti, una persona rappresentativa di una nutrita generazione di giovani molto ben istruiti presso le università

tedesche¹⁵, che in genere arrivavano al dottorato, e che alla fine degli anni 1920 militavano all'interno di associazioni di estrema destra – che non necessariamente erano naziste – alle quali in quegli anni, se si voleva fare carriera e promuovere le proprie idee, era necessario unirsi¹⁶.

Dopo aver studiato giurisprudenza in varie università tedesche, e aver militato in varie organizzazioni di estrema destra, quindi, Höhn entra nel partito nazista il 1° maggio 1933 e nelle SS un anno dopo. Quella forza nascente sollecitava Höhn, e i giovani come lui, ad unirsi per dare forza alle strutture amministrative che si stavano formando per la costituzione dell'élite naziste (le SS erano l'élite dell'élite: molto ben formate ed addestrate e con militanti radicali). È a persone come Höhn e come Himmler, leader delle SS, che vengono promesse le chiavi della Germania e dell'Europa del futuro. All'interno delle SS, Höhn viene elevato al grado di *Standartenführer* (colonnello) nel 1939, e viene nominato *Oberführer* (generale) nel 1944, finendo la guerra con questo grado.

Parallelamente alla carriera nelle SS, Höhn fa una rapida e brillante carriera accademica. Nel 1935 diventa professore a contratto a Heidelberg e un anno dopo diviene membro dell'Accademia di diritto tedesco. Dal 1939 (fino alla fine della guerra) è professore all'Università di Berlino, divenendo anche direttore dell'Istituto di ricerca statale presso l'Università di Berlino. Höhn (che dal 1935 divenne anche consulente legale di Heydrich e che era anche grande appassionato di storia e sociologia), dal punto di vista scientifico, proponeva una filosofia del diritto che sosteneva il principio di leadership (*Führerprinzip*) e la completa sottomissione dell'individuo alla Comunità nazionale (*Volksgemeinschaft*) nazionalsocialista, definita come una “comunità di specie” basata sul sangue e sul suolo.

Inizialmente vicino a Carl Schmitt – che corteggiava assiduamente senza però riceverne il riconoscimento che si aspettava – gli si allontanò poi radicalmente attraverso la sua de-costruzione storica e la sua svalutazione giuridica della nozione di Stato. Il pensiero di Höhn a questo proposito appare già molto chiaro e particolarmente visibile in un testo del 1934 intitolato *Mutazioni del pensiero costituzionale*. Höhn opera una reinterpretazione storica del concetto di Stato per dimostrare il suo carattere obsoleto. La nozione di Stato, secondo Höhn, è solidale con il dominio dei sovrani dell'era moderna, apparsi in Italia durante il Rinascimento, prima di vivere una brillante maturità nella Francia di Richelieu e Luigi XIV.

¹⁵ Chapoutot cita, tra gli altri, anche Werner Best, Wilhelm Stuckart, Otto Ohlendorf. Cfr. J. CHAPOUTOT, *Libres d'obéir*, cit. (vedi nota 1).

¹⁶ Cfr. R.S. WISTRICH, *Who's who in Nazi Germany*, Routledge, London, 2013.

Radicato in un'età passata, lo Stato non è più rilevante nel tempo e nell'età della "comunità". Höhn sottolinea che "non è lo Stato che crea il popolo, ma è la comunità del popolo che crea lo Stato". Quest'ultimo è un mero strumento secondario e non la realtà suprema. Su questo punto si distanzia in modo netto da Schmitt. La colpa di Schmitt - cattolico, innamorato dell'Italia e della Francia - è di essere irrimediabilmente attaccato allo Stato, principio e fine della vita legale. Troppo cattolico, troppo romano, troppo latino e teologo, Schmitt, nel diritto interno, è "un uomo di Stato e non di razza". Per Höhn, quindi, Schmitt appare un uomo del passato.

Dal punto di vista del pensiero e della sua attività come giurista, durante il nazismo e la guerra, Chapoutot definisce Höhn "una sorta di Josef Mengele della legge". Nelle sue conferenze durante la guerra, Höhn giustifica dal punto di vista legale le pene draconiane (inclusa la condanna a morte), anche per crimini minori, specialmente contro i polacchi e altri popoli occupati. La volontà della comunità razziale tedesca, incarnata nel Führer, aveva soppiantato, nell'insegnamento di Höhn, ogni residuo di diritti individuali e garanzie democratiche fornite da un sistema legale liberal-razionale.

Ma facciamo un piccolo passo indietro. Come abbiamo già detto dal 1939 Höhn diventa direttore dell'Istituto di ricerca statale presso l'Università di Berlino. L'Istituto di ricerca statale è un importantissimo anello di congiunzione tra l'SS e l'università, e ha tra i suoi principali obiettivi, studiare *il modo di adattare le strutture amministrative all'espansione dell'impero* che, come abbiamo già anticipato, è un aspetto strategico fondamentale per la sopravvivenza e l'azione del Reich.

La rivista scientifica di riferimento a partire dal 1941 è "Reich - Volksordnung - Lebensraum" (Impero, Ordine del popolo, habitat), la rivista di geopolitica più importante del Reich, e Höhn la dirigerà fino al 1944. In essa vengono pubblicati articoli scientifici che si occupano principalmente dell'applicazione delle scienze amministrative ad un impero in grandissima espansione. Gli autori che scrivono in questa rivista sono ovviamente euforici per questa epoca storica importantissima che vivono, ma non nascondono i grandi problemi che si trovano ad affrontare: *bisogna fare molto, molto di più con molto meno e senza lamentele*, senza infastidire una gerarchia che ha altro da fare che non ascoltare le problematiche e le lamentele, ad esempio, di un amministratore in Bielorussia, che deve invece imparare a cavarsela da solo. La soluzione sta in quello che diventerà un concetto centrale della teoria manageriale di Höhn: *il principio della delega della responsabilità*. I sottoposti devono

conoscere ma non partecipare alla scelta degli obiettivi ultimi e devono perseguire tali obiettivi in modo autonomo attraverso la scelta – questa sì autonoma - e l'uso di tutti i mezzi necessari. Höhn continuerà a dirigere l'istituto statale di ricerca dell'università di Berlino fino alla fine della guerra.

5. *Akademie di Bad Harzburg e managerialismo postbellico*

Una volta finita la guerra, Höhn e altri ex colleghi (tra cui Justus Beyer e Franz-Alfred Six), continueranno ad occuparsi e a scrivere su molti degli stessi problemi economici, politici e di diritto che avevano trattato presso l'Istituto di Ricerca Statale dell'università di Berlino. Ovviamente tutto ciò avveniva in un contesto radicalmente nuovo e diverso: quello politico ed economico postbellico.

Höhn, quindi, forte della sua esperienza e del suo lavoro all'Istituto di Ricerca Statale dell'Università di Berlino, dopo essersi nascosto per quattro anni (farà il naturopata), alla fine degli anni '40, costituisce un *think tank* con lo scopo di formare dipendenti d'altissimo livello aziendale. L'idea è quella di creare una grande scuola di management e gestione d'aziende che per la Germania sia l'equivalente dell'Harvard Business School. Per potere realizzare questo suo progetto Höhn utilizzerà, dopo la guerra, una forte rete di protezione e solidarietà dei nazisti (ricordiamo come poco dopo la fine della guerra la priorità è la lotta al comunismo): sono migliaia i nazisti che ne beneficiano (chi andrà in America latina, chi in Germania occidentale; andranno a lavorare negli ospedali, nell'intelligence, nell'università, nella diplomazia ecc.). In particolare Höhn beneficerà della rete di solidarietà del settore privato, che ricicla molti nazisti. Ciò accade, molto semplicemente, perché l'industria tedesca – che aveva avuto un periodo molto florido durante il nazismo – aveva creato una importante rete di contatti composta, dopo la guerra, da molte delle stesse persone che costituivano la rete internazionale durante la guerra stessa. Un vero e proprio capitale sociale di contatti che viene attivato e che è costituito da importanti professionisti e colleghi di Höhn.

I tedeschi fondano, così, la scuola di management più importante d'Europa a Bad Harzburg nel 1956. È Reinhard Höhn che la crea, è lui che la dirige ed è il professore più carismatico e il più importante insieme con altri ex-SS come Justus Beyer (che insegna Diritto commerciale) e Franz-Alfred Six (che insegna Marketing). Dopo il 1945 Höhn non è soltanto un

tedesco che termina la guerra con il grado di generale delle SS, ma pubblica tantissimi lavori e studi particolarmente rilevanti sulla teoria e sull'applicazione del management.

Höhn, ci ricorda Chapoutot, non deve cambiare una virgola del suo pensiero e delle teorie che aveva applicato durante il nazismo: lo Stato, considerato un mezzo, veniva sostituito dalle aziende private e, dall'altra parte, la gestione manageriale, il *Menschenführung*, ottimale in termini di produttività, diventa una sorta di management liberale. I nazisti lo avevano capito molto bene prima del 1945 e, dopo il 1945, *il management per delega di responsabilità* (questa la sua formalizzazione scientifica) diventava una derivazione diretta della matrice teorico-metodologica nazista degli anni 30.

Sono anni importantissimi per Höhn. Le sue pubblicazioni hanno un grande successo e anche la scuola ne ha: formerà circa 600.000 dirigenti per 2.600 aziende. Gli studenti formati all'Akademie di Bad Harzburg sono dirigenti, funzionari, inviati dai loro datori di lavoro, per poche settimane o pochi mesi, per formarsi in management. Si tratta di una scuola di formazione continua di altissimo livello, paragonabile alla sua controparte francese, INSEAD (fondata nel 1957), o a qualsiasi scuola di business di altissimo livello internazionale.

E, così, tutti insieme e allo stesso tempo, l'élite e i protagonisti del "miracolo economico tedesco", si ritrovano nei seminari di Reinhard Höhn e dei suoi colleghi: Aldi, BMW, Hoechst, ma anche Bayer, Telefunken, Esso, Krupp, Thyssen, Opel, per non parlare di Ford, Colgate, Hewlett-Packard e persino la regina tedesca del sexy shop e del porno, Beate Uhse International che, come altre 2.600 aziende, mandano i propri manager ad ascoltare e seguire le eccellenti lezioni degli ex uomini delle SS. I tedeschi vanno tutti a questa scuola ed è un tale successo – Höhn è un sostenitore della tesi che l'amministrazione pubblica debba adeguarsi agli standard del privato – che anche l'amministrazione pubblica manda lì a formarsi ai suoi dirigenti. L'esercito manda lì i propri ufficiali. Sulla base di un tale enorme successo, il metodo di management insegnato nella scuola diventa una sorta di marchio registrato, che si chiama, come abbiamo anticipato, *management per delega di responsabilità*.

6. *Management per delega di responsabilità*

All'Akademie di Bad Harzburg vengono insegnati i principi del *management per delega di responsabilità*. Si tratta di una forma di management

in cui i protagonisti sono “liberi di obbedire”. L’individuo non sceglie gli obiettivi, ma sceglie solo gli strumenti per perseguirli. La responsabilità dell’eventuale fallimento è tutta individuale. Si tratta di un approccio che ha alcuni punti di contatto a quello di Peter Drucker, ma è anche la risposta tedesca alle teorie manageriali del francese Henri Fayol. Drucker, lo ricordiamo, è uno dei padri del management moderno, e ha elaborato la teoria del management per obiettivi, negli anni 1950 negli USA. Il messaggio del management per delega di responsabilità è un messaggio culturale chiaro da dare ai cittadini: “Siete liberi! E se fallite è colpa vostra!” L’approccio proposto da Höhn, con il suo impenitente darwinismo sociale, trovava terreno fertile nel mondo del miracolo economico (1950-1970), del miracolo economico tedesco in particolare, con le nozioni di “crescita massima”, “produttività” e “concorrenza”, che avevano precedentemente guidato l’inesorabile ricerca nazista di produzione e potere.

Höhn ha trasposto le tattiche di missione (*Anfragestaktit*) nel business, con la sua *gestione tramite delega*, una gestione antiautoritaria e quindi adatta alla nuova cultura democratica. I capi devono assegnare un obiettivo e un tempo di realizzazione; quindi poi *osservano*, *controllano* e *valutano* la risposta dei lavoratori. Il sistema nazista diventa una sorta di co-management, utile anche a prevenire i conflitti tra capi e dipendenti (concepiti come compagni-collaboratori), stroncando ogni desiderio di contestazione sul nascere. I lavoratori di un’azienda sono uniti dagli stessi legami organici dei membri di una comunità naturale. La gestione tramite delega di responsabilità divenne, quindi, il nucleo centrale del metodo manageriale insegnato a Bad Harzburg.

Il cosiddetto *metodo di Bad Harzburg*, che per decenni è stato l’orgoglio della FRG (Federal Republic of Germany), in particolare, sulla base di quanto ci dice Chapoutot, si può sintetizzare in alcuni punti: delega di responsabilità, sistema di controllo, leadership non autoritaria, darwinismo sociale. Per quanto riguarda la delega di responsabilità, abbiamo già detto: il dipendente sceglie solo i mezzi non i fini¹⁷. La delega è affiancata, comunque, da un sistema di controllo che si basa sulla paura e sul dominio per la massimizzazione del profitto (il caso di ALDI, di cui parleremo più avanti, ne è un chiaro esempio). La dinamica organizzativa si basa su uno stile di leadership non autoritaria. Tuttavia, è bene ricordare a questo proposito, che anche se il funzionamento dell’organizzazione è pensato per essere “non autoritario”, rimane completamente gerarchico, perché il rapporto fondamentale resta quello tra il leader e l’esecutore. Il leader,

¹⁷ Cfr. J. CHAPOUTOT, *Libres d’obéir*, cit. (vedi nota 1).

contrariamente alle pratiche fino ad allora in vigore, non prescrive l'azione nei dettagli più precisi della sua esecuzione. Si limita a "linee guida" in termini di "obiettivi". Il ruolo del leader è ordinare (un risultato, ad esempio), quindi osservare, controllare e valutare. Il tutto avviene sullo sfondo della metafora della guerra (parallelo con il mondo del business) che richiama, nei fatti, il principio del darwinismo sociale.

Il metodo di Bad Harzburg, anche per quanto riguarda l'idea di Stato, non fa altro che replicare, anche per la forma organizzativa, le idee naziste rispetto allo Stato. Ricordiamo che i nazisti odiavano lo Stato perché è una realtà "straniera" (importata dalla cultura di giudeo cristiani rafforzati dal prestigio di Luigi XIV) e imposta con le armi. Lo Stato è una realtà aliena alla quale viene contrapposto il concetto di "libertà germanica". Lo Stato quindi è, inoltre, una realtà statica che si oppone al flusso e alla "dinamica della vita e del sangue" ed è un ostacolo, fatto di norme che bloccano la libera iniziativa, di funzionari che incarnano la norma e che costituiscono la burocrazia. Ecco perché i nazisti odiano la burocrazia e i dipendenti del servizio pubblico. Quindi bisogna sostituire lo Stato con qualcosa che davvero rispetti le leggi della natura che sono: "rapidità", "aggressività", "dinamicità". Gli attori che hanno queste caratteristiche sono delle società, delle organizzazioni, delle istituzioni che vengono definite per un budget, per un progetto e per una missione. Queste società costituiscono uno strumento rapido, flessibile, duttile. Questa forma organizzativa si sposa con ciò che Höhn aveva già teorizzato intorno a agli anni 1930, e che era stato messo in atto a partire dal 1933, polverizzando lo Stato, minandolo al suo interno, attraverso la moltiplicazione delle agenzie e delle organizzazioni poste sotto la bandiera del III Reich. Si tratta di agenzie e organizzazioni che vengono costituite sulla base dei principi del management all'interno di un generale processo di disgregazione dello Stato. Su tutti questi presupposti, i principi insegnati a Bad Harzburg vanno applicati anche al settore pubblico in una prospettiva anti-statale e pro-agenzie/istituzioni societarie. Il modello di Höhn appare così, secondo Chapoutot, come un vero precursore del *new public management*. Può essere interessante notare come – sebbene il new public management (che si sviluppa a partire dagli anni 70) si sviluppi come una componente strutturale, ontologica, del neoliberismo (il quale a sua volta deriva da una matrice esplicitamente antinazista) – l'odio profondo dei nazisti per lo Stato è incarnato dal pensiero di studiosi come Höhn già 40 anni prima dell'avvento del new public management.

Tuttavia, quando all'improvviso il passato di Höhn viene a galla, la scuola di Bad Harzburg cade in disgrazia. Il 9 dicembre 1971, il passato nazista del professor Höhn viene alla ribalta in un devastante articolo su *Vorwärts*, storico quotidiano socialdemocratico. Scoppia lo scandalo. Una lettera aperta viene inviata da famosi scrittori, tra cui Siegfried Lenz, Erich Kästner e Günther Wallraf, al Ministro della Difesa, Helmut Schmidt. Pochi mesi dopo, nel marzo 1972, il ministro ha deciso: la collaborazione della Bundeswehr (forze armate) con l'Accademia di Bad Harzburg è terminata. Da quel momento inizia il declino reputazionale. Nel 1989, infine, l'Accademia di Bad Harzburg, che soffriva notevolmente della reputazione del suo leader, va in fallimento. Höhn continua comunque a pubblicare fino al 1995. Quando muore, nel 2000, viene salutato dalla stampa internazionale come un grande pensatore del management contemporaneo.

Tra i suoi tanti seguaci contemporanei, spicca il nome di ALDI. ALDI (acronimo di ALbrecht-DIScount) è una multinazionale tedesca (con un fatturato 45,5 miliardi, 40.000 dipendenti in Germania e 148.000 nel mondo) attiva nel settore della grande distribuzione organizzata, ed è una delle principali aziende del mondo nel suo settore. ALDI è un punto di riferimento della società dei consumi tedesca sin dagli anni 1950 e vero inventore del sistema dei discount. Il suo principale concorrente è Lidl. Nel 2012, un dirigente della catena di vendita al dettaglio Aldi, Andreas Straub (2012), pubblica un libro ("Aldi - Einfach billig: Ein ehemaliger Manager packt aus") sulla sua dolorosa esperienza come manager di un centro di distribuzione presso l'azienda e descrive il mondo opprimente di costante controllo e minaccia di Aldi. Aldi rivendica con orgoglio, sin dalle sue origini, il metodo di gestione di Bad Harzburg, come specificato nel suo manuale gestionale.

La sezione M4, intitolata "Gestione dei dipendenti", specifica:

[il responsabile di settore] cercherà di sviluppare la discussione con tutto il team applicando il modello di Harzburg. Questo modello di gestione si caratterizza per il principio della delega, ovvero la trasmissione di compiti e responsabilità a un dipendente, il quale accetta quindi il monitoraggio critico e il controllo dal superiore gerarchico. [...] Il superiore gerarchico fissa obiettivi e scadenze individuali per ogni dipendente. L'essenziale sta nella fissazione di "obiettivi", nella prescrizione di "scadenze" per il completamento e nell'esercizio del "controllo".

Così Andreas Straub scrive nel suo libro e, dopo di lui, il settimanale tedesco Der Spiegel che, il 30 aprile 2012, dedica un dossier a questa vicenda. In un'intervista alla rivista, l'autore del libro afferma: "Il sistema vive di totale controllo e paura. Tutto sembra a posto per garantire la 'massimizzazione del profitto'". Straub continua sottolineando come "il monitoraggio delle attività e del loro tempo di esecuzione è permanente, anche mediante telecamere che riprendono i dipendenti". Conclude dichiarando che "A causa dell'illegalità del processo, Aldi preferisce inviare 'finti clienti' ai propri negozi per 'acquisti di prova' che hanno lo scopo di valutare le prestazioni dei cassieri"¹⁸.

7. Conclusioni

Il lavoro di Chapoutot è estremamente interessante e per certi versi illuminante. Innanzitutto è uno studio culturale approfondito ed è utilissimo specie per chi utilizza un approccio culturalista negli studi sociologici legati a fenomeni sociali contemporanei. Chapoutot, con la sua storia culturale, infatti, contribuisce sia alla storia del management che ad una linea più ampia e consolidata di teorizzazione critica sulla modernità. Il pensiero manageriale dei nazisti, comunque, differisce da altre teorie emerse nel contesto del capitalismo industriale del XX secolo.

Certo l'attenzione dei nazisti verso la produttività può ovviamente fare eco alle idee di Frederick Taylor e Henry Ford. È stato dimostrato, ad esempio, che i nazisti hanno adottato la critica antisemita di Ford relativa agli sforzi economici produttivi (cioè orientati alla produzione) rispetto a quelli parassitari (degli ebrei, orientati al lucro), e i loro ingegneri hanno modellato il loro impianto Volkswagen sull'esempio di quello di *Ford River Rouge* (Link 2012).

A livello teorico la "meccanicizzazione" dei lavoratori da parte dei nazisti si basava meno sulla glorificazione dei macchinari e della competenza tecnica e più sulle metafore organiche, per la verità non così ben supportate da un punto di vista scientifico (qualcuno parla a questo riguardo di "folklore dell'immaginazione"). I lavoratori nazisti non furono trasformati artificialmente in forze produttive: la loro produttività veniva da un imperativo biologico. Per Höhn la vita era un movimento governato

¹⁸ L'intera intervista è consultabile all'indirizzo: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/aldi-ex-manager-straub-berichtet-ueber-ueberwachung-und-kontrolle-a-830922.html> (ultima consultazione: 12 giugno 2021).

dalle leggi deterministe del darwinismo sociale: doveva essere vissuta così sia nel campo sociale che nel campo di battaglia. Il polo opposto di Höhn è forse Drucker, per il quale la vita era definita dal suo significato (o dalla sua assenza) e che pensava che il lavoro dovesse consentire ai lavoratori di realizzarsi individualmente. Per Drucker, il management degli obiettivi non significava che i lavoratori fossero “liberi di obbedire”, ma che dovevano partecipare all’elaborazione degli obiettivi¹⁹.

Il mito dell’impermeabilità e dell’isolamento del nazismo è, appunto, un mito. Il nazismo contamina ed è contaminato dalle culture all’interno delle quali si manifesta e si sviluppa. Chapoutot ce lo dimostra combinandole tra loro, e andando per certi versi oltre, le diverse scuole di pensiero, le diverse culture (nazionali, transnazionali, storiche, ecc.) che hanno contaminato il nazismo creando una miscela di antisemitismo, antistatalismo, e pianificazione economica, tutti inseriti in una ben precisa matrice di darwinismo sociale. E, soprattutto, Chapoutot ci mostra che il pensiero manageriale di oggi è in parte una chiara ed inequivocabile eredità del nazismo.

¹⁹ N. GILMAN, N. LICHTENSTEIN, *The prophet of post-Fordism: Peter Drucker and the legitimization of the corporation*, in N. LICHTENSTEIN (a cura di), *American capitalism: Social thought and political economy in the twentieth century*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, 109-11.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

LUIGI MARIANO GUZZO

L'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici, tra diritto canonico e diritto dello Stato

ABSTRACT - In this article the author examines the normative discipline of the Ecclesiastical Bodies' administration, between Canon law and Italian law. The subject is included in the perspective of Pope Francis' reform, also as a deontological issue.

KEYWORDS - Ecclesiastical bodies - Canon Law - Italian Law - Pope Francis

LUIGI MARIANO GUZZO*

L'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici, tra diritto canonico e diritto dello Stato**

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Enti ecclesiastici e loro beni, nel diritto canonico e nel diritto civile; 3. L'amministrazione come diritto specifico del diritto ai beni nell'ordinamento canonico; 3.1 (segue) L'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici nella disciplina pattizia; 4. Tre regimi "differenziati" di amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici; 5. Conclusioni: quali principi (deontologici) per l'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici?

1. Premessa

Gli enti ecclesiastici rappresentano le articolazioni attraverso le quali si strutturano e agiscono le confessioni religiose¹; in particolare, se guardiamo all'ordinamento giuridico italiano, l'aggettivo "ecclesiastico" sta ad indicare gli enti la cui struttura è legata al concetto di "chiesa"², preferendo il legislatore utilizzare per gli enti appartenenti ad altre confessioni la qualifica di enti *religiosi*³. Più specifiche sono, poi, le soluzioni adottate per gli enti dell'Unione delle Comunità ebraiche⁴, per quelli della Chiesa apostolica in Italia⁵ e per quelli dell'Istituto Buddhista

* Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico, Docente di Beni ecclesiastici e beni culturali presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Il contributo riproduce, aggiorna e amplia, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta il 13 dicembre 2019 al Convegno sul tema: "L'amministrazione dei beni degli Enti ecclesiastici alla luce dei nuovi interventi normativi", organizzato dal Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Calabro e dal Collegio degli Avvocati della Regione ecclesiastica Calabria nell'ambito delle Giornate di studio 2019 su "Diritto canonico diritto civile: esperienze a confronto".

¹ Cfr. S. FIORENTINO, *Gli enti ecclesiastici*, in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2015, 284.

² Ci riferiamo, nello specifico, agli enti cattolici (art. 4 l. n. 222/1985), agli enti valdesi e metodisti (art. 12 l. n. 449 del 1984), agli enti avventisti (art. 24 c. 3 l. n. 516 del 1988), agli enti delle Adi (art. 14 c. 1 l. n. 517 del 1988), agli enti battisti (art. 11 c. 1 e c. 2 l. n. 116 del 1995), agli enti luterani (art. 19 c. 5 l. n. 520 del 1995), agli enti dell'Arcidiocesi (art. 14 c. 5 l. n. 126 del 2012), agli enti mormoni (art. 17 c. 5 l. n. 127 del 2012).

³ Cfr. per gli enti buddhisti l'art. 12 c. 5 della l. n. 245 del 2012 e per gli enti induisti l'art. 13 c. 5 della l. n. 246 del 2012.

⁴ L'art. 21 c. 3 della l. n. 101 del 1989 parla di enti ebraici.

⁵ L'art. 14 c. 5 della l. n. 128 del 2012 parla di enti della Chiesa Apostolica in Italia.

Italiano Soka Gakkai⁶; mentre si parla di enti *della confessione*⁷ nell'*intesa* con i Testimoni di Geova che, pur essendo stata firmata nel 2012, manca ancora della legge di approvazione⁸. Questi enti sono tali per il diritto dello Stato nella misura in cui, a determinate condizioni ed entro determinati limiti previsti dalla legge, lo Stato attribuisca loro personalità giuridica, così da poter essere identificati come enti "civilmente riconosciuti". È evidente come la natura peculiare di tali enti⁹ sia determinata dalla loro dimensione religiosa, tanto che l'architettura costituzionale che sorregge la disciplina in esame risulta essere l'art. 20 Cost¹⁰.

Infatti, nella previsione del divieto di discriminazione di associazioni o istituzioni che abbiano carattere ecclesiastico e fini di religione o di culto, volta ad evitare il riaffiorare di tentazioni giurisdizionaliste, vi è un chiaro elemento promozionale, tale da introdurre una garanzia a favore di questi soggetti collettivi¹¹, attraverso una disciplina speciale di natura pattizia¹².

In questo contributo ci riferiamo agli enti "appartenenti" alla Chiesa cattolica. Specificheremo più avanti che cosa intendiamo per "appartenenza", con riferimento tanto al diritto dello Stato quanto al diritto canonico. È sufficiente per ora sottolineare – come questione di metodo – che, pur parlando di un "confronto" tra il diritto canonico e il diritto statale, non procederemo ad una comparazione tra i due sistemi normativi – il primo, "religioso" e il secondo, "secolare" (o "profano") –, bensì porteremo avanti un'analisi dell'integrazione dei due livelli normativi nel sistema pattizio di relazione tra Stato e Chiesa in Italia.

Inoltre, il tema dell'amministrazione dei beni nell'ordinamento canonico non può che essere inserito all'interno di una più ampia riflessione sulla *riforma della Chiesa* che coinvolge il pontificato di

⁶ L'art. 11 c. 5 della l. n. 130 del 2016 parla di enti dell'Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai.

⁷ Cfr. l'art. 10 c. 5 dell'Intesa tra la Repubblica Italiana e la Congregazione Italiana dei Testimoni di Geova, che può essere letta al sito internet del Governo italiano (http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/Intesa_Congregazione_cristiana_testimoni_geova.pdf).

⁸ Cfr., sul tema, C. MAIONI, *Intese: il caso dei Testimoni di Geova*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30/2017.

⁹ Cfr. E. VITALI – A.G. CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2012, 112.

¹⁰ Sul tema si veda anche L. DECIMO, *Le organizzazioni religiose nel prisma costituzionale dell'art. 20*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

¹¹ Cfr. E. VITALI – A.G. CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico*, cit., 113.

¹² Così P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 100.

Bergoglio¹³, a partire da un'opera di aggiornamento del diritto ecclesiale¹⁴ che in dottrina porta anche a parlare della necessità di un diritto canonico periferico¹⁵ o pratico, con il passaggio dall'ortodossia all'*ortoprassi*¹⁶. Riteniamo, infatti, che quella "riforma delle strutture, che esige la conversione pastorale", in chiave "missionaria"¹⁷, come scrive Papa Francesco nell'*Evangelii Gaudium*, interessi soprattutto gli "elementi più concreti della vita ecclesiale"¹⁸, vale a dire quelli che attengono al diritto amministrativo patrimoniale, rispetto ai quali vi è chi registra una "diffusa ignoranza"¹⁹. Inoltre, nella materia degli enti ecclesiastici, l'immagine della Chiesa "in uscita" di Francesco se, da un lato, conduce ad una modifica del rapporto tra enti della Chiesa e diritto secolare – che avviene «secondo linee di una più profonda osmosi delle comunità ecclesiali e delle loro opere nella società civile»²⁰ -, da un altro lato, deve sempre più orientare l'amministrazione degli enti della Chiesa alla messa in atto di prassi evangeliche, anche nell'uso dei beni.

2. *Enti ecclesiastici e loro beni, nel diritto canonico e nel diritto civile*

Quando parliamo di "ente ecclesiastici" utilizziamo, quindi, una categoria che è propria dell'ordinamento civile. Nello specifico di questa riflessione, parliamo di ente ecclesiastico nei termini di un ente della Chiesa cattolica, di un ente canonico. con sede nel territorio italiano, a cui lo Stato attribuisce personalità giuridica, ragione per cui non esistono «enti ecclesiastici in senso stretto che non siano persone giuridiche

¹³ Per tutti, si vedano A. SPADARO – C.M. GALLI (a cura di), *La riforma e le riforme nella Chiesa*, Queriniana, Brescia, 2016; A. MANTINEO – L.M. GUZZO, *Il Papa dalla "fine del mondo" per la Chiesa del terzo millennio*, Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2019.

¹⁴ 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*, n. 27/2017.

¹⁵ Cfr. P. CONSORTI, *Per un diritto canonico periferico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2016, 385 ss.

¹⁶ Cfr. P. CONSORTI, *Relazione di sintesi: la necessità di ritornare ad un diritto canonico pratico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, n. 3-4/2016, 411-421.

¹⁷ FRANCESCO, *Evangelii Gaudium*, Roma, 24 novembre 2013, par. 27, in http://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html.

¹⁸ P. CONSORTI, *Per un diritto canonico...*, cit. 399.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ P. CAVANA, *Enti della Chiesa e diritto secolare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 14/2018, 8.

nell'ordinamento dello Stato»²¹. La disciplina normativa trova fondamento pattizio nell'art. 7 dell'Accordo del 1984. Le norme che regolamentano la materia sono state predisposte da una Commissione paritetica ed emanate, nell'ordinamento canonico, con il *Decreto* del Segretario di Stato Agostino Casaroli, il 3 giugno 1985, e, nell'ordinamento italiano, con la legge n. 222 del 1985.

Affinché un ente possa aspirare ad essere riconosciuto come ente ecclesiastico deve "appartenere", nel nostro caso, alla Chiesa cattolica. L'*appartenenza* è un elemento essenziale, per quanto attiene ai requisiti generali dell'ente, che sta a indicare la presenza di un rapporto di collegamento organico tra l'ente e la Chiesa cattolica. Tale «conformità confessionale»²² degli enti è determinata, per l'ordinamento dello Stato, dall'essere, questi enti, «costituiti o approvati dall'autorità ecclesiastica», come prevede l'art. 1 della l. n. 222 del 1985 che, al successivo art. 3, dispone come il riconoscimento avvenga «previo assenso dell'autorità ecclesiastica competente, ovvero su domanda di questa». Ciò significa che allo Stato italiano, nel rispetto del principio di separazione degli ordini *ex* art. 7 Cost., interessa non che l'ente abbia o meno riconosciuta la personalità giuridica all'interno del proprio ordinamento confessionale, ma che sia in qualche modo collegato a quell'ordinamento confessionale. Tant'è che l'art. 2 della l. n. 222 del 1985 annovera sia le «persone giuridiche canoniche» sia gli «enti che non abbiano personalità giuridica nell'ordinamento della Chiesa».

Sempre l'art. 1 della legge n. 222 del 1985 aggiunge poi l'ulteriore requisito della *sede in Italia* dell'ente. Ma non tutti gli enti della Chiesa cattolica con sede in Italia possono aspirare ad essere *enti ecclesiastici civilmente riconosciuti*. Infatti, l'appartenenza e la nazionalità dell'ente sono requisiti necessari ma non sufficienti, in quanto il legislatore italiano prevede anche la presenza di un fine di «religione e di culto». L'art. 2 c. 1 della l. n. 222 del 1985 opera una presunzione rispetto al fine di religione e di culto per «gli enti che fanno parte della costituzione gerarchica della Chiesa, gli istituti religiosi e i seminari»; mentre, a norma del c. 2 della stessa disposizione, per gli altri enti il fine deve essere accertato *di volta in volta*, in conformità con quanto dispone l'art. 16 della l. n. 222 del 1985. In questa disposizione, per la prima volta²³, il legislatore italiano si impegna

²¹ P. CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., 100.

²² E. VITALI – A.G. CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico*, cit., 115.

²³ G. FELICIANI, *Enti ecclesiastici in Italia*, in C. CORRAL SALVADOR – V. DE PAOLIS – G. GHIRLANDA (a cura di), *Nuovo Dizionario di Diritto canonico*, San Paolo, Milano, 1993, 443.

a definire con precisione il fine di religione e di culto, individuando le attività di religione e di culto in «quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana» (lett. a), e le attività diverse da quelle di religione e di culto in «quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro» (lett. b).

Pur ponendo, il legislatore italiano, una distinzione, quindi, tra attività di religione e di culto e attività che non lo sono, come di beneficenza, di assistenza o di istruzione, l'art. 7 c. 3 dell'Accordo del 1984, dispone che «agli effetti tributari gli enti ecclesiastici aventi fine di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, sono equiparati a quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione».

Questi cenni sulla disciplina generale degli enti ecclesiastici nell'ordinamento italiano ci aiutano ad inquadrare meglio il tema in esame. Ma proviamo a fare qualche passo in avanti.

Il titolo di questo contributo richiama la dizione di «beni degli enti ecclesiastici», che è la stessa che ritroviamo nell'art. 831 c. 1 c.c., a norma del quale: «i beni degli enti ecclesiastici sono soggetti alle norme del presente codice, in quanto non è diversamente disposto dalle leggi speciali che li riguardano». Beni degli enti ecclesiastici altro non sono che beni «appartenenti agli enti ecclesiastici», per come espressamente richiamati dall'art. 7 c. 6 dell'Accordo del 1984, che dispone: «l'amministrazione dei beni appartenenti agli enti ecclesiastici è soggetta ai controlli previsti dal diritto canonico».

Tale disposizione pattizia assume rilevanza fondamentale per la materia di cui ci occupiamo, in quanto fornisce già una prima risposta, una risposta essenziale, alla questione dell'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici, tra diritto dello Stato e diritto canonico: la materia *de qua* è retta dal principio di autonomia e non ingerenza dell'autorità statale rispetto alla potestà ecclesiale²⁴.

È da sottolineare, inoltre, che sembra esserci una profonda connessione tra la specialità della disciplina degli enti ecclesiastici e il loro patrimonio. Al punto che per Maria Cristina Folliero la specialità della disciplina ecclesiastica sugli enti è una conseguenza del loro patrimonio, che lo Stato deve collaborare a conservare e a promuovere²⁵.

²⁴ Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2014, 253.

²⁵ M. C. FOLLIERO, *Diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2007, 200 ss.

Ma occorre mettere in evidenza un punto critico sul quale è necessario riflettere. La dottrina generalmente parla dei beni degli enti ecclesiastici in termini di beni ecclesiastici²⁶. In realtà, i beni degli enti ecclesiastici non sono sempre, di per sé, *beni ecclesiastici*; o, quanto meno, non lo sono in senso tecnico. Ciò perché, sul versante del diritto canonico, a norma del can. 1257 § 1 c.j.c. i beni ecclesiastici sono quelli che appartengono a una persona giuridica pubblica, o alla Chiesa cattolica universale e alla Sede Apostolica (le quali, secondo il can. 113 § 1 c.j.c. sono “persone morali”); mentre per quanto riguarda le persone giuridiche private i beni a loro appartenenti non sono soggetti alle norme del *Codex* bensì ai propri statuti, salvo che non sia diversamente disposto. Le persone giuridiche private, quindi, nell’ordinamento canonico, una volta ottenuta la *recognitio* ex can. 299 § 3 c.j.c., hanno pure il diritto di «acquistare, possedere, amministrare ed alienare beni temporali» (can. 1255 c.j.c.), ma questi beni non sono “ecclesiastici”. Nonostante i beni temporali delle persone canoniche giuridiche private non possano essere definiti beni “ecclesiastici”, non significa che questi beni non siano soggetti all’autorità della Chiesa; rispetto a tali beni, quindi, si può comunque parlare di beni *ecclesiali*, in quanto sempre «finalizzati al perseguimento degli scopi ecclesiali»²⁷.

Questa distinzione che propone il diritto patrimoniale ecclesiale ci pare più utile ad introdurre un criterio di differenziazione tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private (che rappresenta una novità per il Codice del 1983), che non ad incidere in maniera sostanziale sulla disciplina patrimoniale. D’altro canto, nel *Codice dei canoni delle Chiese orientali*, non essendo presente la distinzione tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, i beni sotto tutti *ecclesiastici*. Nel Codice di rito latino, invece, beni ecclesiastici e beni non ecclesiastici si distinguono con riguardo alla diversa implicazione quantitativa dei poteri della gerarchia; tant’è che la disciplina codiciale sull’amministrazione dei beni si applica soltanto ai beni ecclesiastici.

Anche i beni delle persone giuridiche private rispondono comunque dei “fini” per i quali la Chiesa ha il suo diritto ai beni. Infatti, il diritto ai beni, nonché i suoi limiti, è fondato sui fini, aventi carattere “comunione”, che «sono soprannaturali e vanno perseguiti secondo la

²⁶ Cfr., ad esempio, G. DALLA TORRE, *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, cit., 253.

²⁷ M. D’ARIENZO, *I beni temporali*, in M. D’ARIENZO – L. MUSSELLI – M. TEDESCHI – P. VALDRINI, *Manuale di Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, 92.

natura e la missione della Chiesa»²⁸, in quanto garantiscono una «destinazione del bene che deve essere sempre ecclesiale»²⁹. Infatti, come precisa la Costituzione pastorale «*Gaudium et Spes*», «la Chiesa stessa si serve delle cose temporali nella misura che la propria missione lo richiede» (par. 76)³⁰, considerato, d'altronde, che «la missione propria, che Cristo ha affidato alla sua Chiesa non è l'ordine politico, economico e sociale: il fine che le ha prefisso è d'ordine religioso» (par. 42)³¹. Quindi, accertata la natura spirituale dei fini della Chiesa, «i beni ecclesiastici "vivono" in un certo modo questa spiritualità anche se per loro intrinseca natura essi sono materiali e temporali»³².

Se il can. 1256 *c.j.c.* introduce il concetto della pluralità dei soggetti di dominio³³, ciò non toglie, però, l'unità soprannaturale dei fini che costituisce il fondamento dell'acquisizione patrimoniale. Tale "unità" dei fini è espressa ancora nel can. 1256 *c.j.c.* che subordina la titolarità della proprietà dei beni, comunque, alla «suprema autorità del Romano Pontefice», nonché nel can. 1273 *c.j.c.*, che individua il Romano Pontefice come «supremo amministratore ed economo di tutti i beni ecclesiastici».

3. L'amministrazione come diritto specifico del diritto ai beni nell'ordinamento canonico

È ora utile soffermarci sul significato normativo di amministrazione, che, in maniera generale, indica l'attività volta alla gestione di un bene o di un complesso di beni o di un patrimonio. La *Nota esplicativa* del Pontificio consiglio per i testi legislativi sulla «funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici»³⁴ sottolinea la «duplice valenza semantica»³⁵ del termine

²⁸ Così V. DE PAOLIS, voce *Beni ecclesiastici*, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, cit., 103.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Costituzione pastorale «*Gaudium et Spes*», in *I Documenti del Concilio...*, cit., 407.

³¹ *Ivi*, p. 352.

³² V. BERTOLONE, *Perfectae caritatis, cinquant'anni dopo. Né estranei agli uomini, né inutili alla città*, Grafiche Simone, Catanzaro, 2014, 195, n. 148.

³³ Il can. 1256 *c.j.c.* dispone in tal modo: «La proprietà dei beni, sotto la suprema autorità del Romano Pontefice, appartiene alla persona giuridica che li ha legittimamente acquistati».

³⁴ Cfr. Pontificio Consiglio per i testi legislativi, *Nota esplicativa. La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici*, in *Communicationes*, n. 36, 2004, pp. 24-32 (http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20040212_beni-ecclesiastici_it.html#_ftn1).

³⁵ *Ivi*, par. 4.

“amministrazione”, che può significare l’ambito di giurisdizione proprio dell’autorità ecclesiastica, accanto alla funzione legislativa e a quella giudiziale, ovvero la gestione di “tipo economico”, che mira a conservare, far fruttare e migliorare un patrimonio.

Nonostante tale duplice valenza semantica, l’amministrazione dei beni temporali è comunque ricollegabile al *munus regendi* della Chiesa, e, quindi, all’attività di governo³⁶.

Sia chiaro che quando parliamo di amministrazione nell’ordinamento canonico ci riferiamo, in senso stretto, ad un diritto specifico del diritto ai beni della Chiesa, che nel can. 1254 c.j.c. viene declinato in quattro verbi: acquistare, possedere, amministrare e alienare. In tal senso, l’amministrazione «comprende quegli atti che sono necessari o utili affinché fruttifichino (producano frutti, e questi siano raccolti a tempo debito e applicati ai fini propri naturali o imposti legittimamente); affinché possano migliorare nel loro valore ed efficacia produttiva»³⁷. Secondo tale prospettiva, quindi, l’amministrazione riguarderebbe il regime giuridico dei beni già acquistati, ma, in realtà, vi è anche un significato più dinamico di amministrazione che, in senso ampio, si riferisce pure all’acquisto e all’alienazione, sebbene il Codice di diritto canonico regolamenti in maniera specifica sia l’acquisto che l’alienazione.

3.1 (segue) *L’amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici nella disciplina pattizia*

Ci sembra di poter dire che l’amministrazione di cui parla l’art. 7 c. 6 dell’Accordo del 1984 si riferisca essenzialmente a questo senso più dinamico e ampio di amministrazione, nonostante distingua, nelle due alinea, tra amministrazione e acquisto, prevedendo che gli atti di acquisto degli enti ecclesiastici sono soggetti ai controlli previsti dalle leggi italiane. Nonostante i controlli delle leggi italiane per gli acquisti delle persone giuridiche siano ormai venuti meno con le leggi n. 127 del 15 maggio 1997 (art. 13) e n. 192 del 22 giugno 2000 (art. 192), la disposizione è ancora utile

³⁶ In dottrina è stata utilizzata un’immagine molto efficace: «come, mediante il governo, le persone vengono conservate incolumi e guidate convenientemente al loro fine, così, mediante l’amministrazione, i beni acquistati vengono conservati e usati per i fini propri», cfr. V. DE PAOLIS, *Amministrazione dei beni temporali ecclesiastici*, in *Nuovo Dizionario di Diritto canonico*, cit., 23.

³⁷ A. TABERA, *Il diritto dei religiosi*, Commentarium Pro Religiosis, Roma, 1961, 198, n. 163.

criterio interpretativo per operare una linea di demarcazione tra l'attività di amministrazione e quella di acquisto nella normativa pattizia, in quanto, a norma della disposizione in esame, non sono soggetti ai controlli delle leggi italiane gli atti di amministrazione dei beni. Infatti, come già è stato scritto questa norma pattizia introduce nel nostro ordinamento il principio di non ingerenza dell'autorità statale sul regime amministrativo dei beni degli enti ecclesiastici. La disciplina pattizia rinvia così alle norme del diritto canonico sull'amministrazione dei beni.

La rilevanza dei controlli canonici incontra, come è stato sostenuto, i «limiti posti a salvaguardia di esigenze civilisticamente rilevanti, e sostanzialmente individuabili nella tutela della certezza del diritto, della buona fede e dell'affidamento a terzi che entrino in rapporti negoziali con gli enti ecclesiastici»³⁸.

Non si tratta, quindi, di un rinvio automatico. La norma deve essere letta insieme all'art. 5 della l. n. 222 del 1985, che prevede l'obbligo dell'iscrizione degli enti ecclesiastici nel registro delle persone giuridiche, con l'indicazione esplicita delle norme di funzionamento e dei poteri degli organi di rappresentanza degli enti. Nonostante la legge civile parli di rappresentanza, deve ricordarsi che nell'ordinamento canonico gli amministratori del patrimonio ecclesiastico non necessariamente si identificano con i rappresentanti legali. Ad esempio: i beni della diocesi sono amministrati dall'economista diocesano sotto l'autorità del vescovo (can. 494, § 3), ma il rappresentante legale della diocesi è il vescovo.

Il già menzionato art. 5 risponde ad esigenze di pubblicità, con funzione "dichiarativa" e non "costitutiva", come viene riconosciuto generalmente dalla dottrina; anche se l'art. 6 della l. n. 222 del 1985 prevede che gli enti ecclesiastici «potranno concludere negozi giuridici solo previa iscrizione nel registro predetto». La sanzione per la mancata iscrizione dell'ente è quindi la nullità degli atti che pone in essere³⁹. L'art. 18 della l. n. 222 del 1985, poi, dispone che: «ai fini dell'invalidità o inefficacia di negozi giuridici posti in essere da enti ecclesiastici non possono essere opposte a terzi, che non ne fossero a conoscenza, le limitazioni dei poteri di rappresentanza o l'omissione di controlli canonici che non risultino dal codice di diritto canonico o dal registro delle persone giuridiche».

È sempre l'art. 5 a precisare che «agli enti ecclesiastici non può comunque essere fatto, ai fini della registrazione, un trattamento diverso

³⁸ G. DALLA TORRE, *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, cit., 253.

³⁹ *Ibidem*.

da quello previsto per le persone giuridiche private». Ma con il dpr n. 361 del 2000, che ha modificato il procedimento di riconoscimento delle persone giuridiche private, si è ampliata la distanza tra la disciplina degli enti ecclesiastici e quella delle persone giuridiche private, in quanto queste ultime disposizioni non si applicano agli enti ecclesiastici (art. 19 c. 2 dpr n. 361/2000), ad eccezione delle norme (gli artt. 3 e 4) che riguardano la tenuta del registro delle persone giuridiche – non più presso la cancelleria dei tribunali, bensì presso le Prefetture – e le iscrizioni da effettuare in esso.

4. Tre regimi “differenziati” di amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici

Fin qui abbiamo delineato, attraverso brevi cenni, la generale disciplina pattizia dell’amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici. Ci soffermiamo ora tre regimi che possiamo definire come “differenziati”, che esprimono altrettanti regimi di amministrazione dei beni: il primo riguarda la qualità dell’ente; il secondo e il terzo, invece, la qualità dei beni che sono nella disponibilità patrimoniale dell’ente.

a) Se l’ente ecclesiastico è un ente del Terzo settore

Negli anni gli enti delle confessioni religiose, anche quelli che non sono “civilmente riconosciuti”, nelle maglie delle normative sul volontariato e sul terzo settore hanno trovato la possibilità di agire nell’ordinamento dello Stato⁴⁰, al limite con la personalità giuridica riconosciuta sulla base di una disciplina diversa da quella pattizia⁴¹. Come sottolinea Mantineo, «il diritto comune - quello che ha disciplinato distintamente i vari organismi del terzo settore, che vengono espressamente richiamati dal Codice, come nel caso delle organizzazioni di volontariato o delle associazioni di promozione sociale- ha costituito in questi anni uno strumento con il quale le chiese e le confessioni, sia quelle dotate di intesa che quelle prive, hanno sperimentato modalità di erogare

⁴⁰ Cfr., sul punto, A. MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit. Specificità e convergenze*, Giappichelli, Torino, 2001.

⁴¹ P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2018, 106.

servizi e svolgere attività connotate religiosamente, ma, comunque sia, di interesse generale»⁴².

A parte questi enti confessionali, quindi interni alla confessione religiosa, che operano come enti del Terzo settore⁴³, gli stessi enti ecclesiastici civilmente riconosciuti possono ottenere la qualifica di enti del terzo settore. L'art. 4. 3 del Codice del Terzo Settore (d.lgs n. 117 del 2017) dispone che gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che svolgano le attività di interesse generale a norma dell'art. 5, possono accedere alla nuova disciplina, purché adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata, che ne recepisca le norme e sia depositato nel *Registro unico nazionale del terzo settore*.

Tale disposizione, per quel che riguarda l'amministrazione dei beni, richiede, inoltre, nella seconda alinea, la costituzione di un patrimonio destinato e l'obbligo di tenere separatamente apposite scritture contabili. In dottrina Consorti ha osservato che la «richiesta di creare un patrimonio destinato costituisce esattamente una forma di aggravamento dettata dalla specialità confessionale/religiosa dell'ente, ponendolo in una posizione più pesante rispetto agli altri enti che pure esercitano le stesse attività»⁴⁴. Il legislatore italiano dispone, in tal modo, che la parte di patrimonio che l'ente ecclesiastico vincola ad attività di interesse generale sia ben evidenziata, anche se da un punto di vista canonistico ci sono non pochi problemi.

b) Se il bene è *res sacra*

Le *res sacrae* consistono in quei beni immobili (chiese, cappelle, santuari) o mobili (immagini, altari, reliquiari) il cui carattere sacro è fatto risalire alla destinazione al culto divino, tramite dedizione o benedizione. L'amministrazione di questi beni dipende certamente dalla natura del soggetto che ne è titolare, che sia persona giuridica pubblica o privata, ma alcune disposizioni canonistiche non possono che interessare l'amministrazione dei beni. Ci riferiamo, nello specifico, al can. 1171 c.j.c. che impone l'obbligo di trattare con reverenza i beni in oggetto, ed è

⁴² A. MANTINEO, *Il Codice del terzo settore: punto di arrivo o di partenza per la palingenesi degli enti religiosi?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2018, 28.

⁴³ Un esempio paradigmatico può essere rappresentato dalle confraternite, che possono ottenere il riconoscimento nell'ambito del cd. *Terzo Settore*. Sul tema, vedi A. MANTINEO, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁴⁴ P. CONSORTI, *Questioni di diritto patrimoniale canonico. Alcune riflessioni a partire dagli adempimenti conseguenti alla riforma italiana in materia di Terzo settore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2018, 11.

l'ordinario a dover vigilare che questi non siano utilizzati per usi impropri o profani.

Un'altra disposizione è il can. 1222 c.j.c. che dispone la riduzione delle chiese ad uso profano non sordido. Attesto che all'art. 831 c.2 c.c. in materia di vincolo di destinazione di culto richiama le norme di diritto canonico⁴⁵, la clausola dell'uso non sordido certamente non può avere portata civilistica, ma trova rilevanza per l'ordinamento canonico nella sfera d'azione di chi è deputato all'amministrazione dei beni.

Vi è dottrina che ritiene che la clausola dell'«*usum profanum non sordidum*» dell'edificio coinvolto dal decreto *de profanando* sia pienamente efficace nell'ordinamento civile, proprio per il rinvio alla normativa canonistica operato dall'art. 831, c. 2, c.c.⁴⁶. Invero, una simile lettura nelle modalità pratiche non solo è di difficile attuazione, ma altresì sembra essere contraria ai principi ispiratori del nostro ordinamento giuridico. Il c. 2 dell'art. 831 c.c. parla infatti di "cessazione" del vincolo di destinazione per sottrarre il bene al particolare regime giuridico di "edificio di culto cattolico" e sottoporlo alla comune disciplina della proprietà privata. In caso contrario, se la clausola dell'uso *non sordidum* avesse piena efficacia civile, il vincolo di destinazione di culto sortirebbe effetti, per così dire, illimitati del tempo. Piuttosto, la clausola opera all'interno dell'ordinamento ecclesiale e, in un certo senso, richiama la responsabilità dell'autorità ecclesiastica a integrare provvedimenti di riduzione ad uso profano di chiese quando si è consapevoli che, una volta "sconsacrato", l'edificio sarà utilizzato per usi indecorosi. Sulla "decorosità", vi è da sottolineare, che essa è da riferire non alla morale pubblica della comunità civile, quanto al sistema valoriale della Chiesa cattolica, essendo il vincolo dell'uso "non indecoroso" proprio di una disposizione canonistica a cui la legislazione statale rimanda per darle efficacia nell'ordinamento civile. Così come la dottrina si è interrogata sulla prassi di alienare l'edificio di culto ormai sconsacrato ad area edificabile, magari per la costruzione di un centro commerciale: sarebbe questo, ancora, un uso "non sordido"?⁴⁷.

Sul versante canonico c'è da fare più di una riflessione sul tema, ma l'efficacia civile dell'uso non sordido risiede, riteniamo, nell'assicurare

⁴⁵ Sia consentito richiamare sul tema L.M. GUZZO, *Gli edifici destinati al culto cattolico, tra disciplina normativa e nuove esigenze*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di*

⁴⁶ Cfr. C. AZZIMONTI, *Garanzie per l'utilizzo non indecoroso di chiese dismesse*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 29/2016, 59-69.

⁴⁷ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna: Zanichelli, 2012¹¹, 356.

all'edificio di culto ormai dismesso «una nuova utilizzazione religiosa o culturale, compatibile per quanto possibile con l'intento che ne giustificò la costruzione», così come raccomandato dal Consiglio d'Europa⁴⁸. La compatibilità, per quanto possibile, con l'intento che giustificò la costruzione è, in effetti, un parametro che gli ordinamenti civili possono tenere in debito conto nell'utilizzazione dell'edificio di culto ridotto ad uso profano, nel rispetto di quella che era stata la destinazione iniziale dell'edificio della quale, molto spesso, è espressione la struttura architettonica e la sistemazione interna.

c) Se il bene è res pretiosa per il diritto canonico o bene culturale per il diritto civile

I beni preziosi sono beni che hanno valore artistico o storico (can. 1292 § 2 c.j.c.) o immagini preziose, insigni per «antichità, arte o culto» (can. 1189). Per la loro preziosità sono comunque sempre beni "ecclesiastici" in quanto risultano essere sottoposti all'autorità della Chiesa, anche se sono appartenenti a persone giuridiche private. Questi possono anche assumere la qualifica di beni culturali di interesse religioso, ai sensi dell'art. 12 dell'Accordo del 1984 e dell'art. 9 del Codice Urbani. In questo caso i beni degli enti ecclesiastici saranno soggetti anche alla disciplina del Codice Urbani.

Sembra potersi che tutti i beni preziosi per l'ordinamento canonico possono assumere la qualifica di beni culturali nell'ordinamento civile; ma non tutti beni culturali per l'ordinamento civile sono anche beni preziosi. Tant'è che, anche nell'ordinamento canonico, il can. 283 n. 2 c.j.c. distingue tra beni preziosi e beni culturali. Ma è da superare, nell'impostazione ecclesiale, il collegamento della qualità di beni preziosi a caratteristiche di preminente natura economica.

5. Conclusioni: quali principi (deontologici) per l'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici?

⁴⁸ Consiglio d'Europa - Assemblea Parlamentare, *Risoluzione n. 916 del Consiglio d'Europa relativa agli edifici religiosi sconsacrati*, 1989, p. 7, in <http://feir.cois.it/database/regioni/emilia-omagna/emilia%20romagna/provvedimenti%20confessioni%20religiose/beni%20culturali%20-%20edifici%20sconsacrati%20-%20risoluzione.doc>.

In questo contributo abbiamo cercato di delineare, per linee generali, il quadro normativa in materia di amministrazione dei beni ecclesiastici. In premessa, abbiamo anche sottolineato la necessità di inserire questa nostra riflessione nel più ampio significato di riforma che chiede Papa Francesco. In effetti, l'appello di Papa Francesco, ripetuto più volte, aprire i conventi chiusi per accogliere gli immigrati e i poveri, non può che rappresentare un criterio, non soltanto deontologico, nel management dei beni immobiliari e, quindi, nella loro amministrazione⁴⁹.

In tema di amministrazione dei beni della Chiesa, non si può non accennare al recente documento della Congregazione per la dottrina della fede "*Oeconomicae et pecuniae questiones*". *Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell'attuale sistema economico-finanziario*". È la prima volta che la Congregazione si pronunzia su questioni che attengono all'attuale sistema economico e finanziario, alla luce della fede cristiana⁵⁰. Così, viene segnalata la prevalenza dell'intento speculatore, soprattutto "in ambito economico-finanziario" (n. 13), che, invece, dovrebbe interpretarsi nell'ottica della "funzione sociale". Inoltre, si domanda di «introdurre una certificazione dell'autorità pubblica nei confronti di tutti i prodotti che provengono dall'innovazione finanziaria», così da definire in modo certificabile "la responsabilità sociale dell'impresa" (n. 17) e orientarsi verso la «sanità del sistema finanziario» (n. 22). Principi, questi, che com'è ovvio coinvolgono anche l'amministrazione dei beni nella Chiesa⁵¹.

Ci sono però almeno quattro questioni "aperte" in materia di amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici, che meritano di essere messe in evidenza:

1. Innanzitutto, parlando di confronto tra diritto dello Stato e diritto canonico, non possiamo non sottolineare come la nozione di "pubblico" e di "privato" nell'ordinamento civile, non corrisponda ad una stessa distinzione nell'ordinamento canonico. Le stesse persone giuridiche definite come "private" nel diritto della Chiesa, come abbiamo visto, si caratterizzano per un loro carattere pubblico, cioè ecclesiale, all'interno dell'ordinamento canonico. Ciò perché se negli ordinamenti secolari, la

⁴⁹ Cfr., sul tema, L.M. GUZZO, *Valorizzazione del patrimonio immobiliare degli enti ecclesiastici e accoglienza: una prospettiva di diritto canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, n. 3-4/2016, 515 e ss.

⁵⁰ A. MANTINEO, *Il Codice del terzo settore: punto di arrivo o di partenza per la palingenesi degli enti religiosi?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2018, 32.

⁵¹ Sul tema vedi D. BILOTTI, *Illecito arricchimento, economia di mercato ed etiche religiose (note a margine di un recente documento della Congregazione per la Dottrina della Fede)*, in *Ordines*, n. 1/2018, 174 e ss.

sfera del privato indica una posizione di anteriorità, dell'individuo nei confronti della comunità statale. Al contrario, nell'ordinamento ecclesiale, il soggetto non può essere mai considerato in una sfera anteriore rispetto alla Chiesa, né si può maturare una mentalità *rivendicazionista*⁵² delle pretese giuridiche dei fedeli dinanzi all'autorità ecclesiastica, così come avviene nell'esperienza statali.

2. Non è da sottovalutare la relazione necessaria tra la disciplina dell'amministrazione dei beni e la dottrina sociale della Chiesa⁵³, in tema di lavoro, come esprime il can. 1286 c. j.c.: «Gli amministratori dei beni: 1) osservino accuratamente, nell'affidare i lavori, anche le leggi civili relative al lavoro e alla vita sociale, secondo i principi dati dalla Chiesa; 2) retribuiscano con giustizia e onestà i lavoratori dipendenti, così che essi siano in grado di provvedere convenientemente alle necessità proprie e dei loro familiari». Si ricordi che lo sfruttamento del lavoro nero è *peccato*, come ha detto Papa Francesco⁵⁴.

3. È importante ribadire il principio della valorizzazione dei laici nell'amministrazione dei beni degli enti ecclesiastici. La gestione e l'uso dei beni per finalità caritative deve coinvolgere, in tal modo, la responsabilità dell'intero Popolo di Dio, laici compresi. Con la recezione degli orientamenti normativi del *Codex* del 1983, e nella pratica soprattutto a seguito di alcune esperienze che hanno coinvolto il Nord-America⁵⁵, è ormai affermato il principio della corresponsabilità dei laici nell'amministrazione del patrimonio immobiliare ecclesiastico⁵⁶.

4. Tra i temi nevralgici vi è quello della libertà di impresa dell'ente ecclesiastico, sul crinale tra ordinamento canonico e ordinamento dello Stato. In Inghilterra, la teoria della deontologia dell'avvocato secondo la quale l'avvocato può fare tutto ciò che dalla legge non è espressamente

⁵² C. M. FABRIS, *I diritti dei fedeli come espressione di valori*, in *Prawo Kanoniczne*, n. 57/2014, 21.

⁵³ Recentemente, sul tema, A. MANTINEO, *Il cammino della Chiesa per una rinnovata dottrina sociale: dal diritto di proprietà ai diritti sacri alla terra, alla casa, al lavoro*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, n. 28/2018.

⁵⁴ Cfr. FRANCESCO, *Meditazione mattutina nella cappella della Domus Sanctae Marthae*, in *L'Osservatore Romano*, n.117, 25 maggio 2018.

⁵⁵ Vedi A. INTERGUGLIEMI, *Carità e gestione dei beni nella Chiesa: il compito del vescovo*, in *L'Amico del Clero*, n. 7-8/2017, 453.

⁵⁶ J. MIÑAMBRES, *La stewardship (corresponsabilità) nella gestione dei beni temporali della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, II/2012, 277 e ss.; ID., *La corresponsabilità dei laici nella gestione dei beni della Chiesa*, in AA. VV., *Guarire l'economia: dal bilancio delle Parrocchie al Naufragio della Concordia. Per un nuovo modello economico fondato sul Bene comune*, Santa Francesca Romana, Roma, 2015, 27 ss.

vietato, è detta della *morale amoralità*⁵⁷. Possiamo parlare dell'argomento della morale amoralità anche per quel che riguarda l'attività degli enti ecclesiastici: può un ente ecclesiastico fare tutto ciò che la legge italiana consente? In dottrina vi è chi ritiene che un ente ecclesiastico possa svolgere qualsiasi attività, anche un'attività che abbia natura commerciale o che sia a scopo di lucro⁵⁸. Ma vi è chi considera questa impostazione troppo pragmatica, non rispettosa del quadro di competenze del diritto canonico universale. Infatti:

«una parrocchia non può legittimamente esercitare il commercio, una diocesi non può svolgere attività industriale, un seminario non può intraprendere un'attività alberghiera o ricettizia perché si tratta di attività incompatibili con il loro profilo istituzionale. E credo anche che una comunità parrocchiale o un vescovo debbano seriamente porsi una domanda nel caso in cui volessero, ad esempio, gestire una casa di riposo o una scuola, perché non si tratta di attività necessariamente funzionali allo statuto di un ente parte della costituzione gerarchica della Chiesa»⁵⁹.

Mantineo ha parlato, a riguardo, della necessità di una palingenesi dei fini degli enti religiosi alla luce del magistero di Papa Francesco⁶⁰. Lo stesso Papa Bergoglio, in merito a un recente caso di cronaca che ha riguardato l'amministrazione del patrimonio immobiliare della Chiesa cattolica, ha affermato: «Buona amministrazione non è ricevere la somma dell'Obolo e metterla nel cassetto... se tu fai un investimento dell'Obolo di san Pietro su una fabbrica di armamenti, l'Obolo non è più l'Obolo eh!»⁶¹.

Nessuna legge civile vieta – per riprendere l'esempio – all'Obolo di San Pietro di investire una fabbrica di armamenti, ma è eticamente

⁵⁷ Cfr., sul punto, M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

⁵⁸ Cfr. A. FUCCILLO, *Società di capitali, enti religiosi e dinamiche interculturali*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, Giappichelli, Torino, 2014, 11

⁵⁹ P. CONSORTI, *Questioni di diritto patrimoniale canonico. Alcune riflessioni a partire dagli adempimenti conseguenti alla riforma italiana in materia di Terzo settore*, cit., 12.

⁶⁰ A. MANTINEO, *Il Codice del terzo settore: punto di arrivo o di partenza per la palingenesi degli enti religiosi?*, cit.

⁶¹ Vedi la Conferenza Stampa di Papa Francesco durante il volo di ritorno dal viaggio apostolico in Thailandia e Giappone, Volo papale, 26 novembre 2019, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/november/documents/papa-francesco_20191126_voloritorno-giappone.html.



1/2021

corretto, anche dal punto di vista cristiano, alla luce dei fini che presiedono il diritto ai beni della Chiesa? Probabilmente, in considerazione dei principi fondativi l'ordinamento canonico, non può essere il vantaggio economico e finanziario a muovere le scelte degli enti della Chiesa cattolica. Si avverte, in tal senso, la necessità di un cambio di paradigma.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

JOSÉ LUIS VILLACANAS BERLANGA

Sobre lo justo, la justicia, y el Derecho

A propósito del libro de Massimo La Torre, *Il diritto
contro se stesso*, Olschki, Florencia, 2020

JOSÉ LUIS VILLACANAS BERLANGA*

Sobre lo justo, la justicia, y el Derecho

A propósito del libro de Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso*,
Olschki, Florencia, 2020**

Siempre que escribo sobre estos temas de filosofía del derecho, no dejo de escuchar la frase de Gentili, y luego repetida por Hobbes, como si estuviera específicamente dirigida a mí: «Silete philosophi in munere alieno». Pero el caso es que creo que debemos asomarnos a la vieja relación entre filosofía y filosofía de derecho, que existió en su día, aunque entonces estuviera mediada por otras consideraciones. Hoy deberíamos mantenerla por el valor de la cosa misma. La condición indispensable para ello es ser francos respecto de la perspectiva que domina la mirada de cada uno y esperar a que se puedan ver cosas interesantes para todos. Por mi parte, mi perspectiva es siempre la de ofrecer contextos históricos y sociales a las argumentaciones filosóficas. Mi aspiración, bastante weberiana, luego reformulada por Reinhardt Koselleck, consiste en identificar los estratos de tiempo histórico que condicionan los usos conceptuales, tanto en sus dimensiones de índices como de factor; esto es, en su pretensiones de dar cuenta de la realidad y en sus pretensiones de orientarla en la práctica. Últimamente, vengo trabajando en una historia conceptual de la contemporaneidad, que se centra en la evolución histórica desde la democracia liberal de la primera sociedad industrial, pasando por la construcción del Estado de Bienestar después de algunos ensayos fracasados como la República de Weimar, para llegar hasta su desplazamiento por el neoliberalismo y la emergencia de los populismos. Tengo la impresión que cuando proyectamos este planteamiento sobre el libro de Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso*, podemos considerar la evolución que describe dentro de esta historia conceptual de la contemporaneidad. Ahora veremos en qué sentido.

La tesis central del libro de Massimo La Torre es que cuando el iuspositivismo se cierra a considerar como parte del argumento estrictamente jurídico los argumentos morales y potencialmente políticos, entonces debe orientarse hacia un decisionismo corporativo que siempre acaba destruyendo la idea misma de derecho. Podemos reconocer como idea integral de derecho la que encierra en su seno la argumentación moral.

* Ordinario di Storia della Filosofia all'Università Complutense de Madrid.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Lo importante es que un positivismo jurídico que se niegue a esta comprensión integral de la idea de derecho, ya debería contar con importantes experiencias acerca del camino peligroso que se emprende cuando una instancia decisionista se aloja en su seno. Desde cierto punto de vista, la cuestión se remonta a Carl Schmitt y ciertamente sugiere que si el argumento moral no se integra en el derecho, entonces se tiene que introducir en él una instancia soberana autoritaria. Pero esa instancia soberana y jerárquica, aunque sea la del juez, no puede sino destruir la idea de derecho y dirigir el derecho contra sí mismo. De ahí el título del libro de Massimo La Torre. El supuesto implícito de este argumento del Prof. La Torre, que comparto, podemos identificarlo en la comprensión republicana del derecho. Por su propia idea, el derecho no puede concentrarse en una instancia separada del común. Y el vínculo con lo común es el argumento moral.

Mis reflexiones como filósofo por tanto aspiran a hacer explícitas algunos supuestos del libro del Prof. La Torre y desplegar algunos argumentos sobre ellos siempre desde una perspectiva de historia conceptual. Y el primero es que en cierto modo esta idea integral del derecho es clásica y fue defendida por las sociedades occidentales en sus momentos de máxima autoconciencia. Podemos partir del mundo que siguió a la II Guerra Mundial y, para hacerlo, vamos a referirnos a un signo de aquel tiempo. *The Winslow Boy* es una pieza teatral de Terence Rattigan, un afamado hombre de teatro británico que estudió en el Trinity College de Oxford, un lugar no muy lejano de donde se escucharon algunos de los argumentos centrales que recoge este libro de Massimo La Torre. En 1946, poco antes de que Hart organizara sus argumentos fundamentales, que culminaría en 1961 con la publicación de *The Concept of Law*, de 1961, Rattigan publicó aquella obra de teatro, que mereció el premio de la asociación de los críticos de Nueva York. Luego se hizo una película con ella, como con otras de sus obras, y siempre con el mismo director, Anthony Asquith, el hijo del primer ministro británico en la Primera Gran Guerra, él también estudiante de Oxford, aunque ahora en el Balliol College, por el que han pasado celebridades como Boris Johnson, el propio Joseph Raz y un autor que también es muy citado en el libro de Massimo La Torre, John Langshaw Austin. Doy estos pequeños detalles porque quiero marcar la afinidad electiva entre lo que deseo decir de esta obra, bastante clásica, sobre el supuesto central del positivismo y sobre la necesidad de sus superaciones, el punto central que nos ofrece el libro que comentamos. Todos ellos son autores de la misma elite británica, que sin duda eran muy

conscientes de lo que constituía la base conceptual de su sociedad y se mostraban convencidos de que formaban parte de la civilización más elevada que había conocido la humanidad. Habían vencido a la barbarie nazi, y aquella victoria, que se había fundamentado en los años en que los británicos resistieron en solitario a Hitler, no podía ser un azar. Ellos estaban convencidos de que había algo parecido a una necesidad histórica en aquella victoria, y se debía a que la civilización británica estaba sostenida por la verdad. Sostener esta posición implica aceptar una idea integral del derecho. No es muy frecuente que en la historia una sociedad esté convencida sinceramente de la verdad de sus propios fundamentos sin que apreciemos cinismo ni fanatismo en ese gesto. En cierto modo, la posición de Hart tiene que ver con este proceso de autoconciencia de los fundamentos de validez del orden social de la democracia liberal. Sus límites están relacionados con evidencias y creencias asentadas en el seno de la sociedad que sostiene esa orden democrático. Como vamos a ver, estas evidencias, sin embargo, se revelan en la obra de teatro de Rattigan, mientras se mantienen como supuestos en los análisis de los teóricos positivistas del derecho.

Todos estos hombres, Austin, Rattigan, Hart, Asquith, reflexionaron sobre la manera en que las bases civilizatorias británicas podrían salir reforzadas tras la gran victoria sobre Hitler. Esa reflexión, con una pedagogía legitimadora indiscutible y eficaz, es la que aborda *The Winslow Boy*, sobre todo con el personaje de Sir Robert Morton, el abogado de la obra de Rattigan. Por eso deseo llamar la atención sobre las páginas finales de la obra, porque están cargadas de un dramatismo importante que puede ofrecer lo que hay detrás como implícito en el positivismo jurídico, ya desde Kelsen, aunque los análisis positivistas no saquen a la luz. Mi sugerencia en este caso es que el positivismo se aleja de una idea integral de derecho sólo como una metodología analítica, por una división de trabajo universitario. Esto es lo que permite explicar que Kelsen fuera tan teórico del derecho como de la democracia, pero se negaba a ser teórico de la democracia en tanto analista del derecho. Creo que contra esta separación analítica se levanta la escena de Rattigan y se levantará siempre que la reflexión verse sobre los fundamentos de legitimidad de un orden social. En suma, la obra de Rattigan pone en cuestión, desde la perspectiva del laico, la división de trabajo científico tan rígidamente establecido por el positivismo.

La escena tiene lugar entre el abogado defensor y Catherine, la hermana del muchacho Ronnie Wislow, acusado de un robo en el curso de su servicio militar como cadete de la armada. El caso, que se basaba en el

escándalo real del hijo del coronel Archer-See contra el Almirantazgo, llega a juicio y tras la sentencia absolutoria tiene lugar la escena entre la hermana del muchacho, una militante feminista, y su abogado. Este, que es un *tory* declarado en el Parlamento, ha manifestado a lo largo de la obra un carácter completamente impenetrable, incluso hosco, huidizo, que llevó a la familia a sospechar cierta parcialidad a favor del Almirantazgo. La escena final nos muestra a la joven feminista ya plenamente consciente de que se ha equivocado acerca del abogado, que ha malinterpretado su actitud de reserva. Está dispuesta a disculparse. Pero incluso entonces el abogado no quiere escucharla. Al final el abogado resulta esquivo, siempre a la defensiva, encerrándose en una intimidad impenetrable. Esta actitud contrasta sin embargo con el sencillo hecho, que fue apreciable a la vista de todos, de que el abogado lloró cuando se pronunció el veredicto y el frágil e inocente muchacho fue repuesto en su honor frente a la potencia del Almirantazgo y de la misma corona. En esta dimensión de Jano del abogado tenemos una protesta contra las unilateralidades del positivismo. Ante la pregunta de la muchacha, que muestra su extrañeza ante esta contradicción entre su frialdad y su emoción, igualmente intensas, el abogado ofrece la respuesta precisa: «I wept today because *right* had been done».

El diálogo verdaderamente teórico, el que nos interesa, tiene lugar ahora. La señorita Winslow se muestra asombrada. «Not justice?», pregunta. Y el famoso abogado tory responde de una manera sobria, pero segura: «No. Not justice. Right. It is not hard to do justice - very hard to do right. Unfortunately, while the appeal of justice is intellectual, the appeal of right appears, for some odd reason, to induce tears in court». Esa extraña razón es lo que debemos buscar en todo esta cuestión. ¿Cuál es la extraña razón por la que precisamente el derecho, ahora como lo justo, tenga más capacidad de emocionar que la abstracta justicia? ¿Por qué la justicia es demasiado intelectual? ¿Qué hay de fácil en ella? Creo que ahí está la clave que revela lo oculto en el positivismo de Kelsen, y que en Hart, tal y como lo analiza el Prof. La Torre se hace más explícito. Es fácil realizar la justicia cuando la sentencia se deriva con cierta facilidad del cuerpo de la ley. Aquí normas primarias y normas secundarias se ajustan con facilidad en una continuidad normativa estructural. Tenemos la ley y derivamos la aplicación al caso. Se trata de juicio determinante kantiano, que solo requiere entendimiento, esa capacidad de identificar la regla de reconocimiento y aplicarla al caso. Rattigan no está en el horizonte del derecho natural, desde luego, como vamos a ver. No considera que la idea de justicia esté condicionada por el derecho subjetivo. No se habla aquí de

“mi justicia” y en su obra todo permite suponer la peripecia dramática está condicionada por la *Rule of Law*. Sin embargo, la justicia como mera aplicación de la ley no es lo decisivo ni lo importante.

Eso permite ver que la figura del juez no es la decisiva. El abogado es el personaje principal porque es un combatiente. Pelea cuerpo a cuerpo en defensa de un ser humano que puede ser pisoteado o no, en casos difíciles en los que el juez tiene una clara libertad de acción. Por eso se da una contraposición curiosa aquí. Como caballero combatiente, el abogado tiene que desplegar la lógica más fría y desapasionada, pero tiene que construir el caso singular y eso requiere imaginación. Por eso el resultado está atravesado por la emoción. En el caso singular que combate el abogado, un ser humano se juega su derecho a través de la construcción de una historia y eso en una situación en la que siempre se da una diferencia de poderes, a veces extrema. Aquí lo fundamental no es la norma primaria y sus derivaciones lógicas, sino reconocer el caso de forma genealógicamente fundada. Tenemos aquí un momento previo a eso que Hart llama *norma de reconocimiento*, sin la que no hay validez concreta de las normas positivas. Se trata de una construcción de *quid factum* en la que se engasta el *quid juris*. Para que esa norma de reconocimiento funcione, es preciso que existan hábitos, convenciones y costumbres asentadas de forma general en la sociedad. Pero activar este consenso básico de evidencias compartidas en *un caso dado* no es fácil. Por eso la justicia, que solo tiene que ver con el *quid juris*, es fácil y lo justo, que tiene que partir previamente de la construcción de un *quid factum*, difícil. Es como el juicio determinante y el reflexivo de Kant. El primero es fácil, porque basta con seguir reglas lógicas del entendimiento; el segundo es difícil porque hay que reconocer el caso, construirlo, imaginarlo y elevarlo en tanto paradigma a su propia norma. Cuando se logra se produce la emoción de formar parte de una sociedad bien constituida, legítima, y por eso capaz de ser justa no ante todo en sus códigos, sino en sus juicios.

El giro final de la obra nos lleva a una perfecta autoconciencia de todo esto. Tenemos aquí a un tory que llora porque un niño ha ganado un caso a la corona, él, que hace de la defensa de la corona la clave de su ideario. Cuando la muchacha le pide que explique cómo es posible conciliar ambas cosas, sus creencias políticas con su creencia en el derecho, el abogado dice que ningún partido tiene «a monopoly of concern for individual liberty». Es más, de forma positiva afirma que «all parties are united» sobre este asunto de la libertad individual. El punto decisivo para nosotros ahora es que lo justo se puede abrir paso respecto a la libertad individual porque acerca de

este asunto la cuestión no es política en el sentido de que no se refracta según los partidos. En realidad, este asunto es el que constituye la base del conocimiento moral en sentido universal. El ámbito de la libertad individual y sus hechos, sus acciones, sus consecuencias, puede generar consenso a la hora de ser observado y de decidir lo que es justo. Sin embargo, esta no es la parte fundamental del argumento. La señorita Winslow recuerda que en realidad ese consenso no está respaldado por todos, ni está asegurado por un cognitivismo moral universal. Mucha gente antepone el sentido político, y la hostilidad que encierra, al sentido moral y al respeto de la libertad personal. «No. Not all parties. *Only some people from all parties*», matiza la señorita Winslow. El cognitivismo moral no es asumido por los partidos en tanto tales. Es un saber individual sobre lo individual. El argumento moral así tiene fuerza capaz de abrir paso al juicio justo porque goza de peso social. El abogado no puede sino reconocer que es una observación muy sabia. La cuestión es si ese saber moral, que presenta cierta trascendencia respecto de la política de partido, tiene suficiente fuerza social como para decidir lo justo. Este circuito es el que permite apreciar la dificultad de la relación entre moral y derecho. Incluso aunque se considere que la moral es accesible al conocimiento universal, todavía reclama una traducción social y sobre todo exige que ese conocimiento y esa fuerza social esté por encima de las decisiones políticas partidistas. En suma, exige que el principio moral se imponga sobre el principio específicamente político partidista. Esto en cierto modo es lo que reclama que el conocimiento moral universal goce de una suficiente base democrática general. Estamos en el centro mismo de la defensa de la democracia liberal. Era liberal porque el conocimiento moral tenía que ver con la apreciación de la libertad individual, y era democrática porque era razonable esperar, como propone el abogado de Rattigan, que «that those “some people” [de todos los partidos, es decir, aquella parte de pueblo concernida por la defensa de la libertad individual] will always prove enough people». Entonces las bases morales universales constituirán también la base de lo social y con ello del derecho. Con la construcción del caso y con la activación de los hábitos, creencias y costumbres capaces de asentar la individualidad del juicio, es la propia sociedad la que se reconoce en su base común, en su sentido común, como diría Kant. Y ese autorreconocimiento de la base común compartida en un caso paradigmático dado es lo que emociona produciendo lágrimas. Esa es la extraña razón a la que hacía referencia Morton.

Estamos hablando de 1947 y aunque se había vencido a Carl Schmitt, que negaba esta conclusión, todavía no había surgido el problema de la justicia social como elemento central de la acción gubernamental. Mi comentario más general tiene que ver con el hecho de que, como muestran los análisis de Amartia Sen, los problemas derivados de la irrupción de la justicia no se han traducido de forma clara en una idea integral de derecho y eso explica en buena medida la evolución que el libro del Prof. La Torre describe, y la específica evolución que ha sufrido el positivismo en la obra de Raz. Cuando emerja este problema, como fundamento del Estado de Bienestar que comienza a entrar en la agencia política inglesa en estos años, todo el organismo integral de moral, política y derecho que fundamenta la democracia liberal, y que permite al positivismo dejar como implícito el problema moral y político, se fractura de forma importante. La cuestión central ya no está en lo que prohíbe el derecho o en lo que obliga según una norma. Ya no está en reconocer que un caso cumple o no una prohibición o una obligación, ni por tanto reclama una sanción. Ni siquiera está en saber si estoy autorizado a hacer algo o no o si algo está en la esfera de mi libertad. La cuestión ahora está en saber si una condición social (no una acción singular, sino un disponer o un poder) es justa en algún sentido de justicia social básica. Se trata de la cuestión no del “tiempo de deber”, sino del “tiempo de poder” y de emitir un juicio del que se derive alguna obligación en derecho por parte de las instituciones centrales. En la medida en que el conocimiento moral tenga que referirse al problema de la justicia distributiva, resulta muy difícil asumir que se pueda invocar una norma de reconocimiento a lo Hart. La clave es que también carecemos de casos arquetípicos suficientes para identificar modelo de lo justo, como sucedía en la obra de Rawls. Pero si la problemática de la justicia está en la agenda del Estado, este deberá mediar jurídicamente sus decisiones de alguna forma. No puede dejarlas en la abstracción de un nuevo derecho natural sin interpretación social paradigmática. Este sería un motivo decisivo para que el positivismo jurídico no considere este problema como propio.

En todo caso, un ámbito nuevo de juicio, no previsto en la democracia liberal, se abre paso con este problema. No seré el primero que trace un paralelismo entre la obra de Dworkin y de Rawls, y creo que esta relación está implícita en buena parte de la reconstrucción inmanente que ofrece Massimo La Torre en su libro. Podemos preguntarnos si quizá no hubiera sido preferible que aquí el argumento fuera más explícito. Dado que él apuesta por un anclaje del derecho en las dimensiones morales, quizá debería haber acompañado algunas líneas acerca de cómo han

evolucionado también estas percepciones morales implicadas en la idea de justicia. Nadie como Rawls ha hecho avanzar estas percepciones mediante su equilibrio reflexivo. De ellas se deriva un principio básico que dice, de forma parecida a la *lex permissiva* kantiana, expresamente diseñada para regular la justicia distributiva, que una desigualdad se permite temporalmente (no es abiertamente inmoral) en la medida en que no bloquee cursos de actuación que conduzcan a su eliminación. Dicho positivamente: se puede aceptar provisionalmente una desigualdad en la medida en que la actuación bajo esas condiciones de desigualdad lleve a una disminución progresiva de la misma. De otro modo sería una desigualdad inmoral.

Si este es un principio de moralidad, resulta evidente que es el mejor candidato a lo que Dworkin llama principio. El problema es si puede integrarse en un concepto integral de derecho capaz de establecer casos paradigmáticos. La aspiración teórica de la época fue orquestar la manera en que un tal principio se pudiera proyectar sobre un ordenamiento jurídico. Esto no podía hacerse desde luego como norma primaria, ni se podían generar juicios a partir de normas de reconocimiento. Hart aquí nos abandona pues en el fondo avistábamos *terra incognita*. Para generar esta nueva idea integral de derecho se debía cambiar la comprensión del derecho, y por eso se dio entrada al principio hermenéutico y se propuso la necesidad de la integridad de normas positivas y principios de interpretación o de adecuación. Esta articulación no era evidente ni estaba fácilmente fijada. Sin embargo, debía ir más allá del estrecho concepto semántico del juspositivismo y de su voluntad restrictiva de análisis del sistema jurídico. Es lo que haría el segundo Dworkin, el de *Law's Empire* de 1986, el momento anterior a la caída del Muro, el momento glorioso de Occidente. Para ello, los principios, como comenta Massimo La Torre, debían presentarse como razonables, fijados por los juristas y por los consensos ciudadanos. Si la teoría del derecho «assume ora i contorni di una generale dottrina dell' interpretazione delle pratiche social», como dice en la página 16, requería principios de interpretación. Mi argumento sugerirá que las prácticas sociales han devenido tan complejas que no permiten interpretaciones sencillas ni fáciles y que por eso la integridad del derecho se encuentra en este contexto con dificultades adicionales.

En todo caso, Rawls se nos presentaba así como el intento de trasladar las evidencias morales más allá de los principios liberales de libertad formal, para proponer creencias compartidas de libertad como igualdad y autonomía en tanto “tiempo de poder” de cada uno, los dos

principios jurídicos fundamentales en la *Metafísica del derecho* de Kant. Para la nueva doctrina, que preveía un derecho abierto a la discusión y a la controversia, era evidente que se tenía que dotar al juez de discrecionalidad hermenéutica capaz de fundar una pragmática abierta. Esto es muy acertado, desde luego, pero encierra problemas ulteriores a la hora de forjar, como en la obra de Rattigan, la suficiente gente de todos los partidos que apoyen estas interpretaciones. El problema es si ese principio de justicia basado en interpretación realizada a la mejor luz cumple lo que Massimo expone en la página 13; esto es, si ofrece «un sistema di certezze» capaz de sostener la «vigenza istituzionale dello Stato di diritto, della *rule of law*».

En el análisis que a continuación hace Massimo La Torre de la *tesi dei diritti* de Dworkin, no ofrece ejemplos concretos que puedan servir de paradigma. Pero si no tenemos un paradigma, este es mi punto, no podemos dar un significado ni a la certeza, ni a la pragmática abierta de interpretaciones, que siempre requiere la base de al menos un caso paradigmático. En este sentido, hay que observar que cuando Dworkin pone el ejemplo de referir a principios morales la despenalización del aborto, se refugia en un caso de lo que podríamos llamar con Rattigan “right”, un derecho liberal a hacer algo, a ampliar un fragmento de libertad individual en un caso concreto, a una autorización concreta, pero no a una condición que afecte al “tiempo de poder”. Por supuesto, en un caso así es fácil apelar a principios razonables y universales porque asume evidencias mayoritarias de la noción de libertad. Pero esto no es un ejemplo de justicia distributiva, económica y social. Proponer un ejemplo propio de aquel derecho que estaba resuelto en el positivismo jurídico estabilizado, justo para defender una comprensión de derecho que tiene como nuevo contexto la idea de justicia social como exigencia de condición de igualdad, no parece una práctica argumental correcta. Para este tipo de casos, el derecho de la democracia liberal ya gozaba de *integrity*. Sólo los casos que son difíciles desde el punto de vista de la justicia como equidad en dirección a la condición de igualdad reclaman otra comprensión del derecho. Por supuesto, sólo aquí debería regir el supuesto de que hay un juez ideal que dicta la única sentencia correcta y verdadera desde la totalidad integral de las normas y principios. Tras el juez Hércules de Dworkin debemos ver los jueces, por ejemplo que deben dictar sentencias sobre si atender o no en los servicios médicos a personas sin seguridad social, porque la integridad implica hacer valer la norma constitucional que reconoce el derecho a la vida. No podemos aceptar que la *One Right Answer* ya trabaje con la previsión, que Massimo La Torre reconoce, de que esta se halla «al di là del

fatto contingente della sua effettiva realizzazione», como dice en la página 15. Un derecho cierto y verdadero sin realización efectiva deja de serlo y se parece a la vieja idea de justicia del derecho natural.

Y este es el punto de cruz. Si la idea de justicia social, como condición, forma parte o no de la integridad del derecho. El positivismo jurídico dice que no. Para esos casos de justicia deberían cumplirse las condiciones de un juez Hércules. Y ahí está la clave de todo, ver con claridad a qué dificultades se encuentra en esta posición. Massimo La Torre asume con claridad en la página 17 que «la interpretazione assume forme diverse a seconda del contesto, e dunque può essere soggetta a differenti canoni o criteri». Para estas interpretaciones vale o debería valer la interpretación constructiva de Dworkin. Podríamos avanzar en un ejemplo que cumpla estos niveles de la interpretación constructiva y así apreciar las dificultades. La existencia de una «immediata ricaduta morale», permitiría a través de este ejemplo referir un caso *sub iudice*, por ejemplo una protesta salarial en una empresa en la que los salarios más altos sean 3000 veces el más bajo, y operar con esos criterios. Aquí hay una exigencia «*prima facie di giustizia*», de la «*giustizia della rivendicazione*», y de la pretensión de moralidad. ¿Cómo garantizar en este caso la “certezza del diritto”? ¿Cómo operaría quí el problema de los principios morales de justicia?

Veamos los pasos que propone Dworkin según nuestro ejemplo. Pues lo importante es que aquí no podemos reproducir la escena final de la obra de Rattigan sobre el caso del joven Winslow. Hay siempre dos partes enfrentadas por la interpretación de la justicia de tal manera que no habrá un sentimiento de emoción compartido. Hay dos percepciones morales enfrentadas. En Winslow la sentencia es justa para las dos partes, En caso de percepciones enfrentadas lo justo para una parte es un atropello para la otra. En efecto, el nivel preinterpretativo permite identificar los criterios que dan contenido provisional a la práctica social. Aquí nuestros ejecutivos dicen que ganar 3000 veces lo que gana el último empleado es una práctica social justa porque su responsabilidad se ejerce más o menos en esa proporción. Si su trabajo es malo, los tres mil empleados de la empresa se irán a la calle, mientras que si el último empleado se va a la calle, puede ser fácilmente sustituido. Puede además añadir que esa empresa contribuye al orden social sistémico y de este modo contribuye al equilibrio social general. Sólo él garantiza el funcionamiento de la empresa, mientras que el último empleado no. Ahora se puede pasar al nivel interpretativo diciendo que hay un principio general que justifica esa diferencia: el principio de eficacia económica, sin el que la sociedad no podría subsistir. Desde ese

1/2021

criterio de eficiencia económica es justo que él tenga ese sueldo. El momento reconstructivo implica una reformulación de lo que la práctica exige si el momento interpretativo ha de ser funcionar como una justificación. Aquí nuestro ejecutivo puede aludir a que ha llegado a desempeñar este cargo bajo el principio de eficacia cumpliendo a la letra las condiciones de mérito, experiencia, éxito contrastado en trabajos anteriores e independencia de nombramiento respecto del poder político.

Por supuesto el defensor de los empleados puede decir, atendiendo a los tres niveles, que si los tres mil empleados se marcharan y ninguno viniera a trabajar por el bajo salario, la empresa se iría también al garete; que el principio de eficacia no es el único a tener en cuenta, porque un tal Rawls dice que las condiciones desiguales son moralmente aceptables solo si abren el curso de acciones que permiten disminuirlas y que con esos sueldos no pueden llevar sus hijos a clases de inglés, ni en realidad pueden ofrecerles una habitación cómoda y que de esta manera se condena a sus hijos hasta la eternidad a no salir de esa condición de desigualdad y con ello su "tiempo de poder" se queda vacío y el principio supremo de autonomía carece de significado. Y que el principio moral último de máximo beneficio y mínimo perjuicio social se puede cumplir aquí de forma equilibrada porque su demanda salarial permite mantener el beneficio de la eficiencia mejorando la condición igualdad. Pues no se puede decir que el principio de eficiencia solo esté asegurado con ese salario del ejecutivo y solo con ese.

Tenemos aquí dos cursos de interpretaciones, con dos tipos de criterios, de contextos y de reconstrucciones que encierran dos perspectivas sobre la moral y la justicia. Y la cuestión es si podemos emplear aquí un principio que pueda cumplir el criterio de universalización. Y esto no parece evidente. No parece que haya un principio moral vigente listo para ser aplicado, capaz de reconstruir las preinterpretaciones desde una exigencia de universalidad y de servir de inspiración al sistema jurídico con la respuesta correcta propia de un derecho cierto. En términos de la obra de Rawls: sobre este punto no hay gente suficiente en el pueblo, pertenecientes a todos los partidos, para apoyar una percepción como sentido común. Respecto de la justicia social, sobre el sentido de condición social que no es aceptable, quizá no haya una interpretación de las prácticas sociales que permita pronunciar un *ius certum*. Quizá la comprensión integral del derecho colapse aquí, por el momento.

Por supuesto, podemos asumir que el concepto aspiracional o ideal del derecho (afirmado en la página 19), podría ser el de Rawls + Dworkin, compatibilizar eficiencia e igualdad, y trasladar esa aspiración como parte

de la integridad del derecho, pero de ahí no se deriva regla de reconocimiento alguna para decidir en el caso concreto acerca de esa aspiración, ni se deriva que sea bien visto que el juez tenga permitido entrar en este ámbito económico privado con claridad y por lo tanto que el juez tenga jurisdicción sobre este asunto, que así resta como una valoración moral si traducción doctrinal.

Como Dworkin sugiere, esta dimensión interpretativa del derecho utiliza conceptos que son esencialmente contestados y sometidos a controversia. Sus criterios de uso son diferentes porque incluso la interpretación de la práctica social que se juzga puede ser diferente; en nuestro caso, se puede precomprender la situación como parte de una práctica económica o como una práctica social más general. Y eso puede implicar acudir a estratos dogmáticos de la constitución diferentes. Esta diferencia dificulta las valoraciones morales *universales* sostenidas sobre la evidencias compartidas habituales. Sin duda estas diferencias tienen que ver con interpretaciones muy diversas del alcance del principio jurídico fundamental de la libertad, la igualdad y la autonomía. En realidad, los estratos ya están alojados en estos principios, pues la libertad se puede evidenciar en actos, pero la igualdad y la autonomía son condiciones.

Pero esto nos lleva a una cuestión que Massimo La Torre no plantea expresamente. Su argumento invoca la existencia de principios morales universales. Y resulta evidente que no existen de una forma tal que puedan traducirse a fundamentos de derecho de forma unívoca. Esto es así porque las prácticas sociales no son únicas ni homogéneas, como se contemplaban en la sociedad liberal de Rawls, sino que están estructuradas en esferas de acción, cada una con su propia lógica interna, capaz de desplegar interpretaciones sociales diferentes de los mismos principios morales generales. Lo que sea libertad, igualdad, o autonomía, en la esfera de la economía, no lo será en la esfera artística, o en la científica, en la estética o en la política. Si acerca de una misma práctica se puede discutir ante todo la esfera desde la que es interpretada o mirada, entonces la noción de injusticia en ella puede ser entendida como diferente. Por supuesto, la decisión se ajustará a valores y argumentos morales, pero estos no se podrán reducir a aplicar criterios unívocos ni universales de partida. En todo caso, la percepción del viejo organicismo queda rota y la posibilidad de recomponerlo ya no se aprecia con facilidad.

Y es justo esa dificultad interna al curso del argumento de Dworkin el que lleva a la comprensión de Joseph Raz del juez como autoridad apoyada en la invocación de la legalidad como único intérprete y como

única realidad relevante a interpretar. Esta posición no sería tanto la reacción en la defensa del positivismo de Hart, sino una manera de detener la inclinación al activismo judicial a la que podría llevar la centralidad del Juez Hércules al que Dworkin lleva todo su argumento. Pues se puede considerar que, en el fondo, ya la posición del juez heroico de Dworkin es decisionista. El decisionismo que con razón el Prof. La Torre ve en Raz parece en este escenario inevitable, pero no por las razones que La Torre arguye (por obstinación positivista), sino justo por el propio argumento. Raz propondría un decisionismo limitado a la ley, frente a uno inspirado por principios jurídicos y morales. Pero en todo caso parece que estamos ante dos formas de decisionismo.

Todo esto induce a mirar más de cerca el problema. Si en efecto el juez ideal es el que se hace cargo de decidir desde qué óptica mirar el problema, desde qué principios morales últimos de argumentación, entonces tiene que estar dotado de autoridad para hacerlo. Y esa autoridad ciertamente es decisoria, autoautorizativa, en la medida en que implica un poder neutralizador; a saber, qué óptica o esfera social no es aplicable al caso. En nuestro caso, el juez que neutralizara la economía como óptica de juicio, podría aplicar la parte dogmática de la lógica constitucional desde los principios de autonomía y de igualdad. Pero también podría hacer lo contrario, neutralizar la óptica social y privilegiar la económica. Este poder neutralizador es el que exige una última instancia de autoridad. Raz quiere limitar esa autoridad al contenido de la ley positiva, marginando la parte dogmática de la constitución o estableciendo sus límites a partir de sentencias autorizadas. Por eso Raz lleva directamente al desarrollo de los tribunales constitucionales que definen en valor positivo de los principios dogmáticos de la propia constitución. En el fondo no hacen sino concentrar en esos tribunales la autoridad de la decisión de neutralización. Lo hemos visto en España cuando se asumía que las leyes arcaicas de desahucios o de hipotecas no estaban en contradicción con el derecho a la vivienda de la Constitución, como garantía de la condición de autonomía. Una vez más, se neutraliza una mirada constitucional directa en el sentido de que prima el derecho de propiedad y de libertad económica, y sus leyes positivas, sobre los principios jurídicos y morales, que así quedan neutralizado. Por supuesto, la potencia neutralizadora puede argumentarse desde una comprensión moral y jurídica que hace de la libertad económica el principio básico de la dogmática constitucional y de las prácticas sociales. Hayek ha ofrecido argumentos acerca de esta comprensión de la moralidad y del derecho correspondiente. En realidad, el aseguramiento del límite de la

capacidad neutralizadora, más allá de la autoridad de los jueces que reivindica Raz, ha llevado de forma directa a Nozick y el Estado mínimo (que es un estado máximamente neutralizado), la otra forma de romper los equilibrios de la democracia liberal.

Así que cuando miramos los cursos evolutivos de la teoría del derecho, tan magníficamente propuestos por el Prof. La Torre, desde estos contextos histórico-sociales, nos damos cuenta que tras ellos se manifiestan algo más que cuestiones de lógica jurídica, comprensión de las normas y coherencia en la descripción de las prácticas jurídicas. También revelan procesos sociales abiertos acerca de esas prácticas y de las prácticas jurídicas que se acaban imponiendo. Todos estos procesos están relacionados con el hecho de que vivimos en un mundo donde la obra de Rawls queda como ejemplo del pasado dorado de la sociedad liberal, completamente desbordada en nuestros días por un pluralismo moral que rige las diversas esferas de acción social. Y de la misma manera que no disponemos de una teoría que las organice, porque es imposible, no disponemos de una interpretación unívoca de esas prácticas que las articule de tal manera que genere un supuesto sentido moral interno de pretensiones universales.

Así que, en último extremo, lo que permitía el equilibrio de la democracia liberal era la existencia de un mundo de la vida social estable en el que se ofrecían como evidencias implícitas las libertades fundamentales y los derechos básicos de la acción del individuo. Cuando ese mundo de la vida comenzó a verse alterado por la propia acción del Estado, que desde su dogmática constitucional generaba una esfera de acción política dirigida a la justicia como condición social de igualdad, capaz de producir mandatos imperativos, orientados por el reconocimiento de una libertad positiva cada vez más amplia como condición autónoma o tiempo de poder, fue cuestión de tiempo que el debate sobre las evidencias morales saliera a la luz y estas dejaran de ser implícitas. Eso hizo del tiempo del Estado de Bienestar un tiempo de transición y por eso la teoría del derecho se desarrolló entre las dos opciones de la defensa positivista o de la adaptación funcional de Dworkin a las nuevas prestaciones de justicia.

Pero cuando no se pudo evitar que la discusión y el análisis de los límites de la idea de integridad del derecho llevara a la clave del problema que Massimo La Torre nos propone en el libro: la negación del universalismo moral. Pues con ello se permitía la fractura del consenso sobre el alcance de los principios jurídicos, la dificultad de una fundamentación democrática irreversible y epocal del derecho, la dificultad de una interpretación común. Al carecer de esa base, todo se volvió contra

el juez Hércules de Dworkin. Eso es lo que ocurrió con la propuesta de la autonomía del derecho frente a toda moral de Luhmann, que desde la ontologización de las esferas de acción social hace del derecho un subsistema social dotado de su propia lógica autopoiética. Esta posición, aunque altamente especulativa, es bastante cercana al neoinstitucionalismo de Otta Weinberger, pero en realidad son alternativas filosóficas convergentes con juez con autoridad de Raz como última instancia legítima de facto, o a la primacía de los jueces constitucionales descrita por Ran Hirschl, que hace de esos tribunales el último criterio de la interpretación de la normatividad legal, que sería la única que queda en pie.

Pero lo que hay en el fondo de todo eso, cuando miramos desde el organicismo jurídico de las democracias liberales, que vemos en Rattigan, es que el sentido moral en nuestras sociedades no tiene ya una dimensión unívoca. Y eso hace que a todas las invocaciones a la integridad jurídica, que atraviesan el libro de Massimo La Torre, les subyazca la debilidad de que no tenemos una idea clara y unívoca del significado de los principios morales que constituyen, ya desde Kant, principio jurídicos universales. No es tanto la universalidad de la libertad, la igualdad y la autonomía lo que está en juego, sino la pluralidad de sus interpretaciones. Y aquí creo que está la cuestión básica. Porque si se acepta la pluralidad no podemos asumir la universalidad en sentido semántico, la fuerza lógica de la validez universal de una interpretación y, por consiguiente, de la decisión que fundamenta. La imposibilidad de un universalismo moral de partida se deriva de la pluralidad moral propia de un sociedad dotada de esferas de acción, carente de una idea total que las regule. Este hecho impone una general sobredeterminación de la acción y de la perspectiva. Cada esfera está determinada por su lógica y por las determinaciones desreguladas que la imponen las demás. Por eso se impone la primacía de la dimensión contextual de toda decisión y acción. También de la acción del juez. Eso se aceptó, como vimos, por Dworkin y por Massimo, pero no creo que se hayan analizado hasta el final los problemas que implica.

Un autor que Massimo cita con frecuencia en su texto, Peter Winch, escribió un artículo en *The Monist*, en 1965, titulado "The Universalizability of Moral Jugments", que ya se hizo eco de las dificultades que tenía el intuicionismo de Moore tanto como el cognitivismo moral en general. Su conclusión es la siguiente: «He argüido que decidir lo que uno debería hacer no es asunto de encontrar aquello que *cualquiera debería hacer en circunstancias parecidas*. Pero si, como he sugerido, existe un sentido genuino en el que está implicada la noción de "encontrar algo" aquí, entonces, debo

ofrecer una explicación de lo que quiero decir con esta última expresión. Me parece que lo que uno encuentra aquí *es algo acerca de uno mismo, más que algo de lo que se pueda hablar que se mantiene de forma universal*» (168). Esta puede ser una buena descripción de lo que hace realmente el juez Hércules y si estuviera apoyado solo en leyes positivas como reglas de reconocimiento podría ser una descripción de lo que hace el juez autoridad de Raz. Winch era consciente de que por este camino iba a una teoría de la autorrealización moral, en un sentido en el que por aquel entonces, en 1968, se comenzaba a imponer y que llevaría a la moral de Foucault como obra de arte. Pero *mutatis mutandi* se podría aplicar al juez que se autoriza a sí mismo a dar una sentencia en el sentido de que ha encontrado algo relevante a como él debe actuar, al margen de la condición universal que su decisión tenga. Y eso aunque, para mostrar su grado de compromiso con ese curso de acción, se expresara como un kantiano y dijera que eso es lo que en su opinión debería hacerse de forma universal.

Si asumimos este proceso como carente de problemas, por supuesto, entramos en un argumento peligroso para las bases consensuales de la vieja democracia liberal. La manera en que uno encuentra algo vinculante acerca de sí mismo sólo puede ser expresado en términos de las ideas morales, cierto, y sobre ellas se ha llegado a la decisión. Pero parece que a la idea de derecho le es interna la idea de universalidad y, sin embargo, la idea moral aquí no la apoya porque ella no la integra. Dworkin podría estar satisfecho solo a medias. Son esas ideas morales las que marcan el límite de posibilidad e imposibilidad de una acción. Sin embargo ninguna en estas ideas impide que una idea de moralidad alternativa pudieran llevar a posibilidades prácticas diferentes a otros actores. Esto es así porque lo que determina uno y otro juicio de posibilidad es siempre la *apreciación de la concreta situación por parte del actor*. Pero el problema es que, en una sociedad fracturada en esferas de acción, las formas de apreciación de la situación de acción son estructuralmente diferentes, según la esfera social de acción desde la que se juzgue y las esferas que han quedado neutralizadas. Y lo que es peor, si para salir de esas complejidad sin metarregla alguna asumimos la interpretación que se deriva del carácter directivo, sobredeterminante de la esfera económica, entonces podemos llegar a interpretaciones unívocas, pero restrictivas de la complejidad social y la idea de justicia como condición social. Eso es lo que ha hecho la comprensión neoliberal, que también tiene una teoría moral y una teoría del derecho.

Ahora bien, la apreciación de la situación concreta no es algo unívoco, ni viene impuesta por la situación misma, sino algo a lo que solo se llega desde la actitud del participante, entonces parece evidente que esta actitud es la que debe asumir el juez si quiere comprender el caso. Esto choca con la vieja imagen del juez y estoy de acuerdo con Massimo La Torre en lo que me parece un argumento central, que aquí el juez no puede caminar sin las líneas de los abogados, como sucedía en la obra de Rattigan. El juez Hércules de Dworkin no es posible sin abogados Hércules. Pues como dijo Hare en *Freedom and Reason*, de 1963, en un pasaje que cita Winch: «Es casi siempre [nearley always] presuntuoso suponer que la situación de otra persona es exactamente *como aquella* en la que estamos nosotros mismos o incluso como esta en sus detalles particulares relevantes». Pero si esto es así, Winch no puede sino reconocer que «el principio de universalidad es ocioso» [*idle*] (169). Las conductas morales pueden ser diferentes justo en atención a dos conjuntos de consideraciones conflictivas sobre la misma esfera de acción, sobre su condición de sobredeterminada, pues esta condición define las circunstancias y las descripciones de las prácticas en las que juegan las razones morales. Y eso hace casi imposible una misma aplicación de la cláusula «exactamente las mismas circunstancias». Con ello, dice Winch, se le retira toda fuerza lógica al principio de universalización moral. Winch, que es un weberiano, como yo, no ha aplicado aquí la teoría de las esferas de acción social, pero es fácilmente aplicable. Pues ella es la que permite aproximarse, solo aproximarse, a definir algo parecido a «las mismas circunstancias». Eso es lo que ha llevado a Blumenberg a decir que la aproximación moral a la hora de juzgar a otra persona es más bien ociosa, la otra cara de la tesis de Raz de que el juez ha de atenerse a la ley positiva y tener una autoridad exclusiva en ella.

Sin embargo, resulta evidente que esto no elimina la moral ni su relevancia para el derecho. Rompe con una idea de universalidad de la moral como algo que ya está ahí disponible y sirve a los argumentos del juez. Lo estuvo en la sociedad que describía Rattigan. Pero no lo está. Eso es lo que explica que Akerbloom, el kantiano de *Las Mejores intenciones*, la novela de Igmarr Bergmann, resume el imperativo categórico así: «¡Se concreto!». Lo que dice es que de nada nos sirve tener un principio universal si no tiene una interpretación universal. Es preferible tener un caso como interpretación concreta, aunque no pueda presentar como universalizable de entrada.

Por supuesto que este argumento, lejos de eliminar el juicio moral y de ir en contra de los supuestos de Dworkin, lo afirma, desde luego; pero

eso hace que la sentencia jurídica dependa de una previa interpretación y construcción del caso en el que la decisión moral funciona. Eso implica establecer desde qué esfera de acción y desde qué forma moral de las posibles vamos a establecer el juicio, lo que implica un complejo juego de neutralizaciones. Lo que ya no podrá fingirse es que seguimos en el supuesto armonicismo que existía en la sociedad liberal anglosajona de la señorita Catherine Winslow. Y justo porque no hay forma de armonizar las diferentes exigencias, procedentes de las diferentes perspectivas morales con sus jerarquías argumentales, se ha concedido la centralidad hercúlea a los jueces. Esto *hace parecer* que, tras ese ideal complejo de Dworkin, se introducen prácticas decisionistas del juez Hércules, y a eso responden las tesis expresamente decisionistas del último Hart y de Raz, para dirigir las prácticas judiciales a otro sentido más limitada. Y también como reacción a estas tendencias, se ha impuesto una clara jerarquización de los sistemas jurídicos. Y esta ha abierto paso a leyes dictadas desde coyunturas políticas partisanas que conceden a los TC competencias de última decisión, un proceso que en el fondo juega con legitimidad de facto de la ley al margen de toda pretensión de validez ideal. Y dadas las consecuencias, podemos preguntarnos si efectivamente puede existir legitimidad como autoridad *de facto* sin esta otra que analice su validez ideal.

Como es natural, para un weberiano, llevar las cosas al problema de la legitimidad es moverse en terreno conocido. Pues aquí, si volvemos por un instante a Rattigan y a la democracia liberal, nos damos cuenta de que su base última, de procedencia hobbesiana, era sencillamente que la economía ya estaba neutralizada como ámbito privado que el Leviatán dejaba más allá de su ley pública. Pero con la sociedad de masas y la democracia en sentido de Tocqueville, ya no podemos asumir esta posición. Por eso dijo Schmitt que el motor que hacía evolucionar occidente era Tocqueville, el destino de una democracia de masas como homogeneidad social e igualdad de condición, lo que Weber llamaba socialización; a saber, una economía sobredeterminada por sus dimensiones sociales. Pretender que la economía quede neutralizada ante la esfera judicial, cuando ella se introduce en todas las estructuras de la vida social y personal, es dejar fuera de la vida del derecho la mayor parte de la vida social humana. Así que tenemos un bonito dilema. El juez Hércules tiene que encontrar la manera de no asumir la lógica neoliberal, pero al mismo tiempo tiene que neutralizar toda apariencia decisionista, porque esta apariencia refuerza el decisionismo positivista. Y tiene que hacerle invocando razones morales y principios jurídicos a sabiendas de que no son universalizables a priori. La

pregunta aquí es sencilla: ¿cabe encontrar un criterio para una sentencia no decisionista que no se base en una universalidad de partida? Creo que esta la pregunta a la que nos lleva Massimo La Torre.

Que los jueces tengan en cuenta razones morales y principios jurídicos en sus apreciaciones razonadas, es sencillamente invertir la neutralización propia de la sociedad liberal y es rechazar la univocidad neoliberal que ha sustituido la neutralización liberal de la economía clásica por la imposición de su centralidad. Esto es necesario que suceda si quieren ser portadores de la razón de una sociedad y no de un estamento. Con eso llegamos a la situación actual. Ni podemos volver a la sociedad liberal clásica ni tenemos abierto un camino de superación de la misma dotada de criterios de validez clara que no presuman universalidad de partida. Por supuesto, ante una sociedad que carece de una metaesfera teórica hegeliana que regule la relaciones entre las demás esferas, la única instancia de puede regular sus equilibrios desde la noción, de otro modo inexistente, de sociedad es el derecho como juego de jueces y abogados. Pero lo que imponen las modernas circunstancias es que esto solo se puede hacer desde la identificación paradigmática de lo que sean “las mismas circunstancias”. Creo que una buena manera de expresar esto es que lejos de disponer de evidencias, hábitos, creencias y prácticas universales a los que acudir los actores jurídicos, es en la construcción del juicio mismo donde se forjan los casos paradigmáticos. El criterio de objetividad es aquí más fuerte que el de universalidad. El caso paradigmático no es universal. Es el que fija con claridad las circunstancias de tal manera que otro caso pueda establecer con claridad en sus diferencias. Como diría Weber de los conceptos ideales tipos, no están hecho para imponerse en los demás casos, sino para que estos sean conscientes de las diferencias. No funcionan fundando universalidad sino la objetividad de los casos ulteriores. Fundan experiencia, no universalidad. Y toda experiencia es siempre una línea espiral abierta a nuevos casos.

Lejos de usar nuestros paradigmas morales y jurídicos compartidos, el juez los crea. Pero no es decisionista porque en realidad *encuentra* en la objetividad del caso las razones internas para sentenciar, algo que no puede hacer al margen de las construcciones de los abogados. Pero a esta objetividad razonada sobre la identificación del caso, con toda su complejidad argumental, es a lo que llamamos el fundamento de la validez de un ordenamiento (y una sentencia lo es). Esto no es posible *hallarlo* sin una participación en sus razones y un consentimiento en sus consecuencias por parte de la población que tiene que obedecer los ordenamientos. Ese

puede ser el principio de sedimentaciones que con el tiempo asienten una idea de justicia y permitan quizá las estabilizaciones que el abogado de Rattigan encontraba como apoyadas por algunas gentes de todos los partidos. Por el momento podemos decir que cunde la percepción de que no podemos tirar por la borda la esfera de acción económica, pero no hemos logrado una manera equilibrada de hacerla compatible con las demás esferas. Encontrar la interpretación de la economía que permita esa compatibilidad sería una adecuada forma de comprender la noción de validez adecuada a la época, que ya no sería un derivado de un argumento moral universalista, sino de una pragmática abierta capaz de compensar las diferentes percepciones morales vigentes y de unificarlos alrededor de casos paradigmáticos. Y eso requiere un modelo de sociedad del que carecemos y del que careceremos mientras la esfera de acción económica sea la que privilegiada y sobredeterminante, y no la determinada. Toda descripción de procesos teóricos inmanentes al ámbito jurídico debe necesariamente parecerse limitada a la hora de hacer frente a este proceso que es de naturaleza práctica. Sólo sabemos que no puede hacerse al margen del derecho, aunque para ello deba estabilizarse una comprensión integral del derecho de la que todavía carecemos.

Pero en relación con esto, sigue siendo verdad que si esas consideraciones jurídico-morales no se cruzan con argumentaciones políticas y de toda índole, de tal manera que haya suficiente parte del pueblo o de esa comunidad de todos los partidos con percepciones comunes de justicia económica y social, no se podrá hablar de validez de los órdenes en sentido ideal y entonces todo adquirirá un aspecto decisionista en manos de autoridades fáctica o institucionalmente establecidas. Sólo aquel cruce de razones podrá definir qué significa de forma común “las mismas circunstancias”, como se podrán aplicar los casos paradigmáticos, qué circunstancias divergentes serán o no relevantes, y se podrán definir las situaciones intolerables cuya solución de nuevo puedan hacer llorar a los abogados. Pero eso no va a suceder fácilmente. Implica la construcción de una comunidad republicana asentada en percepciones colectivas de justicia y de autonomía. Mientras tanto quizá lo mejor que pueda pasar es mantener la racionalidad específica de la comunidad jurídica y sus prácticas deliberativas, pero se abre el peligro de que la ficción de autopoiesis normativa imponga decisiones, desde los jueces de las cortes supremas, claramente limitativas de esa dirección de apertura propia de la experiencia de la que aquí se ha hablado. Aquí como siempre, las instancias concentradas nos devuelven a las formas clásicas de la soberanía

decisionista. Al final, la base de todo es si la democracia funciona de forma republicana eficaz y si el horizonte comunitario básico permite juicios convergentes de lo que objetivamente llamamos “las mismas circunstancias”. Todo dependerá entonces de la capacidad expansiva de determinados juicios capaces de fundar paradigmas, esto es, casos que sirven de regla. Si hay una conclusión en la *Crítica del Juicio* de Kant es que esa dimensión de sentido comunitario es necesaria al juicio tanto estético como sobre lo justo.

Así que a la pregunta de si es viable una comunidad de juristas en su autonomía sistémica, diré que obviamente no. Necesita una comunidad superior de referencia para disponer de una autoridad algo más que fáctica. Pero esa comunidad solo puede estar constituida por juicios singulares que sirven de paradigma y que abre experiencias ampliadas a otros casos. Sin ella, el juicio en sentido reflexivo colapsa y toda pretensión de identificación de las “mismas circunstancias”, la base de todo proceso de decisión jurídica, se diluye. No es por tanto el universalismo moral ya disponible la base desde la que se impone una sentencia jurídica de validez ideal, sino el argumento jurídico objetivo y sus juicios el que asienta el sentido común acerca de lo justo y forja percepciones morales concretas capaces de interpretar en casos los principios abstractos. En ese círculo se puede configurar una percepción ampliamente comunitaria republicana, semejante a la que funcionó en la democracia liberal, pero que por ahora no está en vigor en el mundo. Y sin eso, todo lo demás, positivismo, teoría de sistemas, decisionismo, neoinstitucionalismo, neoconstitucionalismo, populismo, me parecen que son salidas inducidas que no logran reconstruir el organismo de racionalidad práctica en cuyo seno vive el derecho. Entonces no incluso, sino sobre todo, el supuesto habermasiano que abre deliberativamente una evolución del sentido de validez, queda bloqueado. Por supuesto, siempre será mejor el sistema jurídico con su racionalidad interna especializada que el decisionismo del soberano schmittiano. Pero el derecho será entonces una práctica autonomizada arrancada de la bella planta del republicanismo en la que creció. Y solo cuando esta se reconstruya sobre bases culturales nuevas, suficientemente comunitarias, que integren la idea de lo justo en nuestra circunstancia histórica atravesada por la economía, podrá alcanzar la promesa que lleva implícita: ser la expresión más lograda de la práctica humana, justo por ser la más concreta.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

JACOPO VOLPI

**Cronaca del seminario «*Italian Life. Un romanzo
sull'Italia del presente (e la sua università)*»**

1/2021

JACOPO VOLPI*

Cronaca del seminario «*Italian Life. Un romanzo sull'Italia del presente (e la sua università)*»

Il giorno 17 maggio 2021 si è svolto, in forma telematica, il convegno «*Italian Life. Un romanzo sull'Italia del presente (e la sua università)*», nell'ambito del ciclo di seminari dell'Anno Accademico 2020/2021 del Corso di Dottorato in *Ordine giuridico ed economico europeo*, istituito presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

L'incontro è stato moderato dal Prof. Massimo La Torre, coordinatore del Dottorato di Ricerca e Professore ordinario presso l'ateneo catanzarese, ed ha visto la partecipazione del Prof. Mauro Giuseppe Barberis, ordinario presso l'Università di Trieste, del Dott. Domenico Bilotti, docente presso l'Università di Catanzaro, del Prof. Francesco Mancuso, ordinario dell'Università di Salerno, del Prof. Charlie Barnao, associato presso l'Università di Catanzaro e del Prof. Tommaso Greco, ordinario dell'Università di Pisa, oltre alla presenza dell'autore, il Prof. Tim Parks, che ha tenuto la relazione introduttiva.

Il dibattito si è sviluppato a partire dalla discussione sul recente romanzo *Italian Life. Una fiaba moderna di amori, tradimenti, speranze e baroni universitari* (Rizzoli, 2021) - *Italian Life. A Modern Fable of Loyalty and Betrayal* (2020) del Prof. Tim Parks, figura poliedrica di intellettuale, con una vasta produzione letteraria, saggistica, accademico-scientifica.

L'introduzione ai lavori del convegno è stata opera del Prof. La Torre, il quale ha principiato sottolineando l'importanza del Prof. Parks rispetto al contesto intellettuale italiano ed ha inoltre evidenziato, più in generale, il ruolo significativo che lo scrittore inglese riveste all'interno della cultura europea contemporanea: Tim Parks ha studiato a Cambridge e a Harvard ed è stato docente, per molti anni, presso la Libera Università di Lingue e Comunicazioni di Milano ("I.U.L.M."), pubblicando, dipoi, nel corso del suo variegato itinerario intellettuale, molteplici romanzi ed ottenendo prestigiosi premi e riconoscimenti (nazionali ed internazionali). È autore, altresì, di una cospicua produzione di *non-fiction*, genere peculiare al confine tra *forma*-romanzo e saggistica, a cui si devono aggiungere i numerosi lavori in materia di teoria e critica letteraria. Da registrare,

* Dottorando di Ricerca in *Ordine giuridico ed economico europeo*, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, Ciclo XXXVI.

parimenti, una notevole traduzione, dall'italiano all'inglese, de *Il Principe* di Niccolò Machiavelli, per i tipi della casa editrice britannica *Penguin Books* (*The Prince*, Penguin Classics, London, 2014), che sostituisce la versione, tanto risalente quanto storicamente rilevante, di Peter Bondanella. Su questo fronte, il Prof. La Torre ha giustamente posto in rilievo il ragguardevole contributo del Prof. Parks nell'opera di traduzione – dall'italiano alla lingua inglese – di alcuni celebri scrittori italiani protagonisti della storia della letteratura italiana (ed europea) del Novecento: da Alberto Moravia, fino ad Italo Calvino e Cesare Pavese. Senza dimenticare le importanti collaborazioni con i più rilevanti giornali e con le più famose riviste letterarie angloamericane (come il *The New York Review of Books* o il *New Yorker*).

Sulla scorta dell'introduzione del Prof. La Torre, l'apertura della discussione è stata affidata al Prof. Parks, ospite principale ed autore del romanzo oggetto del dibattito seminariale.

Il Prof. Parks, dopo essersi dichiarato pienamente consapevole della portata in un certo senso "provocatoria" del libro, ha sottolineato come le reazioni – in buona parte esterne rispetto alla ristretta cerchia della critica letteraria e scaturite, in ragione dei contenuti dell'opera, soprattutto dal contesto accademico-universitario – siano il frutto, invero, di una sorta di "effetto collaterale", di natura non intenzionale. L'obiettivo primario per l'autore, infatti, era cercare di rappresentare una realtà, quella italiana, anche (ma non soltanto) attraverso lo scorcio prospettico della vita universitaria, con le sue dinamiche di rapporto ed i suoi complessi ambiti di relazione.

Parks ha descritto il suo percorso e la sua esperienza in Italia come un lento *processo di apprendimento* finalizzato ad un ingresso, materiale e spirituale, nella società italiana e volto a cercare di penetrare nella profondità della sua cultura, nelle sue pieghe riposte e nei suoi nodi irrisolti, così da conseguire piena consapevolezza critica e pragmatico-esistenziale.

Uno strumento tipico, secondo Parks, attraverso cui è possibile, in termini generali, comprendere appieno i tratti distintivi di un Paese, con le sue storie e le sue intime contraddizioni, sarebbe proprio quello letterario. Quest'ultimo, infatti, si può dimostrare rappresentativo di un certo *modus vivendi* o di una precisa modalità di riordinamento del mondo, tipica della realtà popolare e territoriale di cui si vuole fare conoscenza: Parks ha iniziato, così, con la lettura delle opere di Natalia Ginzburg, fino ad arrivare ai 'classici' della letteratura italiana, come Alberto Moravia, Italo Calvino, Giorgio Bassani, Giovanni Verga, Alessandro Manzoni, Dante Alighieri.

Il senso di ‘straniamento’ che Parks ha provato al momento del suo arrivo in Italia viene dall’autore di *Italian Life* significativamente accostato – con una similitudine lucida ed al contempo ben esplicitiva – al bambino che, assieme ai genitori, va a cena dagli amici di famiglia e si trova dirottato in un contesto i cui canoni di orientamento, le abitudini, i frangenti emotivi assumono sembianze diverse e, per questo, in un primo momento, fomenti di un disorientato smarrimento. Allo stesso modo, giunto in Italia, il Prof. Parks ha affermato che la sua prima percezione è stata una equivoca sensazione (metaforicamente intesa) di confusa perdita della facoltà di parola a cui ha fatto seguito, nondimeno, un graduale ambientamento: in tal modo, ed un passo alla volta, Parks ha sostenuto di essere riuscito ad inserirsi, progressivamente, nelle articolazioni della proteiforme realtà italiana, iniziando a intuirne la foggia e le modalità operative.

Una cifra caratteristica e un criterio metodologico cruciale per la comprensione di questo “nuovo mondo” (rispetto alla realtà inglese da cui egli proveniva, e proviene) sarebbe proprio il dispositivo concettuale – ha dichiarato Parks – dell’*appartenenza*, con ciò intendendosi, dal punto di vista semantico-contenutistico, una tendenza ad anteporre i valori dell’affiliazione e della adesione prima di altri e diversi valori come, ad esempio, quelli della *indipendenza* o del *potere*: la *lealtà* (intesa come *desiderio di inclusione*) rivestirebbe un ruolo più significativo e pregnante rispetto a qualsiasi altra modalità di azione sociale. Questo strumento ermeneutico-concettuale, poi, egli ha tentato di applicarlo non già attraverso una lettura generalizzante, ma immergendosi all’interno di zone circoscritte della realtà italiana, ove fosse possibile coglierne le differenze rispetto ad una visione estera (o “non-italiana”): si pensi – ha citato, a titolo esemplificativo, lo scrittore inglese – all’universo condominiale, luogo (*ideal*) tipico di manifestazione delle prerogative relazionali di un popolo, o al mondo della scuola, ove il cittadino, ancora “acerbo”, si forma e cresce all’insegna di valori condivisi. Un esempio caratteristico, secondo il Prof. Parks, sarebbe costituito dal così detto “tifo da stadio” o, ancora, dai treni e dalla realtà ferroviaria, *tòpoi* emblematici delle manifestazioni comportamentali di una nazione, ma in modo particolare per gli abitanti della nostra Penisola.

Il libro, a detta dell’autore, non sarebbe una rappresentazione di tutte le università italiane e non sarebbe neanche una manovra letteraria per tentare di dimostrare come le cose, all’estero, vadano necessariamente meglio. L’unico sforzo conoscitivo attribuibile all’opera è quello di cercare di porre l’accento su un aspetto di natura squisitamente *formale*. Parks ha inteso sottolineare come, entro un certo grado, quando le cose in Italia “non

vanno bene”, non vanno bene *in un modo determinato* e peculiare, divergente rispetto a come le cose accadono fuori dall’Italia. Insomma, il contesto universitario, per Parks, assumerebbe anche le caratteristiche di una lente di ingrandimento in grado di fornire una rappresentazione – non migliore o peggiore in confronto ad altre situazioni, ma – più realistica della “modalità italiana” di comportarsi.

A tal fine, l’autore di *Italian Life*, citando anche due “passi-specchio” tratti direttamente dal romanzo, si è soffermato su due elementi che, a suo avviso, rappresenterebbero perfettamente un certo modo di agire e *reagire* dinanzi ad inaspettati eventi della vita o di fronte ad inattesi comportamenti altrui.

Il primo aspetto concerne l’importanza attribuita alla dimensione delle *origini* e, più in particolare, della *lealtà* rispetto alle origini. Tale fedeltà si caricherebbe talvolta di contorni drammatici, svelando fino a che punto una determinata persona sia disposta a cedere o a dimostrare obbedienza di fronte ad una richiesta improvvisa, che sembra determinare una dolorosa discrasia con valori e principi consueti rispetto al contesto di provenienza.

Il secondo profilo riguarda, invece, il ruolo centrale che svolge la *protezione* nell’ambito dei rapporti sociali. L’esempio universitario viene utilizzato da Parks quale modello più delimitato rispetto ad un “modo di agire” che sarebbe diffuso a livello nazionale. In tal caso, il ricorso ad uno strumento *informale* si presenta come un mezzo efficace laddove si debba far emergere la dimensione *protettiva* come elemento costitutivo per sbrigare situazioni burocraticamente difficoltose o, comunque, involute sul piano amministrativo-procedurale. In tal caso, il richiamo a dinamiche *extra-formali* costituirebbe uno sbocco utile di risoluzione, per meglio riuscire a scongelare una situazione caratterizzata da una certa frigidità gerarchica. Il tema che Parks ha dunque cercato di rimarcare è quello dell’imperituro e sempre riaffiorante problema dei nessi tra una sfera formale di regolamentazione e il concreto terreno dei rapporti sociali, intessuto di usi e consuetudini su cui le stesse regole giuridiche possono esercitare, sovente, un’influenza poco più che parziale. Parks, infatti, ha sottolineato come lo scopo precipuo del libro non fosse di rendere atto dei vari cambiamenti derivati dal succedersi delle singole riforme universitarie, ma di suggerire l’idea che, al di là di un determinato sistema di regole, formalmente vigente, sussisterebbe in ogni caso un sistema di rapportarsi e relazionarsi che rimarrebbe attivo ed efficace.

Alla luce di ciò, l’autore ha affermato come sia importante, anche per uno scrittore di romanzi, cercare di cogliere la storicità del personaggio, che

risulta sempre calato in uno specifico contesto socioculturale. Le variegata riforme universitarie che sono state approvate negli ultimi anni – ha sostenuto Parks – non hanno cercato nient'altro che di raffrenare questo potente meccanismo di intricatissime relazionali sociali, improntato a precisi criteri deontologico-consuetudinari. La rappresentazione fornita nell'opera, dunque, proverebbe ad attingere un grado di *rappresentatività circoscritta*, sfruttandola, però, anche per cercare di esibire una lettura interpretativa più ampia rispetto ad un "modo di fare" generalizzato. In tal senso, secondo Parks, si comprenderebbero anche i continui riferimenti ai racconti di Giambattista Basile, dove il 'fiabesco', in una sorta di gioco di rimandi, invita a comprendere meglio la realtà soggiacente alla *forma-racconto* e, al contempo, la realtà stessa riesce a trasfondere spunti ermeneutici decisivi per valorizzare ciò che dalla lettura della trama delle fiabe sembrerebbe assumere i contorni del *meramente immaginario*.

Proprio sulla scorta della dimensione della *rappresentatività* ha preso la parola il Prof. Mauro Giuseppe Barberis il quale ha esordito evidenziando come il libro sia, per certi versi, "miracolosamente rappresentativo" del mondo universitario italiano, ma anche della realtà italiana in genere.

Richiamando una tripartizione da lui già presentata in un articolo del 3 maggio 2021 pubblicato sulla Rivista *MicroMega* («*L'anomalia italiana: l'esempio dell'università*»), Barberis ha declinato il concetto di 'appartenenza' in tre accezioni: a) particolarismo; b) familismo; c) burocrazia. Sulla base di questi spunti, egli ha evidenziato come anche i concetti che vengono veicolati dai due "passi-specchio" citati da Parks corrispondano, in buona parte, alle nozioni da lui sviscerate di 'appartenenza'.

Oltre a queste riflessioni di natura più schiettamente teorica, l'intervenuto si è impegnato a rimarcare, altresì, la differenza fra il romanzo di Tim Parks e il recente articolo di John Foot – anch'esso venuto alla ribalta negli ultimi mesi e fortemente critico nei confronti dell'ambiente universitario italiano (*On the Barone*, "London Review of Books", vol. 43, n. 5, 4 March 2021) – il quale ha suscitato, peraltro, polemiche molto più accese, soprattutto in ragione dei toni, piuttosto caustici, che sembrano contraddistinguere.

Secondo Barberis, le differenze fondamentali tra l'opera di Parks e l'articolo di Foot, sarebbero tre: in primo luogo, mentre John Foot non resiste alla tentazione di rappresentare "riti, miti e folclore" della università italiana da un punto di vista esterno, come farebbe "un antropologo capitato in una cultura aliena", Parks conduce un'analisi più 'partecipante' dal punto di vista sociologico e, in tal senso, anche più costruttiva a livello

dialogico; in secondo luogo, Parks avrebbe il merito, grazie alla raffinatezza della sua proposta letteraria, di far riflettere i professori italiani su alcune peculiarità sulle quali non si erano mai sufficientemente soffermati; infine, ed in terzo luogo, il Prof. Barberis ha messo in luce come Foot tratti, sostanzialmente, dell'università del passato, mentre Parks riesca a parlare a tutti gli effetti dell'università attuale e, soprattutto, dell'università del *futuro*, restituendo al lettore un'immagine più veritiera.

Sulla scia di queste ponderate riflessioni, Barberis si è rivolto all'autore del libro ponendogli un interrogativo, e cioè se ciò che, in un certo modo, viene presentato come caratteristico della società accademica italiana non sia, in realtà, proprio anche del mondo accademico-universitario in generale, al di là di confini geografici stabiliti.

Il Prof. Parks si è allineato alla sollecitazione di fondo che è emersa dalla domanda, condividendone il punto di vista ed evidenziando la problematica della discrasia fra dimensione concorsuale, sfera della cooptazione *de facto* e criteri valutativi che sorreggono, alla base, i concorsi universitari, notando, tuttavia, come questi spazi di divergenza siano trasversali alla società (non solo italiana) e siano rintracciabili in molti momenti dei rapporti sociali, come, ad esempio, nel mondo dello spettacolo, o artistico in genere.

Da un'analisi sulle capacità del romanzo di Parks di registrare, quasi come uno strumento sismografico, alcune manifestazioni tipiche della cultura italiana, ha preso le mosse il Dott. Domenico Bilotti, lasciando temporaneamente da parte il problema se tali rappresentazioni configurino, effettivamente o meno, delle tendenze universalizzanti o universalizzabili. I punti di fuga individuati, in virtù della riflessione che emerge dal libro di Parks, sarebbero tuttavia – secondo Bilotti – quantomeno paradigmatici di alcuni *frammenti* della identità italiana. Uno di questi frammenti sarebbe proprio l'inclinazione ad introiettare all'interno del discorso politico-sociale la preminenza della *protezione* rispetto al primato dell'*eredità*. In quest'ottica, il relatore ha messo in evidenza l'emersione, negli anni, di una maggiore "ricattabilità sociale", che sarebbe scaturita proprio dalla preponderanza della dimensione protettiva la quale, a sua volta, avrebbe generato un diffuso senso di insicurezza e, di conseguenza, una minore garanzia di forza allorché si avverta il bisogno di lottare per rinnovati spazi di libertà.

Questo universo di discorso si rintraccerebbe, a parere di Bilotti, anche nel romanzo di Tim Parks: un libro dotato delle succitate caratteristiche, potrebbe essere letto ed interpretato attraverso precise chiavi di lettura, tipiche della generazione a cui l'intervenuto si sente di appartenere

(laddove con “generazione”, ha specificato Bilotti, non si alluderebbe ad un mero ‘status’ anagrafico, quanto piuttosto ad una sorta di “termometro sociale”, indicatore sinottico di ciò che sarebbe accaduto storicamente in Italia, a livello lavorativo e anche universitario, nell’ultimo ventennio).

Una di queste chiavi di lettura, appunto, sarebbe ad esempio costituita, secondo Bilotti, da una certa *ideologia della mobilità*, la quale baratterebbe l’idea di un’*obbligatorietà* di spostamento con la *possibilità* o *volontà* dello stesso. La “vera” mobilità, ha sostenuto il relatore, non sarebbe quella in cui un soggetto è obbligato a spostarsi per cercare sempre nuove alternative o rinnovate “fortune”, ma, piuttosto, quella che metterebbe a disposizione, attraverso una libera facoltà di scelta, tali occasioni di ricerca, di viaggio e di concreto spostamento, finalizzate ad un miglioramento lavorativo, culturale e spirituale. La dimensione di obbligatorietà sarebbe sintomo di una società della protezione, mentre la seconda – l’autonomia di scelta – rimanderebbe ad un possibile e rinnovato esercizio di libertà. Nel riflettere su questo punto, Bilotti ha richiamato il paragrafo di un famoso libro del 1974 di Robert Nozick (*Anarchy, State and Utopia*, 1974 – *Anarchia, Stato, Utopia. I fondamenti filosofici dello «Stato minimo»*), ove è contenuto il riferimento, nel capitolo 2 della Parte I dell’opera, alle così dette *Associazioni protettive dominanti*, patrocinando con ciò l’idea che la fondamentale rassegnazione, maturatasi nel nostro tempo, rispetto alla pensabilità di una *prestazione sociale universale* non possa che condurre, se spinta fino ai suoi esiti estremi, alle costruzioni di quelle associazioni protettive che Nozick, nel suddetto volume, tentava, sul piano teorico-politico, di delineare.

Il relatore ha concluso, poi, con una postilla ottimistica, cercando di indicare una possibile via d’uscita rispetto alla crisi che l’università sta attraversando e attraversa da ormai parecchi anni. Preso atto che ciò che viene raccontato nel libro non può assumere né i contorni della “pura verità” né, tanto meno, i caratteri del mero frutto dell’immaginario intellettuale dell’autore, ma che debba accedere alla dimensione, fondamentale nel *pattern* archetipico del modello letterario, del così detto “patto narrativo” al quale si confà, piuttosto, l’universo della *vero somiglianza*; preso atto, come detto, di ciò, una possibilità di sbocco dalla fase critica potrebbe essere forse ricercata, secondo Bilotti, nella valorizzazione di ciò che, essenzialmente, l’università è sempre stata: un’istituzione, su base volontaria, semi-assembleare, che trova(va) i suoi caratteri precipui nell’autonomia, nell’immunità e nella libertà di movimento, innervati da una vocazione di comunità e di appartenenza. Tutte le istituzioni che aspirino ad una certa universalità, in tal senso, ha

segnalato Bilotti, hanno bisogno di profondissima lealtà nei rapporti umani e di enorme rigore nell'adempimento e nell'assolvimento degli obblighi individuali.

Meditando su queste cifre caratterizzanti, quali dati di partenza per un processo di mutamento e di rivoluzione dettati da una piena presa di responsabilità, e rivalutando la dimensione di lealtà che abita le nostre relazioni sociali al di là della mera "planimetria gerarchica" universitaria, l'intervenuto ha concluso con l'auspicio che il libro di Tim Parks possa fornire qualche direttiva positiva, fondamentale per "togliere lo scafo dallo scoglio e [affinché] non descriva", invece, "la sorte della scafo impantanato, per sempre, negli scogli stessi".

Sul medesimo crinale si è posto il Prof. Francesco Mancuso, invitando a lavorare affinché la discussione non ceda ad una sorta di "antropologia irredimibile" e virando sul problema della incidenza delle regole giuridiche che governano il sistema universitario e sulla capacità di quelle di esercitare, su questo, una influenza tutt'altro che parziale ma, piuttosto, decisiva.

La riflessione di Mancuso, così, si è soffermata su l'attuale proposta di modifica legislativa del sistema di reclutamento universitario, elaborata dalla "VII Commissione Cultura, Scienza e Istruzione" presso la Camera dei Deputati: riforma che, per ragioni giornalistiche, ha preso il nome di "Bella-Melicchio", dai cognomi, appunto, dei due principali promotori, ma recante, ufficialmente, il titolo: «*Norme in materia di reclutamento e stato giuridico dei ricercatori universitari e degli enti di ricerca, nonché di dottorato e assegni di ricerca*».

Il suddetto progetto di legge, secondo Mancuso, avrebbe l'intenzione di risolvere i problemi dell'università in senso presuntivamente 'meritocratico'. Ciò avverrebbe, tuttavia, ad avviso del relatore, secondo metodi errati, giacché – e su questo si allinea, acconsentendo, anche il Prof. Parks – non terrebbe conto del vero substrato valoriale e consuetudinario su cui tali regole si innestano e stabilirebbe, altresì, un criterio di apparente mobilità il quale, lungi dal fornire un ausilio concreto proprio ai soggetti 'mobili', ne aggrava *in peius* la condizione (nel caso di specie, imponendo l'obbligo di non partecipare, per cinque anni, a concorsi universitari indetti dall'Università dove si è in precedenza prestato servizio, anche in forma minimale sul piano qualitativo e quantitativo, o dove si sia stati titolari di assegni di ricerca ovvero iscritti a corsi universitari nell'università stessa). Ciò – ha affermato Mancuso – esacerba ancor più, in negativo, un disegno, ormai in atto da qualche anno, di elidere quella capacità di "ascensore sociale" che l'università era stata per molti anni in grado di svolgere,

1/2021

favorendo, per converso, chi abbia già, di base, un supporto familiare ed economico che gli consenta di proseguire il percorso accademico con (relativa) tranquillità.

A parere del Prof. Mancuso – in corrispondenza con quanto sostenuto dal Dott. Bilotti – sarebbe dunque augurabile una riscoperta del senso di comunità che da sempre caratterizza il mondo universitario, al fine di agevolare anche una riviviscenza di una certa visione critica, utile per respingere tutto quello che andrebbe contro lo stesso spirito dell'istituzione universitaria.

Su un piano più 'descrittivo' si è posto invece il Prof. Charlie Barnao, il quale ha cercato di mettere in evidenza i motivi che hanno consentito a Parks di assumere una prospettiva, ad un tempo, 'partecipante' e 'distaccata'. Dal punto di vista metodologico, secondo Barnao, un ruolo cruciale per mantenere questa posizione di "confine", è stata la sua capacità di collocazione sul campo: Parks sarebbe, essenzialmente, un uomo "a cavallo di due culture", e ciò lo avrebbe agevolato sia nel vedere, ma anche nel poter rappresentare, con coraggio, un mondo che, per chi vi appartiene integralmente da tanti anni, risulta più difficile da registrare con una certa neutralità. L'approccio di Parks assumerebbe, così, i caratteri di un lavoro non solo etnografico ma pressoché "auto-etnografico", dacché in tal caso colui che descrive rappresenta una parte della cultura che lui stesso va a delineare, teoricamente e letterariamente.

A parere del Prof. Barnao, inoltre, il libro di Parks avrebbe correttamente fatto riemergere, con molta forza, il problema della 'questione meridionale' come tema centrale sia a livello culturale che economico.

Sulla linea delle precedenti riflessioni del Prof. Mancuso, ha preso le mosse l'intervento del Prof. Tommaso Greco, il quale si è incentrato sulla fondamentale discrezionalità e il sostanziale margine di apprezzamento con cui sovente devono rapportarsi i docenti universitari nel momento in cui, ad esempio, si trovano a dover presiedere, o partecipare, a commissioni di concorso. Spesso le letture esterne all'ambiente universitario tradiscono una incomprensione generale di quelle che sono le dinamiche che animano, concretamente, le vicende accademiche. Le valutazioni, ad esempio, di lavori o di pubblicazioni scientifiche non possono essere ridotte – secondo il Prof. Greco – a dettami meramente quantitativi se non addirittura matematico-algoritmici, ma sono inevitabilmente guidate da criteri che lasciano un margine di apprezzamento, anche piuttosto ampio, al docente che esprime la propria valutazione. In tal senso – ha notato il relatore – gli

stessi canoni che soggiacciono alle modalità valutative sono svianti e forniscono una rappresentazione errata di come, pragmaticamente, si sviluppano sia i processi valutativi in genere che quelli universitari, su cui insistono molteplici dimensioni di senso da vagliare e comprendere.

Il Prof. Greco ha sottolineato, così, l'importanza della ripresa di una dimensione di *fiducia* che, certamente, non può condurre ad una proposta di superamento del sistema concorsuale a favore di criteri di cooptazione ma che, tuttavia, potrebbe fornire un importante ausilio per rimettere al centro il peso della responsabilità individuale dei docenti fornendo, al contempo, un senso di tranquillità nel riconoscere che, a monte della suddetta responsabilità, risiede un processo valutativo inevitabilmente contrassegnato da un sufficiente margine di apprezzamento, orientato a criteri di razionalità sostanziale. In tal senso, l'auspicio del Prof. Greco è che la riscoperta di un tale *paradigma fiduciario* – che renda maggiormente giustizia del concreto operare dell'istituzione universitaria – possa consentire il superamento di un certo pregiudizio negativo che sembra emergere, spesso, da chi, dell'università, offra una narrazione soltanto esteriore ed in un'ottica puramente 'esterna' rispetto alle pratiche che la costituiscono.

Reagendo ai vari stimoli teorici, il Prof. Parks ha messo in risalto il diffuso "scetticismo" che è sembrato pervadere le singole prese di posizione assunte all'interno del dibattito, una volta riscontrata, comunque, anche la diversità di esperienze derivanti dallo specifico settore disciplinare di provenienza. Soprattutto, egli ha rilevato una generale "perdita di senso" dell'istituzione universitaria che arriverebbe addirittura a ridurre a meri calcoli algoritmici le valutazioni concorsuali, le quali invece risulterebbero necessariamente caratterizzate da un inevitabile tasso di discrezionalità – ciò in linea con quanto sostenuto dal Prof. Greco – e, in particolare, dall'esigenza di penetrare non soltanto il dato meramente quantitativo ma, altresì, l'aspetto qualitativo dei singoli percorsi individuali nell'ambito della ricerca di alto livello. A ciò andrebbe aggiunta, ha proseguito Parks, la mancanza di risorse umane sufficienti per affrontare, con efficienza, la sempre maggiore domanda di formazione universitaria.

La relazione conclusiva del dibattito è stata svolta dal Prof. La Torre, che ha cercato di porre l'accento su una questione rimasta leggermente in sordina, ossia quella concernente il valore letterario del romanzo. Il Prof. La Torre ha sottolineato i pregi di una prosa asciutta e lineare ed ha rimarcato come il romanzo acquisti, con il prosieguo della storia e nello sviluppo della trama, una maggiore originalità, che si riverbera, a sua volta, sulla struttura

stilistica dell'opera, assumendo così un'intensità sempre più elevata. Anche il linguaggio, inizialmente "semplice" e "colloquiale", si farebbe, successivamente, ad avviso del Prof. La Torre, sempre più sanguigno e verace.

A caratterizzare la singolarità dell'opera vi sarebbero anche i costanti richiami – come già riconosciuto dallo stesso Prof. Parks – alle fiabe di Giambattista Basile, i cui rimandi rievocano un certo grado di "oscurità" che sembrerebbe permeare, fin dalle origini, la stessa letteratura italiana. Un'oscurità che, *prima facie*, parrebbe non emergere per l'eccesso pervasivo di "luminosità", stilistica e contenutistica, salvo poi tuttavia estrinsecarsi, *ex abrupto*, in una fase susseguente: opere 'classiche' come quelle di Alessandro Manzoni e di Giovanni Verga, o come i racconti 'gialli' di Leonardo Sciascia e di Carlo Emilio Gadda, veicolerebbero un'impressione iniziale di chiarezza luminescente che è destinata a convertirsi, repentinamente, in un frangente di tenebre, allo stesso modo di come nel sole accecante di agosto dei pomeriggi siciliani, proprio l'esorbitante potenza della luce si trasfonde, *d'emblée*, in un nucleo di penombra, trascinando con sé uno straniante senso di infelicità che gli stessi prodotti letterari italiani, nelle loro ambigue modulazioni storiche sembrano, appunto, da sempre portare con sé.

Ci sarebbe, così, un "cuore di tenebra" nell'essere italiani, che risalterebbe anche in altri momenti della storia della letteratura. Basti pensare – ha evidenziato il Prof. La Torre – agli autori stranieri che si trovano ad ambientare le trame dei loro romanzi nelle città italiane: vi è un nocciolo di oscurità ne *La morte a Venezia* di Thomas Mann, così come vi è un quadro spietatamente crudo ed arcanamente ermetico nella Roma di Stendhal.

Il libro, dunque, nel restituirci un eccellente esempio letterario, riuscirebbe altresì ad esibire ed a mettere in risalto, a livello contenutistico, secondo il Prof. La Torre – in ciò trovandosi in linea con il Prof. Parks, il quale parrebbe situarsi nella medesima prospettiva –, uno scenario non totalmente positivo su alcune dinamiche della realtà socioculturale italiana.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

VINCENZO OMAGGIO

**Crisi del positivismo giuridico e crisi del diritto
In dialogo con Massimo La Torre**

*M. La Torre, Il diritto contro se Stesso. Saggio sul
positivismo giuridico e la sua crisi, Leo S. Olschki, Firenze,
2019*

VINCENZO OMAGGIO*

**Crisi del positivismo giuridico e crisi del diritto
In dialogo con Massimo La Torre**

M. La Torre, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2019

Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi di Massimo La Torre (Leo S. Olschki, Firenze, 2020) è un libro che reca impressi alcuni tratti caratteristici del suo autore. È un libro di grande personalità innanzitutto, un libro incisivo, in cui si va subito al cuore dei problemi a affrontare, senza fronzoli e senza divagazioni. Le problematiche e gli autori (i molti autori che circolano nel libro) vengono affrontati “faccia a faccia”, senza troppe mediazioni interpretative e senza concedere molto alle sottili questioni filologiche; sono presentati in modo essenziale, selettivo e penetrante, per essere messi di fronte alle loro responsabilità e anche alle loro contraddizioni qualche volta. Cioè all'autore importa sapere se e come costoro hanno risposto agli interrogativi più importanti, quelli che stanno a cuore a Massimo La Torre e anche a noi.

Anche lo stile della scrittura è tipico dell'autore: è una scrittura molto diretta, persino informale, senza per questo perdere nulla della precisione concettuale, ma guadagnando in incisività e in potenza espressiva; è anche una scrittura poco accademica, se volete, ma nel senso migliore della parola, impreziosita da espressioni molto pungenti. Potrei ricordare quando parla, ad esempio, degli arzigògoli avvocateschi di certi autori che vogliono evadere i punti più difficili; o “mandare a carte quarantotto” la concezione del diritto come prodotto di decisioni contingenti, parlando di Joseph Raz; o quel passo bellissimo in cui parla di alcuni sedicenti filosofi del diritto che non hanno mai letto Platone, né Aristotele, né Kant, ma vanno in giro con due librettini di Kelsen e Hart sotto il braccio.

Ciò detto, partirei dal titolo del libro, che è molto suggestivo: *Il diritto contro se stesso*, da leggersi in stretta connessione col sottotitolo *Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*. Si parla dunque del positivismo giuridico, che si reputa in *crisi* ma di cui si fa anche la *critica*. Critica e crisi hanno non a caso una medesima già celebrata etimologia: questo è il tema del libro. E questo rappresenta in realtà il primo problema da affrontare,

* Ordinario di Filosofia del diritto presso Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

perché non esiste “il giuspositivismo”, ma ce ne sono tanti e diversi tra loro, secondo le diverse epoche della storia e le diverse concezioni della filosofia. Il nostro autore afferma nella prima pagina del *Prologo* che il positivismo giuridico “più che una teoria è stato spesso un grido di battaglia e una bandiera”. La bandiera della modernità, dello Stato moderno, e del superamento delle vecchie idee tradizionali della filosofia e del diritto. Il diritto posto da noi è l’unico diritto valido e non esiste un “diritto di natura”. Ma se fosse solo questo, non meriterebbe le critiche di La Torre, il quale non glielo rivolgerebbe. Quindi, vale la pena scoprire quali sono le critiche che il giuspositivismo merita veramente secondo il nostro autore. Insomma occorre indagare in che senso Massimo La Torre è antigiuspositivista, se lo è, e qual è concezione del diritto intende proporre a correzione oppure a integrazione del giuspositivismo. Possiamo supporre, ad esempio, che l’autore propenda per il giusnaturalismo oppure per l’istituzionalismo giuridico, che sono presentati nel *Prologo* come “gli avversari” dell’impresa giuspositivistica? Oppure no? Per tornare al titolo *Il diritto contro se stesso*: com’è possibile che il diritto cada in questa contraddizione, si metta contro se stesso? E come può il positivismo giuridico rendersi responsabile di questo effetto perverso?

Il giuspositivismo, dicevo, si predica in molti modi. A tale proposito alcuni giuspositivisti hanno sostenuto che “il giuspositivismo” al singolare è un’invenzione dei suoi nemici, che si costruiscono così un bersaglio più facile da colpire. Herbert Hart - un filosofo del diritto che nel libro ricopre un ruolo di grande rilievo, anche più importante di Kelsen, un vero e proprio crocevia di tutte le nuove tendenze del 900 postbellico - ha distinto cinque significati di positivismo giuridico: l’affermazione che le leggi sono comandi; l’affermazione che non v’è connessione necessaria tra diritto e morale; l’idea che l’analisi dei concetti giuridici deve essere distinta da quelli sociologici e dalle valutazioni morali; la tesi che un ordinamento giuridico è “un sistema logico chiuso”; la teoria etica non cognitivista, per la quale i giudizi morali non possono venire dimostrati mediante prove o ragionamenti razionali. Storicamente il giuspositivismo nasce imperativista, formalista e statualista, ma questi caratteri esprimono solo un modo determinato (e ormai concluso) di realizzare un approccio metodologico, la ricerca di un oggetto possibile della conoscenza, in un’epoca in cui oramai la giustizia in senso oggettivo era divenuta inconoscibile. Sottrarre il diritto all’arbitrio e all’incertezza è stato il manifesto etico-politico della cultura illuministica, che si realizza nella divisione tra fatti e norme. L’unico tramite tra il fatto e la norma è dato dal

sovrano legislatore, che può fare norme con i propri atti, realizzando il massimo di oggettivazione. Il diritto si colloca allora sulla bocca del legislatore in un luogo sovraelevato e sottratto al conflitto.

Tuttavia, se le origini storiche sono contestualizzate, vi è però un assunto fondamentale che resterà centrale e indefettibile lungo tutto lo sviluppo della teoria giuspositivistica, dalle origini imperativistiche al più maturo normativismo kelseniano e postkelseniano, fino ai nostri giorni: un'incomponibile separazione tra il mondo della vita e il dominio della scienza; l'idea di una scienza del diritto puramente descrittiva, che si limita a conoscere il proprio oggetto senza modificarlo. Il metodo della scienza serve a definire il proprio oggetto; il diritto positivo (il diritto così com'è) è quel diritto che può essere descritto prescindendo da ogni giudizio etico e indica questo sforzo di oggettivazione, di rappresentazione del diritto sotto forma di oggetto del mondo reale, che può essere osservato dall'esterno e descritto: "descrivere il fatto della prescrizione". A questo si limita il lavoro del teorico del diritto. Joseph Raz, l'ultimo grande interprete della tradizione positivista, ha sostenuto che l'esistenza di un ordinamento giuridico è indipendente dal concetto di diritto di coloro che lo praticano. Il diritto non è un concetto riflessivo. Questo appare ancora il nucleo dell'ortodossia giuspositivista.

L'esigenza originaria di separazione dei poteri tra legislativo e giurisdizionale si assolutizza come distinzione tra momento attivo e momento conoscitivo e coinvolge pienamente lo statuto della giurisprudenza. L'attività produttiva del diritto è inconciliabile con la sua "conoscenza", che è razionalità teorica e non pratica, perché una razionalità pratica porterebbe a dover giustificare gli enunciati prescrittivi, sconfinando nel piano dei valori. Kelsen ha spiegato meglio tutti questo principio: la statuizione di norme, la legislazione, non è una funzione conoscitiva. Con la statuizione di una norma non si conosce com'è un certo oggetto già dato, ma si richiede qualcosa che deve essere. In questo senso la statuizione di una norma è una funzione del volere, non del conoscere. Quindi la cosiddetta "ragione pratica", sostiene Kelsen in *Il problema della giustizia*, è un concetto contraddittorio, un ossimoro di origine teologico-religiosa. Una ragione che statuisce norme è una ragione che conosce e che vuole allo stesso tempo. Ma questo è possibile solo per Dio, che conosce e vuole allo stesso tempo, non per gli uomini.

Per noi uomini la prospettiva è più angusta: o si conosce o si vuole. A questa alternativa non è sfuggito neppure Hart, nonostante tutti i suoi sforzi di innovare e di riformulare il giuspositivismo. Basti pensare alla

sua classificazione delle teorie interpretative, accolta da molti studiosi e divenuta in qualche modo imprescindibile. Le teorie si dividono in cognitive e scettiche (con la variante intermedia, che è un *mix* delle due precedenti), perché l'interpretazione o è riconoscimento del significato di una disposizione (attività cognitiva) o è attribuzione di un significato (attività creativa), quando scetticamente non si riconosce la presenza di un significato nei testi. Non c'è altro. O è riconoscere o è decidere, o è conoscenza o è creazione. Hart non ammette mai che nel lavoro dell'interprete vi possano essere elementi valutativi, tipici del sapere pratico, e perciò né meramente conoscitivi, né creativi.

Dunque, ciò che Massimo La Torre vuole proporci, a mio giudizio, è un superamento di questo oggettualismo, cioè di un'idea che configura il diritto come un insieme di oggetti (ideali, testuali o fattuali), che la scienza giuridica avrebbe solo il compito di descrivere avalutativamente. È questo che non va nel giuspositivismo, e per la verità, tale rappresentazione è comune anche al giusnaturalismo e al giusrealismo, anche se sovente con il termine "oggettualismo" s'intende la sua versione giuspositivista. Quindi, non si tratta di contrapporre al giuspositivismo un giusnaturalismo, basato su verità giuridiche metastoriche. Le verità metastoriche non ci sono, e se ci fossero, riprodurrebbero l'oggettualismo (delle verità metastoriche), che è esattamente ciò che non va. E non va perché il diritto non ha un'esistenza oggettiva, distinta dal complesso dei ragionamenti interpretativi e argomentativi e dalle attività applicative necessarie a positivizzarlo veramente.

Una concezione non oggettualistica considera il diritto come un'attività, in particolare, come un'attività sociale di natura interpretativa e argomentativa, che consiste nel reperire sulla base di regole generali le soluzioni ragionevoli per i casi concreti, che rappresentano la vita del diritto. In questa pratica l'individuazione delle regole di condotta dipende dai processi argomentativi e le attività mediante le quali si svolge il ragionamento sono altrettanto importanti delle regole del diritto oggettivo. Gli argomenti, che non sono dimostrazioni formalizzate, rimandano costitutivamente a un contesto di principi condivisi seppure discutibili, che non sono veri in sé, ma rappresentano lo spazio ermeneutico della discussione pubblica e dello stesso conflitto. Tra l'altro una pratica, a differenza di un oggetto, non ha un'origine, una scaturigine precisa; così anche la tradizionale contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo ne risulta sdrammatizzata. Non c'è un dato oggettivo da cui partire e di cui si possa sostenere la natura divina o naturale o

artificiale e via dicendo. Ciò a ulteriore testimonianza del fatto che non serve essere antigiuspositivisti, semmai è più utile provare ad andare oltre il giuspositivismo. Ad esempio, si può criticare il giuspositivismo e non riuscire ad andare oltre la prospettiva non cognitivista, come nel caso molto istruttivo di Gustavo Zagrebelsky e di Luigi Ferrajoli, a cui La Torre dedica un saggio molto acuto. Se si resta legati a una metaetica non cognitivista, detto altrimenti, se si pensa che la giustizia sia qualcosa di inarrivabile, che non esiste un livello di accettabilità razionale e che le decisioni sono prive di fondamento razionale, la critica del giuspositivismo non serve a molto.

Nello spazio dell'argomentazione si rende necessaria una filosofia del diritto. Secondo Robert Alexy, uno degli autori più studiati da La Torre e anche più apprezzati da lui, l'attività interpretativa tende verso un risultato corretto: questo è dato da una tesi interpretativa, che avanza una pretesa di correttezza. Essere coinvolti in una pratica sociale comporta difatti una pretesa di correttezza, vale a dire la pretesa di essere impegnati nella realizzazione di valori rilevanti per la comunità. E poiché tale pretesa deve poter essere controllata pubblicamente, allora è valido il principio secondo il quale l'interpretazione è argomentazione. Alexy aggiunge: "La teoria dell'argomentazione giuridica sfocia in questo modo nella filosofia del diritto e nella filosofia pratica generale". Tutti gli argomenti giuridici hanno bisogno di essere orientati da valutazioni materiali, questo è il senso della teoria alexiana dell'interpretazione. L'argomentazione istituzionale dipende dall'argomentazione pratica generale (la cosiddetta *Sonderfallthese* o "tesi del caso speciale"), la cui forza non risiede nell'ancoraggio istituzionale, ma deriva dalla forza del loro contenuto.

In quanto argomentazione pratica, essa richiama una ragione "situata", ermeneuticamente radicata nel proprio contesto. Una pratica argomentativa assume significato e rilevanza solo dentro una data comunità, caratterizzata da una propria prassi linguistica e da un proprio sistema di valori condivisi. Solo in quest'ambito si ritrovano i criteri di congruità necessari ad argomentare nei casi difficili e a valutare il peso degli argomenti adoperati. In astratto nessun argomento è migliore di un altro.

Nel suo libro *L'impero del diritto*, Ronald Dworkin, un altro autore rilevante per il discorso di La Torre, propone a sua volta un'idea del diritto come pratica sociale argomentativa, in cui le regole assumono un significato virtuoso alla luce dei principi, componendosi in un equilibrio riflessivo. Dworkin sottolinea il ruolo della comunità politica, ispirata ad

alcuni valori condivisi, che indicano i fini, gli scopi ultimi, che danno senso alla pratica sociale. Un ordinamento giuridico può essere compreso sul serio, solo se si prendono in considerazione i valori politici che lo fondano. La garanzia contro l'arbitrio interpretativo è offerta dalla *integrity*, la quale richiede che gli operatori giuridici, tanto il legislatore quanto il giudice, agiscano in modo coerente con un *set* di principi di moralità politica tra loro congruenti.

Carlos S. Nino, altro giusfilosofo di riferimento, ha fissato un "teorema fondamentale della filosofia del diritto", secondo cui le norme giuridiche non costituiscono di per sé ragioni operative per giustificare azioni e decisioni come quelle dei giudici. La non insularità del diritto, la sua superiorità rispetto alle ragioni escludenti per l'azione, conduce alla superiorità del punto di vista interno su quello esterno. Nell'ottica di Nino l'osservatore esterno ha bisogno di riferirsi al punto di vista dei partecipanti per identificare una pratica sociale, costituito dal contenuto delle azioni, dal significato che gli attori vi attribuiscono e dai ragionamenti che le giustificano.

In altre parole, l'idea del diritto come una pratica richiede una filosofia del diritto. Ecco perché noi notiamo riemergere a più riprese in questo libro il tema della distinzione, o meglio della contrapposizione, tra la filosofia del diritto dei giuristi e la filosofia del diritto dei filosofi. La posizione di La Torre è molto chiara: una filosofia del diritto priva di consapevolezza filosofica non ha prospettive. Si corre il rischio di fare come i sedicenti filosofi del diritto prima ricordati, con i due libretti sotto il braccio. Ma questo non vuol dire che si debba privilegiare la filosofia del diritto dei filosofi: pensiamo al caso di Raz, che compie l'operazione opposta a quella di Norberto Bobbio, ma l'errore è lo stesso, l'incapacità di tenerle unite. Per Raz è più importante la filosofia del diritto dei filosofi, per Bobbio quella dei giuristi, ma il risultato è lo stesso: la teoria della natura del diritto è indipendente dalla pratica dei giuristi.

Ecco spiegato anche perché il nostro autore torna a più riprese su quello che rappresenta tradizionalmente il pilastro del non cognitivismo, la cosiddetta legge di Hume. L'idea che l'essere e il dover essere possano procedere su due binari paralleli che non si incontrano mai, pena la caduta nella fallacia naturalistica, la quale consisterebbe nel far derivare erroneamente da enunciati descrittivi (dall'essere) degli enunciati prescrittivi (un dover essere). Ma anche qui le cose oggi devono essere guardate con maggiore distacco e ampiezza. C'è chi come John Finnis, dal punto di vista giusnaturalistico, ha aggirato il divieto di Hume, in quanto

ha proposto di prendere le mosse non già da un fatto naturale, come l'essere umano o la sua natura, ma da principi normativi, considerati espressione del bene. Da questi è quindi lecito far derivare altri enunciati prescrittivi, altre norme. C'è anche chi, come Carlos Nino, da una prospettiva più articolata, ha ribaltato contro il giuspositivismo la stessa accusa di fallacia naturalistica, osservando che il concetto di diritto giuspositivistico, tutto fattuale e descrittivo, pretende poi in realtà di essere concepito in termini normativi, come regola autoritaria, regola escludente, per le nostre azioni. Il fatto della legge non è solo oggetto di conoscenza, ma è anche una guida per la condotta, con buona pace della legge di Hume, che dice che da un fatto non si dovrebbe derivare una prescrizione.

Sono queste dicotomie (diritto e filosofia; essere e dover essere) a porre il diritto contro se stesso. Col giuspositivismo o anche senza il giuspositivismo. Soprattutto oggi, nel contesto della cultura dei diritti fondamentali, le norme giuridiche hanno bisogno di ragioni e le ragioni di teoria; il diritto, sostiene La Torre in conclusione, rimane sempre in una misura rilevante la sua filosofia e negando tutto questo si finisce per metterlo irrimediabilmente contro se stesso. Qui credo si trovi racchiuso il messaggio più importante di questo bel libro, meritevole di essere letto e discusso nella comunità dei filosofi del diritto.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

EMANUELE GUARNA ASSANTI

**The “Public Corporate Governance” in Italy: from a
company-based perspective to “a public shareholder”
vision**

G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Editoriale Scientifica,
Napoli, 2016

EMANUELE GUARNA ASSANTI*

The “Public Corporate Governance” in Italy: from a company-based perspective to “a public shareholder” vision

G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016

The matter of public-owned companies, which has attracted wide debate amongst Italian scholars, both commercial and administrative¹, has traditionally been investigated by analysing the model of the public-limited company and attempting to understand the ways in which the public interest could fit into (and shape) the structure of the organisation.

The prevalence of a very formalistic approach, supported, specifically, by the private law doctrine², has prevented the possibility to comprehend all the facets of what can be defined as a very complex and heterogeneous system.

Public-owned companies, traditionally defined as “instrumental” (clearly, for the pursuing of the public interest), can be divided into two categories: on the one hand, as companies that are merely investment vehicles for public administrations; on the other hand, other types of public companies seem to be more than a neutral model to be chosen by the public sphere and, thus, a very replacement for the form of “ente pubblico” (i.e. public body governed by the rules of administrative law).

By adopting a holistic and substantial method of analysis, the volume of Giovanni Maria Caruso looks to usher in an innovative approach within the studies of public-owned enterprises, with originality and doctrinal rigour. According to the Author, indeed, this phenomenon, which has been so far analysed through the lenses of the “company-types”, requires a different approach to its interpretation.

* Adjunct Professor of Public Company Law, University of Rome “Guglielmo Marconi”.

¹ *Ex multis*, as for the Italian literature, Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 170 ss., ora in Id., Pappano (a cura di), *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, vol. III, a cura di Fari e Guarna Assanti, Torino, 2019, 1063 ss.; Grüner, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; Malaguti, Mazzoni (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011; Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

² Moreover, this is the most prevalent thesis both in literature, and see Rordorf, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 2013, p. 1326 ss., and in Court judgments, Cass. Sez. Un., 12 ottobre 2011, n. 20941; Cass., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9534; Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536.

The Author immediately states the objective of the entire work. The doctrine has indeed neglected the perspective of the shareholder, overlooking all of the implications related to the choice of taking participations in companies as well. The different perspective of the characteristics, and therefore, the (public) nature of the shareholder, will provide a more comprehensive and determining contribution to the understanding of problems concerning public-owned or simply participated companies (p. 13).

A visible symptom of the previously adopted approach is the multitude of special legislation concerning individual public-owned companies³. Conversely, the newly recommended approach was adopted by the Italian legislator in respect of the *Decreto Legislativo* 19 August 2016, no. 175, which targets a rationalising of the entire discipline.

The full-bodied book contains ten chapters, divided into an introduction and three parts.

Consistent with the different approach proposed, the first introductory chapter focuses on the *ratio* and limits of the traditional scientific approach based on the company type, outlining the essential characteristics of the public shareholder as the best way to reconstruct the juridical content of the notion⁴.

In order to fully understand the true implications of the interweaving of two disciplines, administrative and corporate law, and to comprehend the way they combine and coexist together in a public-owned enterprise, it is necessary «to separate, identify and piece back together all of the elements composing the case» (p. 35): this is the use of the Cartesian method to juridical problems⁵.

The second chapter tries to set the foundations for recomposing the entire notion, through the analysis of the two constituent parts of a public-owned enterprise.

On the one hand, the public component, which derives from the public nature of the shareholder, is characterised by a peculiar system of rules

³ For a broader overview of these special statutes and of the so-called “*società di diritto singolare*” within the Italian system, see P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

⁴ It seems that the notion of “public shareholder” is apparently straightforward: a public shareholder is, in simple terms, a public subject who is willing to buy shares (or specifically create) a commercial company.

⁵ Suggested, in particular, by Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Diritto Pubblico*, 2004, 1-18.

aimed at pursuing what is referred to as the public interest specifically entrusted to a singular public administration.

On the other hand, creating a company implies an unvarying set of rules capable of being applied to any form of commercial entity. Being a shareholder means, according to corporate rules, being not only a party to the contract, but also the owner of the shares and a member of an organisation created for pursuing a specific purpose: the goal for profit.

Therefore, the Author presents a dual-component notion with two specific and apparently opposing purposes: on the one hand, the maximisation of profits and, on the other, the maximisation of collective interests.

Consequently, the following third chapter clarify the variety of ways by which the two identified elements are capable of being reconciled, and the conditions and limits of doing so.

Firstly, there are certain regulatory conditions that affect the decision of the Public Administration becoming a shareholder. It is indeed possible to identify situations in which it is the legislator itself to impose the creation of a company⁶; other situations where public administrations have the discretionary power to decide whether to take participations or not; and others, in which it is entirely forbidden to take participations or to create new companies.

Under this legal framework, the Author examines the model of management of public ownership in the recent past.

As well documented, in the aftermath of the 1929 crisis, the Italian government decided to acquire large amounts of participations from private companies of public interest and to entrust their management to specific public economic bodies: it is the story of the *Istituto per la ricostruzione industriale* (IRI). The “publicisation” of the system peaked in 1956 with the creation of the *Ministero per le partecipazioni statali* (Ministry for the management of State-owned shares)⁷.

The public-centred system worked very well for decades, causing Italy to grow as one of the largest economies in the world. However, over time, the system started to exhibit signs of collapse due, mainly, to increasing

⁶ For instance, this is the case for *Cassa depositi e prestiti* or *Radio Televisione Italiana S.p.a.*

⁷ On the matter, Visentini, *Iri e partecipazioni statali*, Firenze, 2015; Segreto, *Italian Capitalism between the Private and Public Sectors, 1933-1993*, in *Business and Economic History*, vol. 27/2, 1998, p. 445 ss.; Bianchi, *The IRI in Italy: Strategic role and political constraints*, in *West European Politics*, 10, 1987, pp. 269-290 and, in particular, Holland (ed.), *The State as an entrepreneur: The IRI State Shareholding Formula*, London, 1973.

political corruption⁸. As well known, the solution was found in the “privatisation” of the public sector.

As a result of the largescale privatisation that followed, the one-time functions of the IRI and the *Ministero delle partecipazioni statali* were redistributed to different bodies: the Ministry of Economy and Finance and the *Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.*⁹.

In particular, the analysis of the latter is of great interest: *Cassa Depositi e Prestiti* appears to have been created in the image of the IRI formula, albeit with a small number of changes connected with the private law framework within which this new important organisation and the single controlled companies are now immersed.

The implications of the new approach (as well as the initial conclusions in the first instance) are dealt with in chapter four.

By moving away from what is traditionally considered as public (i.e. what is called “authority” and the discretionary power of the Public Administration), the notion of “public shareholder” will appear somewhat different. Instead of adopting a static vision, a dynamic one will underline the peculiar function that public intervention in the economy takes when the State is to play a key role in companies operating in the European market: the State, as a shareholder, can be appreciated as a “public economic operator” that needs to follow specific behavioural practices, mainly imposed by European norms, which will be observed by public subjects inside and outside the company¹⁰.

Chapter five focuses on the relationships between the public shareholder and social shares. As discussed above, this is the profile that has been most neglected by the Italian doctrine which, by adopting a perspective focused on company types, has been completely detached from it.

It is underlined that rules governing the asset-management processes are affected by the plurality of roles that can be assumed by public authorities: as founding members, they can take advantage of the contribution offered to the *genesis* of the company; as simple shareholders,

⁸ IMF working paper, *Corruption, Public Investment and Growth*, 1997 on the IMF website.

⁹ For more insights, De Cecco, Toniolo, *Storia della Cassa Depositi e Prestiti*, Roma-Bari, 2000 and by the same Authors, *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Roma-Bari, 2014.

¹⁰ These rules concern the functioning of the market and focus, in particular, on the market investor principle that must be followed by all public authorities that are willing to operate in the market.

they can then be involved in subsequent events, taking on the role of buyer or seller.

Chapter six focuses on the different types of social participations by proposing an unprecedented attempt to classify social participations which, due to the intensity of the constraints set up from time to time by the regulations, can be traced back to the different categories of public goods expounded by the Italian doctrine¹¹.

By adopting specific doctrinal “indexes”, that of the “*appartenenza*” (belonging of the goods) and the other of “*destinazione pubblica*” (public destination), the analysis leads to a very suggestive reconstruction which serves to identify three types of participations:

- participations subject to the regime of public goods;
- participations that can be classified in the peculiar category of “goods for public destination”;
- participations that are simply owned by a Public Administration.

This reconstruction makes it possible to clarify that equity investments in mixed companies (owned both by private and public shareholders) must be traced back to the category of public goods entrusted under concession to private subjects.

By autonomising the legal consequences expressed by the characteristics of social participations, this reconstruction allows an extrapolation of the essential element of the ownership position of the public shareholder, without contaminating it with the effects deriving from the nature of the asset.

The same logical path is proposed again in chapter seven which is dedicated to the organisational dynamics, where the public shareholder can be analysed as a pure member of the company.

In this context, a number of special institutes related to the powers of appointment and dismissal of directors, the liability regime provided for both the directors and the shareholders and other institutions that govern the relationship between shareholders and company are examined.

In chapter eight the types of existing public-owned companies are classified, allowing, also in this case, to highlight the company's specialty profiles, with the aim of understanding the essential substance of the organisational position of the public shareholder.

Chapter nine is dedicated to a comparative analysis.

¹¹ On the contrary, the doctrine has always made reference to trade company types and the exceptions enacted by the special regulatory norms with respect to the general discipline provided for by the Civil Code.

The same logical path followed with respect to the Italian system is proposed again to describe the solutions offered by Spain, France, Germany and England, highlighting, in particular, where there are unusual constraints or conditions for the realisation of a similar phenomenon: that is the existence of bodies institutionally responsible for the duties and functions of the shareholder and what is the concrete articulation of the proprietary and organisational dynamics.

In this context, the proposals put forward by the *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD) and some aspects of the European discipline are also analysed. The study shows a certain reproduction of the models so far examined, since these regulations seem to prelude to the institution of specific bodies which, operating through the acquisition of social participations as well, should embody a solution in which the shareholder duties and functions are assumed directly by supranational institutions.

Chapter ten aims at “recomposing” the notions deduced from the previous sectional analysis.

By systematically ordering elements to the notion of “public shareholder” - those that may accidentally concern it and those considered necessary - the essential characteristics of a notion which, however unitary, lends itself to further classifications are traced. Thus, the traits of a notion that, in its simplest form, is devoid of specific mechanisms that permit assigning primary protection to the public interest.

The A. underlines that the special characteristics of the public role in the company are mainly aimed at imposing a strictly economic behaviour both in the dynamics of the asset management and in those related to the organisation itself. In this way, all the anomalies of the Italian discipline emerge, where the public shareholder, unlike a private one, is required to adopt management policies based on a short-term vision, suggesting that the relative position is useful only for the pursuit of strictly profitable purposes.

The subsequent analysis focuses on further categories of public shareholder that can be obtained from the combination of the unintentional elements of the notion and the different conditions that govern the assumption of the related role.

The role of the “investor shareholder” presents the most analogies with the basic notion of public shareholder, since it shares a marked economic projection expressly imposed by the specific legislation dedicated

to single bodies, which are institutionally called to take on the role of shareholder to ensure objectives of financing the national economy.

In the figure of the “complementary shareholder”, the position of the shareholder necessarily joins the role of the authority, held by the Public Administration, so that the assumption of the role of shareholder appears functional to the creation of a typical organisational model represented by the so-called *società miste* (both private and public companies). The figure of the in-house shareholder, in the frequently found and specific organisational form of the in-house providing, does not depart from this logic.

Finally, the notion of “formal shareholder”, very different from the others so far examined, is expressive of phenomena in which the assumption of the role is only apparent, given that the administration takes a *sui generis* position in an organisation that relies only in part on the characteristics of a corporation. This situation appears as immanent in the notion of *ente pubblico in forma societaria* (i.e. public body in a corporate form), where the position of the shareholder, like the position of the company, is affected by specific statutory laws¹².

Excluding the latter figure, which has its own specificities, the discipline that the Italian legal system has reserved for the public shareholder differs profoundly from the solutions adopted by other countries which, albeit with significant differences, tend to enhance the specific needs underlying a public function, both through the establishment of special bodies institutionally called to take on the role of shareholder in the public interest, and through specific institutions that allow to assign a privileged treatment to the public shareholder.

In this way, specific criticisms emerge with respect to the Italian discipline of public-owned enterprises, where the regulatory process, that has interested the figure of the public shareholder, rather than focusing on the characteristics of the public function, has been concerned with ancillary aspects.

The position of the public shareholder is, in fact, built around a series of collateral interests, frequently merely patrimonial interests, and in any case conditioned by the assumption of one of the already examined roles,

¹² It is a matter of fact that single provisions enforced for single companies detained by public administrations are still applicable and cause a complex statutory system for public owned enterprises that starts from the Civil code, passes through single provisions and terminates with the core discipline contained in the new “*Testo unico sulle società partecipate*” (legislative decree 175/2016).

in such a manner that it seems to prove itself as a substantially sterile role (p. 583).

The volume leads us to the conclusion that there is not a single category of “public company” but there is a variety of public companies, differently articulated in consideration of the role that public power plays in them. There is a “range” of public companies: one extreme is made up of “quasi-administrations”; the other by the commercial companies in which (supposedly) public powers invest, making the profit-making purpose their own¹³.

The analysis conducted by the Author allows to reflect on the most important issue in the field of Public-Owned Companies. The very question is if a real Public Corporate Governance can be found in the current Italian system¹⁴.

The answer cannot be positive. As we have seen, the recent set of rules regarding Public-Owned Companies do not constitute a unitary *corpus* driven by an overall vision in the management of state shareholdings for the main reason that cannot be found an institutional body entrusted with the mission of coordinating the whole system of public shares.

The lack of an overall view emerges from the consideration for which, more specifically, on the one hand, it is accepted that the public shareholder adopts the operating rules of commercial companies, considered more flexible and suitable for the pursuit of interests worthy of protection, but, on the other, however, these rules are modified according to exclusive cost-saving criteria, making the use of the corporate instrument sometimes sterile.

Therefore, the huge amount of norms (special norms, singular norms and those enshrined within the Civil Code) give birth to a very confusing system.

Giovanni Maria Caruso’s study highlights these (and other) critical problems by helping to understand the need for a unified approach to the issue of Public Owned Companies, which, in the “grey zone” between public and private¹⁵ where they are located, need a unitary vision and,

¹³ This can be considered the *summa divisio* of Public-Owned companies, as they are created and operate between commercial law and administrative law.

For further information, Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.

¹⁴ According to the formula used by A. Zoppini, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 19 ss.

¹⁵ Pugliatti, Enciclopedia entry: *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1972, 16 ss.

especially today in the fluidity of the European political and economic situation, of a single control room for the management of state shares.

The objectives related to the correct pursuit of the public interest, the main and very necessity for public authorities, are thus overshadowed by the Italian legislator who, feeling the need to confirm that, through public companies, the public sphere cannot pursue «institutional purposes other than those entrusted to them» (art. 4 of Legislative Decree 175/2016), does nothing except worsen the correct implementation of those public missions.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

CHIARA PIZI

**Le motivazioni umane alla base della transizione
verso la sostenibilità: un'analisi interdisciplinare**

F. Ekardt, *Sustainability. Transformation, Governance,
Ethics, Law*, Springer Nature Switzerland AG, 2020

CHIARA PIZI*

**Le motivazioni umane alla base della transizione verso la sostenibilità:
un'analisi interdisciplinare**

F. Ekardt, *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Springer
Nature Switzerland AG, 2020

L'opera di Felix Ekardt, "Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law", si colloca nell'alveo della letteratura volta a fornire nuovi contributi alla ricerca sulla sostenibilità. L'approccio dell'Autore, però, è fortemente innovativo rispetto ai suoi predecessori.

Le implicazioni dell'*iter* di trasformazione della società in un'ottica ecosostenibile sono da lui interpretate sotto molteplici profili: da quello economico-giuridico a quello filosofico, senza tralasciare i contributi delle scienze politiche e sociologiche.

L'analisi prende le mosse dalla consapevolezza che, in termini metodologici, la ricerca sulle motivazioni umane alla base di una trasformazione e di un cambiamento nel segno della sostenibilità si interfaccia a sfide complesse. Un approccio puramente scientifico alla questione, basato su esperimenti e raccolte di dati, può essere molto fuorviante. Ed è proprio per questo motivo che l'opera di Ekardt privilegia un'indagine transdisciplinare delle premesse e conseguenze del processo di transizione verso un'economia, una cultura e, in genere, una società i cui valori siano improntati alla sostenibilità.

Il primo capitolo si apre con il tentativo di fornire una convincente definizione di sostenibilità. Essa viene intesa, in generale, come la richiesta etico-politica e giuridica di una «*global justice*»¹ proiettata al futuro; nel caso di specie, come l'esigenza di soluzioni ecologiche nel settore della produzione e del consumo. Dopo aver analizzato i nodi problematici dell'applicazione del "Modello dei tre pilastri", l'Autore riflette su come il dibattito politico globale si sia mostrato, negli ultimi anni, costantemente distratto rispetto alla problematica della sostenibilità. Esso si è concentrato su questioni percepite come più impellenti: le crisi finanziarie, la protezione sociale, lo sviluppo economico e la lotta al terrorismo. Eppure, osserva Ekardt, la corretta gestione delle risorse rappresenterebbe una delle principali garanzie per una sopravvivenza globale nel lungo periodo. È questo l'ambizioso progetto previsto dall'articolo 2 dell'Accordo di Parigi.

* Laureata in Giurisprudenza all'Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ F. EKARDT, *Sustainability, Transformation, Governance, Ethics, Law*, Springer, 2020, 28.

Per realizzarlo, sarebbe doveroso eliminare l'impiego dei carburanti fossili in moltissimi ambiti: dal campo della produzione di elettricità, fino agli utilizzi che se ne fanno in campo agricolo.

Sebbene tale cambio di rotta sarebbe fondamentale per prevenire devastazioni climatiche e salvare milioni di vite, l'Unione europea non può di certo considerarsi un *role model* della sostenibilità ambientale, come risulta dai dati inquietanti sull'impiego di combustibili, e sulla sovrapproduzione e consumo eccessivo di carne.

A tal riguardo, Ekardt tiene a puntualizzare che l'utilizzo di approcci meramente tecnologici alla questione della sostenibilità possono condurre a risultati fuorvianti. La tecnologia puramente intesa si rivela perfettamente insufficiente, da sola, a fronteggiare una sfida di tal portata. Ciò che andrebbe modificato alla radice è proprio il comportamento dell'uomo, nel suo fallace convincimento dell'illimitatezza delle risorse rinnovabili. Alla base del processo di transizione ecologica della società e del mercato deve collocarsi un mutamento sostanziale nella percezione del singolo della problematica ambientale. E tale trasformazione, secondo l'Autore, deve tradursi nella *frugality*, a cui dovrebbe improntarsi l'esistenza di ciascuno. Eppure, Ekardt non manca di interrogarsi sulla possibile tensione che potrebbe instaurarsi tra il concetto di «*smart consumption*»² e l'idea di crescita intesa come sviluppo tecnologico. Quest'ultima, in vero, mal potrebbe porsi nei riguardi del proposito di riduzione della domanda di beni e servizi, e sulle sue potenziali conseguenze. Del resto, la tensione tra prospettive differenti è la cifra dell'intera opera; attraversata, com'è, dal parallelismo di statuizioni etiche e giuridiche e da quesiti riguardo l'esistenza di una verità oggettiva e di diverse forme di razionalità e ragione.

Il secondo capitolo passa in rassegna le possibili motivazioni della lentezza del processo di transizione verso nuove tecnologie ad impronta sostenibile. Si interroga, altresì, sulla totale assenza di mutamenti significativi nella condotta dei singoli. Un concreto cambiamento potrebbe essere conseguito con successo soltanto se le discipline che si occupano del comportamento umano (come la psicologia, la sociologia, la sociobiologia, etc.) contribuissero, congiuntamente, a creare una proposta, un modello ad ampio spettro di cambiamento collettivo ed individuale. Ebbene, il fallimento di tale processo di trasformazione non può in alcun modo essere imputato all'assenza di conoscenze adeguate, da parte della collettività, in materia di sostenibilità. Ekardt ne ravvisa le cause in fattori puramente emozionali: negli atteggiamenti di negazione del problema, nella mancata

² F. EKARDT, *op. cit.*, 19.

visione a lungo termine delle sue conseguenze, nelle abitudini errate, nella convenienza. L'approccio dei collettivisti, poi, risulta eccessivamente astratto: soltanto osservando detti fattori nel singolo individuo è possibile, secondo l'Autore, ottenere una visione completa dei motivi per cui l'emergenza dell'*unsustainability* venga sottovalutata in tal modo.

È fallace anche la considerazione per cui l'uomo avrebbe agito in modo cooperativo solo fino all'avvento del capitalismo. È empiricamente erronea: sia perché chiude gli occhi di fronte alla natura intrinseca dell'essere umano, sia perché dimentica che alla base della sostenibilità complessivamente intesa dovrebbe esserci la collaborazione di miliardi di persone che neanche si conoscono tra loro. Concentrarsi sul fattore culturale del capitalismo va a negare che il sistema economico globale sia composto dalle interazioni, del tutto umane, di dirigenti, lavoratori, consumatori, politici e votanti; e volta le spalle dinanzi alla difficoltà di bilanciare tale molteplicità di interessi nel processo di trasformazione ecosostenibile della società. Traggono altresì in inganno i risultati delle "ricerche sulla felicità"; non c'è alcuna evidenza scientifica che un processo di transizione sostenibile possa rendere le persone più appagate, e che esse possano trovare in tale potenziale felicità la spinta al cambiamento.

Ciò che può realmente, secondo Ekaradt, condurre ad una svolta nel segno della sostenibilità è l'azione combinata di attori differenti e con molteplici approcci, che influenzino concretamente i fattori motivazionali ed emozionali sopra descritti. È doverosa una revisione del sistema di valori del singolo; obiettivo che, forse, solo una riflessione etica ed eudaimonistica potrebbe conseguire efficacemente.

A questo punto dell'analisi, l'Autore si domanda se la sostenibilità possa configurarsi come un obiettivo da perseguirsi a livello normativo. Ebbene, porre statuizioni oggettive ed universali in materia di protezione ambientale non appare convincente. Per giungere ad affermare la configurabilità di una teoria generale della sostenibilità, l'autore sottolinea l'esigenza di una nuova interpretazione etico-giuridica dei diritti umani. Per Ekaradt, i diritti umani sono diritti alla libertà e a «precondizioni elementari»³ di libertà; ed eticamente e giuridicamente, anche a livello transnazionale, l'essenza normativa della sostenibilità è proprio il diritto a precondizioni di libertà. Si tratta del diritto alla vita, alla salute, educazione, cibo, acqua, sicurezza, all'assenza di guerre e conflitti civili; alla stabilità climatica. Un concetto universale di libertà, che comprenda tali precondizioni elementari e che non trascuri le differenziazioni ed il *legal background* dei singoli Paesi

³ F. EKARDT, *op. cit.*, 129.

necessita, senza dubbio, di una protezione ad ampio spettro sul piano etico-giuridico. E ciò non può che condurre ad una teoria della sostenibilità fondata proprio sui diritti umani. Solo attraverso tali *steps* sarà possibile interpretarli in modo da ricomprendervi il diritto alla tutela ambientale e a forme di protezione contro i cambiamenti climatici e lo spreco di risorse.

Ekardt puntualizza che una teoria etico-giuridica della sostenibilità può essere intesa come il potenziamento e lo sviluppo di una teoria sulla democrazia e l'equilibrio dei poteri. Le decisioni etico-giuridiche alla base delle statuizioni normative di sostenibilità devono essere improntate al bilanciamento tra diverse concezioni di libertà e di precondizioni di libertà. A tal uopo, sarebbe opportuno, secondo l'Autore, stabilire istituzioni liberal-democratiche a livello internazionale, oltre che nazionale, che prendano decisioni che non si limitino alle vaghe statuizioni proprie degli studiosi di etica.

Il grande *gap* nell'approccio delle politiche governative mondiali alla questione della sostenibilità sta proprio nella totale assenza di rigore e trasparenza in materia, oltre ai problemi applicativi. Per Ekardt, tali falle potrebbero essere oltrepassate concependo le problematiche della sostenibilità come relative alla quantità; e, quindi, bisognose di ambiziose limitazioni quantitative.

Il quarto capitolo si propone soluzioni pratiche che, ad avviso dell'Autore, rappresentano il cuore, il *key instrument* della protezione ambientale: in primo luogo, l'apposizione di un tetto rigoroso alle emissioni di carburanti fossili. E non soltanto nel settore industriale: dovrebbe trattarsi di una limitazione generalizzata, che coinvolga anche, ad esempio, i settori dei trasporti e dell'agricoltura, nell'ambito di una revisione totale del sistema di scambio emissioni. Il processo potrebbe prendere le mosse proprio a partire dall'Unione Europea, per estendersi su scala globale e coinvolgere altresì i Paesi del Global South. Un approccio basato sui controlli quantitativi di emissioni produrrebbe, secondo l'Autore, risultati vantaggiosi anche dal punto di vista della distribuzione di risorse; e, dunque, nella lotta alla povertà e alle disuguaglianze all'interno delle società industrializzate.

Un rapido *phasing out of fossil fuels* è di certo la chiave; tuttavia, un altro passo nel segno della sostenibilità sarebbe convogliare l'agricoltura in una prospettiva sempre più *bio*. Un consumo sempre minore di carne risolverebbe immediatamente le sorti dei cicli di nitrogeno e fosforo, oltre a produrre, in generale, una ripresa della biodiversità e della salute pubblica.

L'analisi di Ekardt conduce il lettore a guardare la questione della sostenibilità in un'ottica singolare; quella delle motivazioni umane e del *behaviour* del singolo, come primo e fondamentale passo per il vero cambiamento. Smettendo, una volta e per tutte, di credere alla "fiaba" della ricerca scientifica sul comportamento umano come fondata solo su fatti quantificabili e riproducibili, si giungerà al vero cuore del problema. Ekardt lo sostiene a gran voce: un concreto processo di transizione ecologica potrà essere realizzato efficacemente soltanto se, con le adeguate misure economiche, i moti interiori dell'uomo verranno indirizzati ad obiettivi di sostenibilità. Un progetto ambizioso, ma non per questo impossibile.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

MARIELLA ROBERTAZZI

Il diritto tra colpa e pena

U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, 2019

MARIELLA ROBERTAZZI*

Il diritto tra colpa e pena

U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati
Boringhieri, 2019

L'ultimo libro di Umberto Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia* (Bollati Boringhieri, 2019) si inserisce a pieno titolo nel lungo e complesso dibattito sulla pena e sul diritto di punire. Tuttavia, come evidenzia lo stesso autore nell'introduzione, la problematica della pena non è mai riuscita ad acquisire una rilevanza e uno statuto filosofici propri e specifici¹. Il volume si apre, difatti, riproponendo un quesito posto da Derrida nel corso dei suoi seminari sulla pena di morte, tenuti tra il 1999 e il 2001²: «perché l'abolizionismo o la condanna della pena di morte non hanno (quasi) mai trovato, fino ad oggi, uno spazio propriamente filosofico nell'architettura di un grande discorso filosofico in quanto tale?». Secondo Curi, la principale testimonianza di tale 'lacuna' è data dall'assenza di un'inequivocabile argomentazione razionale a supporto del paradigma retributivo; parimenti, anche i modelli considerati alternativi rispetto a quest'ultimo appaiono deficitari sotto il profilo della 'giustificazione'. Alla luce di tali considerazioni, viene avanzato il seguente secondo interrogativo: può la giustizia riparativa costituire un sentiero alternativo rispetto a quelli tracciati dalle concezioni retributive e rieducative della pena?

Uno studio il cui proposito è quello di ripercorrere il «contesto concettuale, eminentemente mitologico-religioso, entro cui storicamente si afferma il modello retributivo» (p. 15), non poteva non essere introdotto dalla trilogia eschilea, testimonianza drammaturgica per eccellenza dell'avvenuta transizione dalla vendetta, personificata dalle Erinni, alla giustizia, simboleggiata dal Tribunale dell'Areopago. La disamina dell'epopea degli Atridi, al pari di quella di altri miti simili, evidenzia come la vendetta fosse una dinamica costante nell'universo greco antico, fondata sulla «logica inflessibile e vincolante» che vedeva l'offesa ricevuta

* Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Pisa.

¹ Che quella della pena rappresenti una questione in sé "problematica" è un aspetto a suo tempo rimarcato da F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Cedam, Padova, 1979.

² J. DERRIDA, *La pena di morte* (2012), a cura di G. BENNINGTON, M. CRÉPON, T. DUTOIT, trad. it. di S. FACIONI, ed. it. a cura di G. DALMASSO e S. FACIONI, I: 1999-2000, II: 2000-2001, Jaca Book, Milano, 2014-16.

necessariamente contraccambiata da un atto ad essa proporzionale (p. 62)³. A partire dal riferimento all'ambivalente figura di Ate, la cui furia vendicativa non consente ad alcun errore di rimanere impunito (pp. 24-28), la parte iniziale del testo si sofferma, ripercorrendo la vicenda di cui è protagonista Oreste, sulla vendetta eroica come espressione per eccellenza della logica retributiva della giustizia propria dell'età arcaica e classica. Degne di nota, a conclusione del primo capitolo del volume, le considerazioni sul rischio di facili generalizzazioni relative alla concezione della vendetta nella cultura greca. Analisi di stampo linguistico-etimologico e argomentazioni di natura antropologica e sociologica consentono a Curi di evidenziare come la vendetta per i Greci, oltre a rappresentare un comportamento dovuto, venisse compiuta altresì sulla base di un «calcolo di stampo utilitaristico»; infatti, in numerosi casi, la ritorsione all'offesa sarebbe stata volta ad «acquisire potere, proprietà o donne, più che a contraccambiare il sangue col sangue» (pp. 63-65)⁴.

La ricostruzione della filigrana concettuale del paradigma retributivo, che ad Eschilo affianca numerosi riferimenti ai poemi omerici e ai lirici del VII e VI secolo, continua con una sezione intitolata *Immagini della giustizia*. In quest'ultima, particolare attenzione viene dedicata al concetto di giustizia delineato nella *Politeía* e nel *Gorgia* platonici. Il richiamo prevalente è alla *pleonexía*, l'attitudine naturale e positiva della condizione umana a pretendere più di quanto dovuto, in contrapposizione alla legge, che forza un'innaturale uguaglianza fra gli uomini (p. 73). Curi precisa che tale opposizione non debba rimandare, come nell'interpretazione più consueta e meno attenta, a quella intercorrente tra *phýsis* (quale manifestazione di un irrazionale stadio animalesco) e *nómos* (inteso come espressione della razionalità umana). Diversamente, la questione afferisce alla contesa «tra due forze, quella originaria della natura e quella, ancor più incisiva della legge»; una competizione la cui risoluzione è affidata esclusivamente alla «maggiore efficacia dell'una rispetto all'altra». Pertanto, la violenza non andrebbe associata alla forza della natura bensì a quella della legge, dal momento che è quest'ultima ad imporsi a discapito dell'ordine naturale con la minaccia della sanzione (pp.76-77)⁵. Dopo essersi

³ Si vedano, tra gli altri, J. KERRIGAN, *Revenge Tragedy. Aeschylus to Armageddon*, Oxford University Press, New York 1996; M. SORDI (a cura di), *Amnistia, perdono e vendetta nel mondo antico*, Vita e Pensiero, Milano, 1997; A. BURNETT, *Revenge in Attic and Later Tragedy*, University of California Press, Berkeley, 1998.

⁴ F. MCHARDY, *Revenge in Athenian Culture*, Duckworth, London, 2008.

⁵ M. BROZE, *Mensonge et justice chez Platon*, «Revue Internationale de Philosophie», XL, 156-57, 1980, 38-48. Per un approfondimento dell'analisi della tematica si rinvia a M. Gigante,

soffermato sugli scritti platonici, l'autore precisa tuttavia come riferimenti alla giustizia si ritrovino già nel pensiero arcaico, chiarendo però come in tale contesto l'idea di giustizia non fosse riconducibile all'ambito dei rapporti umani quanto piuttosto al «processo cosmico di generazione degli enti» (p. 83). Infatti agli albori della filosofia occidentale, nel noto frammento di Anassimandro, si ritrova la dicotomia tra *díke* e la sua negazione *adikía*. Alla base di tale distinzione vi era la concezione secondo la quale originariamente esistesse un *kósmos*: una totalità ordinata armoniosamente disciplinata. La nascita degli enti particolari, in quanto rottura dell'unità primordiale, avrebbe costituito un'ingiustizia alla quale vi era necessità di *didónai díken*, di rendere giustizia, per ripristinare la preesistente unione infranta. La riparazione richiesta consisteva in un moto uguale e contrario, indispensabile a scongiurare la caduta cosmica nel disordine⁶. La concezione secondo la quale *díke*, intesa come giustizia ripristinatrice dell'ordine naturale, non appartenga alla dimensione umana è avvalorata dall'etimologia della parola. Il termine discenderebbe dal verbo *déiknymi*, che esprime l'azione di rendere visibile ciò che altrimenti rimarrebbe occulto. Pertanto, l'antico senso lessicale della giustizia veicola la concezione, particolarmente cara a Curi e dunque più volte ribadita nel testo, «che essa non appartenga originariamente al nostro mondo ma che possa farvi talvolta episodicamente la sua comparsa» (p. 80)⁷. Solo successivamente il vocabolo *díke* venne impiegato per riferirsi all'ordine sociale, precedentemente indicato mediante il termine *thémis* (p. 79-81)⁸. A partire da tale premessa il volume si sofferma sulla concezione del diritto come 'approssimazione' di *díke*. Già nei periodi arcaico e classico le due nozioni sono considerate non sovrapponibili; anzi, la nascita del diritto testimonia l'impossibilità che la giustizia si manifesti nella sfera delle

Nomos Basileus, Biopolis, Napoli, 1996; AA. VV., *La legge sovrana: Nomos basileus*, a cura di I. Dionigi, BUR, Milano, 2006.

⁶ W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco* (1934), trad. it. di L. EMERY e A. SETTI, La Nuova Italia, Firenze 1964, I; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. L'idea della giustizia da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma 2005. L'impiego del termine *kósmos*, inteso come ordine si ritrova anche in Solone. Al riguardo si rimanda a N. Reggiani, *La giustizia cosmica. Le riforme di Solone tra polis e Kosmos*, Le Monnier Università-Mondadori Education, Firenze-Milano, 2015, 16.

⁷ Sulla tematica della non appartenenza della giustizia all'ambito umano (*díke* risiede presso Zeus) si rimanda anche U. CURI, *Il paradosso della pena*, in U. CURI e G. PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, 405.

⁸ Per un'analisi del nesso *díke*-*thémis* si veda JANE E. HARRISON, *Themis: A Study of the Social Origins of Greek Religion* (1912), trad. it e cura di G. SCALERA MCCLINTON, *Themis. Uno studio sulle origini sociali della religione greca*, La Città del Sole, Napoli, 1996.

relazioni umane. Ad esempio, secondo Eraclito, filosofo ai cui scritti l'autore rimanda di frequente, il *nómos* «è espressione di una misura, di una razionalità divina. Solo in quanto è riflesso di quella divina, la legge umana può vantare una sua legittimità» (p. 94).

D'altro canto, l'idea di una giustizia come 'forma' alla quale il diritto dovrà 'con-formarsi' emerge già dal dato etimologico. Curi ricorda come, in tutte le lingue di derivazione indoeuropea, alla parola diritto sia connaturato quanto «associato alla linea retta, vale a dire l'inflessibilità, l'impossibilità di una modificazione» (p. 99). Discorso analogo attiene al significato del termine norma che, in latino, indica uno strumento impiegato per tracciare figure geometriche. Applicare una norma significa «ri-produrre qualcosa che si suppone essere intrinsecamente dotato di validità e di razionalità» essendo coscienti che «il risultato non potrà che essere una *approssimazione*» (p. 100). Ciò conferma che il tratto distintivo del diritto, individuato nella sua rettitudine, risiede nella capacità di garantire un ordine sociale che, se pur imitazione, si avvicini quanto più possibile all'irraggiungibile ordine espresso da *dike* (pp. 99-102)⁹. Dunque la giustizia è il limite a cui il diritto tende. In modo originale, Curi si spinge oltre sostenendo nella sua ricostruzione che l'imprescindibile nesso tra azione e reazione, tra *adikía* e *dike* sarebbe anche a fondamento della relazione tra colpa, intesa come rottura, e pena, intesa come riparazione. Non solo, questa dicotomia conterrebbe in germe tanto la logica retributiva intercorrente fra colpa e pena quanto il correlativo carattere obbligatorio della sanzione, dato che nel *kósmos* il ripristino dell'ordine avviene mediante un'azione sia uguale e contraria che necessaria (pp. 84-89).

Individuate le radici della relazione colpa-pena nelle prime testimonianze della filosofia occidentale, il testo si sofferma sulla peculiare declinazione assunta dalla pena in ambito religioso. Già in origine, il vocabolo *poíné* presentava un'ambivalenza semantica, riferendosi tanto al profilo positivo della ricompensa quanto a quello negativo della punizione. La polisemia del termine si rafforza quando ad esso viene successivamente attribuito anche il significato di dolore. L'autore sottolinea come da un certo momento in poi la logica della proporzionalità tra pena e colpa si incanali in una direzione ben precisa: «ciò che viene dato non è un generico

⁹ Sulla relazione *dike-nómos* si rinvia a E. A. HAVELOCK, *The Greek concept of justice. From its shadow to its substance in Plato*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, trad. it di M. PICCOLOMINI, *Dike. La nascita della coscienza*, Laterza, Roma-Bari, 1983; E. SEVERINO, *Dike*, Adelphi, Milano, 2015; M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, La nave di Teseo, 2019.

contraccambio, ma è qualcosa che implica sofferenza, inflitta per compensare una precedente e fundamentalmente analoga sofferenza» (p. 104). Il *trait d'union* tra le due accezioni terminologiche della pena (come punizione e come sofferenza) risiede nell'idea che il dolore attribuisca alla pena una funzione «purificatrice della vita umana» (p.105). Tale concezione trova il proprio apice nel contesto religioso, laddove la pena acquisisce definitivamente il significato di «castigo, finalizzato alla purificazione dal peccato» (p.109). Infatti, riferendosi all'ambito religioso, il testo evidenzia come la logica della retribuzione si ritrovasse già nella tradizione ebraica delle origini.

Il riferimento immediato è alla regola del contrappasso descritta nell'*Esodo*: «Ma se segue una disgrazia, allora pagherai vita per vita: occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, livido per livido» (*Esodo*, 21, 23-25). L'autore riporta anche altri riferimenti tratti dalla Bibbia ebraica. In particolare, analizza il passo del *Deuteronomio* nel quale si stabilisce quale debba essere la condanna del testimone mendace, evidenziando nel testo biblico un importante profilo di novità. La sanzione stabilita nei confronti del testimone che pronunci il falso non risponde solo alla necessità della compensazione – «farete a lui ciò che egli aveva pensato di fare a suo fratello» (19, 18-19) – ma può essere considerata una sorta di anticipazione della funzione general preventiva della pena affermatasi nel diritto penale moderno – «gli altri verranno a saperlo e ne avranno paura e non commetteranno più in mezzo a te una tale azione malvagia» (19, 20) (pp. 114-118). Alla visione retributiva della pena nelle fonti bibliche rimanda anche la vicenda di Giobbe, l'«uomo del paese di Uz» (*Giobbe* I, 1-3), che il testo di Curi ripercorre nell'ultima parte della sezione dedicata alle origini della pena¹⁰. Giobbe, rinomato per essere un giusto, si interroga sulle ragioni per cui al proprio comportamento impeccabile, piuttosto che i dovuti benefici, corrispondano castighi inauditi. L'uomo sostiene che la propria sofferenza sia sproporzionata rispetto a qualsivoglia azione ingiusta possa aver commesso, rigettando la tesi secondo la quale «se c'è sofferenza, ci deve essere colpa» (p. 123). Chiamato in causa da Giobbe, sarà lo stesso Dio con le sue risposte a metterlo di fronte all'incapacità umana di comprendere «un ordine superiore, incommensurabile rispetto a lui, capace di destituire di fondamento la

¹⁰ Sulla figura di Giobbe si veda, M. CIAMPA, *Domande a Giobbe. Modernità e dolore*, Bruno Mondadori, Milano 2005; J. EISENBERG - E. WIESEL, *Job, ou Dieu dans la tempête* (1986), *Giobbe, o Dio nella tempesta*, trad. it. di C. PAGANI, SEI, Torino 1989; M. TREVI, *Giobbe: dolore e interrogazione*, in *Il libro di Giobbe*, trad. it. e cura di A. LUZZATTO, Feltrinelli, Milano, 2006.

domanda stessa» (p. 127). Coerentemente con una prospettiva retributiva, all'ammissione di impotenza nei confronti del mistero divino da parte dell'uomo seguirà la sua "reintegrazione", ovvero la restituzione di quanto perduto persino in quantità maggiore rispetto alla precedente. D'altra parte, Curi non manca di ricordare come la concezione della giusta retribuzione, quale fondamento della legge, fosse presente anche nella nota legge del taglione, contenuta nelle XII Tavole. In particolare, ad essere sottolineato è come inizialmente l'espressione non si riferisse al taglio di un membro o di un arto, ma al *talis*, cioè ad «una pena che [fosse] altrettale, rispetto alla colpa» (p. 130).

Lo studio di Curi sulle origini e lo sviluppo del modello retributivo comprende anche una sezione intitolata *Genealogia della pena*, nella quale si ripercorrono due distinte ipotesi genealogiche relative alla nozione di pena. Il primo riferimento, quasi obbligato, è a Nietzsche e alla sua *Seconda dissertazione della Genealogia della morale*¹¹. L'autore si sofferma essenzialmente su tre temi presenti nello scritto del filosofo tedesco. Innanzitutto, Nietzsche sostiene come la genesi della concezione moderna di pena, lontano dal dover essere ricercata in ambito morale, affondi le proprie radici nel legame economico più originario: quello tra creditore e debitore. L'elemento che suggella l'accordo tra le due parti contrattuali è la cosiddetta promessa di restituzione, ovvero la restituzione di quanto il creditore riceve a titolo di pegno per poter soddisfare la richiesta del debitore. Il secondo profilo della ricostruzione genealogica nietzschiana evidenzia come, in assenza di beni che possano fungere da garanzia, si riconosca al creditore «a titolo di rimborso e di compensazione una sorta di *soddisfazione intima* – la soddisfazione di poter scatenare senza alcuno scrupolo la propria potenza su un essere impotente» (p. 174). Infine, il terzo passaggio individuato da Nietzsche si riferisce alla circostanza per la quale, come esito dell'evoluzione storica, tale soddisfazione viene assicurata al creditore dall'intervento di un'autorità terza. Quest'ultima, oltre ad esonerare il creditore da un'azione punitiva diretta, al contempo non lo priva del «controgodimento insito nell'assistere alle sofferenze altrui» (p. 175). In relazione a tale ultimo profilo, Curi si sofferma su un aspetto che

¹¹ F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra* (1883-85), trad. it. di S. GIAMMETTA, ed. it., a cura di G. PASQUALOTTO, Rizzoli, Milano, 1985; Id., *Seconda dissertazione della Genealogia della morale. Uno scritto polemico* (1887), trad. it. di F. MASINI, Adelphi, Milano 1984. Sulla relazione colpa-pena nella *Genealogia della morale* si vedano, A. ORSUCCI, *La «Genealogia della morale» di Nietzsche. Introduzione alla lettura*, Carrocci, Roma 2001; M. CANEVARI, *Leggere la «Genealogia della morale» di Nietzsche*, Ibis, Como, 2008.

ritiene solo sfiorato dalla ricostruzione genealogica nietzschiana. Viene cioè ad essere sottolineato come un processo storico di progressiva astrazione abbia non solo trasformato «in una relazione fra parti processuali il preesistente rapporto fra individui», ma altresì posto la logica della compensazione come «architrave concettuale del processo penale» (p. 179).

Il secondo percorso genealogico preso in considerazione nel testo ritorna sulla concezione della pena come risposta al peccato. Curi ricorda come tale logica, temporalmente ascrivibile ad una religiosità primitiva, venga del tutto rovesciata nell'Epistola paolina¹². Alla logica della retribuzione, sottesa al binomio colpa-pena, si contrappone la logica della sovrabbondanza della misericordia divina, «capace di tollerare la colpa, anziché contraccambiarla mediante la sanzione» (p. 186). Tale logica svuota la pena di ogni funzione di espiazione e di purificazione così privandola di una giustificazione razionale e, pertanto, mostrandone la natura di «vendetta sociale, afflizione irrazionale, sofferenza senza scopo» (p. 189).

Conclusa l'analisi della nozione di pena da una prospettiva mitologico-religiosa, l'autore solleva alcuni rilievi critici sulla 'conservazione' della logica retributiva da parte dei sistemi penali contemporanei. Infatti, tra i numerosi aspetti problematici che la nozione di pena presenta, Curi decide di soffermarsi in particolare su quello che ritiene essere un ormai anacronistico legame tra teologia e teoria giuridica. Nel momento in cui il reato viene concepito alla stregua di peccato, si riconosce alla pena una funzione sacrale e alla giurisdizione una funzione quasi redentrice; di qui scaturisce una concezione della pena «non come una modalità storicamente determinata [...] di amministrare il diritto, bensì come un modo intemporale per realizzare la giustizia» (p. 132). Il riferimento all'Epistola paolina viene impiegato nel testo per sostenere come, a dispetto della sua rivendicazione di perfetta razionalità, il diritto penale moderno, rifacendosi ad una logica retributiva della pena, mostri di non essersi definitivamente affrancato da presupposti di ascendenza mitologico-religiosa; più precisamente, da un legame con una «religiosità primitiva» dalla quale la stessa tradizione neotestamentaria ha preso le distanze (p. 188). In definitiva, secondo l'autore, sarebbe proprio lo storico legame tra

¹² Fondamentale in relazione allo scritto paolino, il saggio di K. BARTH, *L'epistola ai Romani* (1919-22), trad. it. e cura di G. MIEGGE, Feltrinelli, Milano, 2002. Sul punto, altresì, P. MARTINETTI, *Il commento di Karl Barth sull'Epistola ai Romani*, «Rivista di Filosofia», 1-2, 1941. Ancora, sulla dottrina paolina della sovrabbondanza, si veda, P. RICOEUR, *Finitudine e colpa* (1960), trad. it. e cura di I. BERTOLETTI, Morcelliana, Brescia, 2009; Id., *Interprétation du mythe de la peine*, in E. CASTELLI (a cura di), *Il mito della pena*, Cedam, Padova, 1967 («Archivio di filosofia»).

diritto e religione a costituire uno degli ostacoli maggiori all'avvio di un processo di effettivo riesame della concezione di pena.

Il testo non si limita ad evidenziare alcune delle incongruenze proprie del tradizionale paradigma retributivo; vengono altresì ricordate in sintesi le criticità dei principali modelli ad esso alternativi: la teoria general-preventiva e quella special-preventiva¹³. In entrambi i casi, sottolinea Curi, lo scopo della prevenzione rimanda ad una «concezione organicistica dello Stato» che si considera depositario di una moralità positiva alla quale rieducare coloro che se ne sono allontanati (pp. 197-198).

Il capitolo conclusivo del testo intende, come ben esplicita il titolo, avviare una riflessione *Oltre il paradigma della retribuzione*, così introducendo la tematica della *restorative justice*¹⁴. Sorta come fenomeno 'ristretto' ma progressivamente impostasi all'attenzione di molteplici settori di studio, essa veicola una diversa e per certi versi innovativa visione della giustizia. Con le sue pratiche, la giustizia riparativa ha sostituito al tradizionale nesso di proporzionalità tra colpa e pena la relazione intercorrente tra vittima e reo, con l'obiettivo di conseguire non solo la riparazione del danno ma di promuovere altresì la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di comunità. È possibile generalizzare, si chiede Curi riprendendo il secondo degli interrogativi sollevati nell'introduzione, il modello riparativo «assumendolo in termini di un vero e proprio paradigma, alternativo rispetto a quelli tuttora dominanti?» (p.18). L'autore sceglie di argomentare la sua tesi riferendosi all'immagine che la tradizione iconografica tra Medioevo e Rinascimento attribuisce alla giustizia. Quest'ultima assume le sembianze di una donna che si accompagna di tre oggetti: la spada, la benda, la bilancia¹⁵. La spada richiama l'esercizio della giustizia mediante

¹³ Sui profili di classificazione della pena si rimanda tra gli altri a S. BORGHESE, *La filosofia della pena*, Giuffrè, Milano 1952; M. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Univesitaria, Ferrara 1978; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990.

¹⁴ Con riferimento al tema della giustizia riparativa, alcuni principali riferimenti, J. V. ROBERTS, *Restorative justice*, in A. VON HIRSCH, A. J. ASHWORTH, J. V. ROBERTS (a cura di), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Hart, Portland 2009; D.W. VAN NESS e K. H. STRONG, *Restorative justice. An Introduction To Restorative Justice*, Elsevier, Waltham 2015; H. ZEHR, *The Big Book of Restorative Justice*, Good Books, New York, 2015; G. A. LODIGIANI, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015; Id., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁵ Sulle immagini tradizionali della giustizia si rinvia a M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'età moderna*, in Id., *Ordo iuris. Storia e forme*

la forza. La benda simboleggia l'immagine di una giustizia che opera in modo imparziale, senza tener conto delle differenze, applicando una 'legge uguale per tutti'. Infine la bilancia, simbolo per antonomasia della giustizia, esprime equilibrio, ordine, ponderatezza. Il significato sotteso a tale simbologia si 'conserva' tanto nella concezione retributiva quanto in quella rieducativa della pena. Entrambe si configurano come «concezioni filosofiche generali» aventi «pretesa di universalità» e i cui parametri di generalità e astrattezza contrastano con la specifica richiesta di giustizia avanzata dalla situazione concreta (pp. 205-206). Nella prospettiva di Curi, la giustizia riparativa «può funzionare» solo a condizione di proporre una visione totalmente nuova di giustizia, un'immagine che abbandoni i simboli che tradizionalmente hanno caratterizzato le sue raffigurazioni. Innanzitutto, si dovrà rinunciare alla spada, all'idea di una giustizia in qualche misura violenta. Dovrà essere poi abbandonata la benda; la giustizia riparativa «deve vedere e distinguere», deve cioè anteporre alla generalità e all'astrattezza della norma le peculiarità del caso concreto. Infine, la giustizia riparativa deve rinunciare altresì all'emblema dell'immagine tradizionale di giustizia: la bilancia. Quest'ultima, infatti, consentirebbe il raggiungimento di un equilibrio solo se i pesi da comparare, pena e colpa, fossero commensurabili, ovvero quantificabili attraverso una comune unità di misura. Data l'inesistenza di tale unità, la giustizia riparativa dovrebbe ricorrere ad «una bilancia a bracci disuguali, dove il grammo può prevalere sul chilo» (pp. 205-207).

Solo attraverso tali rinunce la giustizia riparativa potrà evitare di formalizzarsi come nuovo paradigma, continuando a «muoversi nello spazio accidentato e incerto di una prassi che non pretende universalità e certezza» e nella consapevolezza del limite insuperabile insito nel diritto, ovvero il suo essere riproduzione imperfetta di quell'ordine irraggiungibile a cui *dike* si riferisce (p. 208). In tal modo, prosegue l'autore, ci si potrà attendere una sorta di «umanesimo della giustizia»¹⁶ che ponga al centro della propria riflessione teorica e dei propri programmi «un'effettiva centralità della persona» (p. 210).

dell'esperienza giuridica, Giuffrè, Milano, 2003; A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'indagine*, Einaudi, Torino 2008; T. GRECO, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Giappichelli, Torino 2006; anche Id., *Senza benda né spada. L'immagine weiliana della giustizia*, in S. TARANTINO (a cura di), *Pensiero e giustizia in Simone Weil*, Aracne, Roma, 2009, pp. 111-32.

¹⁶ L'espressione si ritrova in G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia*, in *Paradoxa*, XI, 4, 2017, pp. 19-30.

Momento imprescindibile delle pratiche di giustizia riparativa è quello del riconoscimento tra vittima e reo, i quali sono posti l'una di fronte all'altro. Tale 'spazio' di reciprocità consente a Curi di richiamare la distinzione tra la logica retributiva sottesa alla pena e la filosofia del perdono. Vengono ripercorse le argomentazioni di quanti sostengono che la capacità di perdonare sia connessa a quella di punire, dal momento che gli individui sarebbero «incapaci di perdonare ciò che non possono punire» (Arendt) e che il perdono destituisca se stesso di significato di fronte all'inespiabile (Jankélévitch). A tal proposito, Curi evidenzia come ammettere l'esistenza di azioni non perdonabili significhi continuare a muoversi nel perimetro della concezione retributiva, distanziandosene solo per la natura della reazione alla colpa: perdono in taluni casi, pena negli altri. Un reale superamento della logica retributiva presupporrebbe, sostiene Curi riprendendo Derrida, la capacità di perdonare l'imperdonabile (pp. 212-213)¹⁷.

Dunque, conclude Curi, non potendosi individuare un saldo fondamento filosofico alla base della concezione retributiva e non potendosi più accettare una visione della pena come equivalente giuridico del castigo religioso essa «può sopravvivere solo come [...] monumento-*memento* che dovrebbe servire a ricordare [...] la natura irriducibilmente *farmacologica*, e perciò costitutivamente ambivalente, di qualsiasi risorsa escogitata dall'uomo» (p. 216).

Per quanto le argomentazioni di Curi siano convincenti, sarebbe tuttavia lecito chiedersi: per quale motivo l'autore non si sofferma, se non *en passant*, sulla copiosa mole di studi giuridici in materia di pena? Probabilmente, a ben riflettere tale apparente "mancanza" sembra piuttosto doversi riferire ad una precisa opzione metodologica: richiamare l'attenzione sull'esigenza di affrontare adeguatamente, o per lo meno, in maniera più esaustiva la tematica della pena da un punto di vista specificamente filosofico. In particolare è la concezione, propria delle prime interrogazioni filosofiche dell'antichità greca, di un *kósmos* armonioso del quale è necessario preservare l'ordine a costituire un punto di riferimento costante nella trattazione. Infatti, a più riprese nel testo viene ribadito come «il nesso *díke-adikía*, inteso come indissolubilità fra azione e reazione, precede concettualmente, e fonda, la relazione giuridica» (p. 87). Anche in

¹⁷ Si vedano H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), trad. it. di S. FINZI, Bompiani, Milano 1991; V. JANKÉLÉVITCH, *Perdonare?* (1971), trad. it. di D. VOGELMANN, Giuntina, Firenze 1987; J. DERRIDA, *Perdonare. L'imperdonabile e l'imprescrittibile*, (2012), trad. it. e cura di L. ODELLO, Cortina, Milano, 2004.

relazione alla giustizia riparativa Curi fa riferimento alla «visione filosofica generale» che ne sarebbe alla base e che, a suo avviso, ne determinerebbe contestualmente l'eccentricità e il punto di forza rispetto ai paradigmi tradizionali di pena. Per tali ragioni, riteniamo che il libro di Curi 'rispetti' l'obiettivo esplicitato nell'introduzione, ovvero quello di non voler nulla aggiungere all'ampio dibattito giuridico sulla pena ma di porsi come una «ricerca programmaticamente aperta, e perciò anche inevitabilmente imperfetta»; un'indagine motivata dall'impellenza di continuare ad interrogarsi filosoficamente, volendo mutuare il titolo di un importante studio di Francesco Cavalla, sulla «pena come problema»¹⁸.

¹⁸ F. CAVALLA, *La pena come problema*, cit.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

IVAN VALIA

A proposito di bilanciamento e sistema delle fonti

L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*,
Giappichelli, Torino, 2020, pp. 170

1/2021

IVAN VALIA*

A proposito di bilanciamento e sistema delle fonti

L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 170

Ogni qual volta ci si approccia al tema del bilanciamento tra principi, si corre il rischio di riservargli uno spazio piuttosto angusto, quasi che esso possa assumere significato solo dentro i confini disegnati dall'interpretazione giudiziale. Ma, ormai da tempo, la questione dell'attività di ponderazione ha rivelato la sua vera natura, ossia di tecnica di ragionamento non solo giudiziario, comune a diverse aree giuridiche.

Non è dunque un caso che gli undici contributi che compongono *Bilanciamento e sistema delle fonti*, curato da Leonardo Di Carlo, si sviluppino seguendo un percorso che attraversa diversi settori disciplinari.

Il libro può essere diviso idealmente in tre parti: la prima, nella quale possono esser fatti rientrare i saggi di La Torre, Alexy e dello stesso Di Carlo, rappresenta la necessaria cornice teorica dentro la quale il tema del bilanciamento è affrontato dalla prospettiva della filosofia del diritto; nella seconda, attraverso i contributi di Bifulco e Coduti, l'analisi si sposta su un piano operativo, in particolare quello del diritto dell'Unione Europea; la terza, in cui l'attività di ponderazione sfrutta il punto di vista privilegiato del diritto penale, grazie ai contributi di Fiandaca, Tesauro, Di Giovine, Manna, Ruggiero, Salcuni.

Nel primo saggio, *La custodia della costituzione - Di giudici, diritti e principi*, Massimo La Torre affronta alcune classiche questioni intimamente connesse al bilanciamento dei principi e, più in generale, al tema della "custodia della costituzione" che, come l'autore giustamente osserva, è cosa ben diversa dalla "giustizia costituzionale", poiché non riguarda semplicemente il meccanismo formale teso a verificare la costituzionalità delle leggi, bensì attiene, in maniera ben più profonda, alla tutela del sistema giuridico in un senso complessivo. Mentre la storia moderna della giustizia costituzionale si fa risalire alla sentenza *Marbury vs. Madison* della Corte Suprema statunitense nel 1803, il dibattito sulla "custodia della costituzione" assume una certa rilevanza negli anni che hanno

* Assegnista di ricerca e docente di Filosofia politica presso l'Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

caratterizzato la Repubblica di Weimar, oltre che nelle opposte prospettive teoriche offerte, com'è noto, da Hans Kelsen e Carl Schmitt.

La Torre delinea con precisione gli elementi fondamentali del dibattito che i due giuristi hanno avuto intorno al problema della custodia della costituzione. Da un lato, Kelsen, il cui modello di giustizia è perfettamente coerente col suo ideale normativo e formale: il controllo di costituzionalità è la logica chiusura dell'ordinamento giuridico strutturato a gradi. Dall'altro lato, Schmitt, secondo cui la difesa della costituzione non può essere adeguatamente realizzata da uno dei tre poteri statuali, bensì attraverso la neutralità del Capo dello Stato, l'unico che potrebbe scongiurare il pericolo di eccessiva discrezionalità e parzialità in mano al *governo dei giudici*. In verità, come osserva Kelsen, tale neutralità non troverebbe riscontro nei fatti, poiché il capo dello Stato è «somma rappresentazione» (p. 4) dell'esecutivo; si tratta, semmai, di un artificio teorico con cui Schmitt intende giustificare la monarchia.

Una volta evidenziati i rischi che lo stesso Kelsen comunque connette all'attività del *legislatore negativo*, La Torre prosegue richiamando un più recente dibattito sulla giustizia costituzionale, quello tra Robert Alexy e Luigi Ferrajoli, per la cui comprensione viene riportata la nota distinzione dworkiniana tra "regole" e "principi". Per Alexy i principi sono *precetti di ottimizzazione* che rispondono ad una logica teleologica. Tra essi – a differenza di quanto sostenuto da Dworkin – rientrano i diritti costituzionali, che sono dunque suscettibili di bilanciamento. È l'inevitabile collisione tra principi a richiedere il bilanciamento, «il cui criterio fondamentale è quello di *proporzionalità*» (p. 7). Il controllo di proporzionalità può essere effettuato solo da un giudice costituzionale perché il legislatore non potrebbe mai giudicare la validità dei suoi stessi atti. Inoltre, la giustizia costituzionale è legittima «perché garantisce le condizioni procedurali presupposte dallo Stato democratico e della sua legislazione» (p. 8). Il giudice costituzionale, per il quale la dimensione argomentativa è "essenziale", produrrà decisioni legittime se risulteranno accettabili da un numero sufficiente di persone che si assumono essere capaci di «valutare razionalmente le qualità delle argomentazioni prodotte dal giudice costituzionale» (p. 8). In ciò si può cogliere la rappresentatività argomentativa della giustizia costituzionale.

La Torre evidenzia poi alcuni aspetti che a sua volta Ferrajoli connette alla giustizia costituzionale. Così, viene sottolineata ciò che costituisce la ragion d'essere funzionale della giustizia costituzionale, ossia il superamento della divaricazione tra la legittimità formale della legge e la

sua congruenza sostanziale col dettato costituzionale, e viene approfondito il tema della legittimità politica della giustizia costituzionale. Non vi sarebbe alcuna carenza di legittimità democratica in capo al giudice costituzionale il quale, pur andando contro il «legislatore democraticamente eletto» (p. 10) è comunque connesso alla sovranità popolare in virtù dell'applicazione della legge o della costituzione.

La distinzione tra regole e principi consente a Ferrajoli, inoltre, di poter distinguere tra principi direttivi (che, non richiedendo nessuna condotta come obbligatoria, non possono essere violati) e regolativi (che, essendo trasformabili in regole, sono invece suscettibili di violazione). Esiste, così, «un costituzionalismo principialista, nel quale i diritti fondamentali assumono il carattere di principi che esigono per l'applicazione di essere bilanciati, e un costituzionalismo garantista, in cui i diritti fondamentali quali norme costituzionali vengono adoperati come regole o comunque come norme generali che rimandano ad una loro specificazione» (p. 11).

Ciò che emerge dalla lettura del primo saggio è principalmente il fatto che La Torre non si limita a riportare gli estremi del dibattito tra Ferrajoli ed Alexy ma, in qualche modo, riesce a rendersi partecipe della discussione, come quando, proprio sulla questione della supposta carenza di legittimità democratica della giustizia costituzionale, opera la necessaria distinzione tra la figura del giudice e il fatto della giurisdizione costituzionale. Così, per quanto si debba ammettere che il giudice non possa essere definito – se non metaforicamente - un mero “rappresentante” della volontà popolare, allo stesso tempo è possibile superare il *deficit* democratico della giustizia costituzionale semplicemente osservando che dentro la giurisdizione costituzionale il giudice si configura come uno degli attori, tra cui vanno annoverati gli stessi cittadini. Tale condivisibile prospettiva è la sola che fornisce a questi ultimi, titolari dei diritti costituzionali fondamentali, la possibilità di esercizio di un frammento della loro sovranità.

Il bilanciamento tra principi, nel volume di Di Carlo, diviene così subito pretesto per spingere la discussione oltre, fino ad interrogativi più consistenti che riguardano il significato stesso di Democrazia. Dentro questo solco si colloca anche il saggio *Luigi Ferrajoli's two objections to the principles theory of constitutional rights* in cui Robert Alexy ha l'occasione di replicare alle obiezioni a lui stesso rivolte da Ferrajoli nel saggio “Diritti fondamentali e Democrazia - Due obiezioni a Robert Alexy” del 2015. I punti di contatto tra i due autori non sono pochi, primo fra tutti il fatto che quella tra regole e principi sia una distinzione di natura concettuale. Alexy

evidenzia, inoltre, come la questione istituzionale e quella metodologica richiamate da Ferrajoli, che derivano dalla sua distinzione tra modello garantista e modello principialista, siano tra loro strettamente connesse. La legittimità democratica del giudizio di revisione costituzionale è fortemente legata all'autorevolezza, affidabilità e oggettività dell'argomentazione. Ma proprio intorno alla questione dell'argomentazione emergono importanti differenze tra i due, al punto che Alexy arriva a definire quello di Ferrajoli un modello decisionistico di democrazia, contrapposto al suo modello deliberativo in cui l'argomentazione gioca un ruolo decisivo, dato che essa è l'unico strumento per mezzo del quale è possibile raggiungere "la verità". Da tale prospettiva il giudizio di revisione costituzionale non può essere separato dal discorso democratico generale. Ferrajoli, secondo Alexy, invece, realizzerebbe proprio questa separazione.

La decisività del bilanciamento quale forma di ragionamento necessario per la configurazione del rapporto tra diverse fonti normative e, con esso, la giustificazione razionale di una norma, costituiscono elementi indispensabili per l'intero sistema giuridico. Prova ne è, come sottolinea Di Carlo nel saggio *Bilanciamento e sistema delle fonti*, il fatto che l'idea stessa di ponderazione sia trasversale a diverse teorie del diritto contemporanee.

Da tali presupposti muove l'assunto per cui la validità normativa non può che sganciarsi dalla rigida impostazione vetero-positivista per abbracciare quella contemporanea per cui una norma è valida non solo poiché atto di emanazione legislativo, ma anche perché argomentativamente costituita.

All'interno del saggio vengono, inoltre, (ri)approfonditi temi quali la precettività della norma (nella prospettiva di Sieckmann) e la configurazione della procedura ponderativa nell'idea di Alexy. Il bilanciamento viene così definito «una tecnica argomentativa mirante a stabilire la validità definitiva di una norma sulla base di ragioni e di principi in collisione alla luce di circostanze determinate» (p. 29).

Chiaro è che centrale debba essere l'ottica del partecipante alla procedura del bilanciamento, nel quadro di una serie di criteri e regole che definisca la c.d. "convergenza razionale".

All'interno del saggio di Di Carlo si evidenzia – sfruttando sempre la visione di Sieckmann - che la precettività della norma non possa essere legata solamente alla sua emanazione, poiché ciò contrasterebbe con la supremazia della Costituzione, fatta anche di principi che, all'interno del paradigma argomentativo, finiscono per essere «ragioni per regole» (p. 32).

La declinazione che Sieckmann fornisce del rapporto tra regole e principi serve, tra l'altro, ad evidenziare alcune sue obiezioni nei confronti di Alexy. In particolare, vengono mossi rilievi verso l'idea per cui i principi sarebbero precetti di ottimizzazione, definizione che «non sarebbe in grado di fornire normatività all'esito del bilanciamento» (p. 33).

Più in generale, anche in questo saggio emerge in tutta evidenza l'indispensabilità del confronto con Alexy ogni qual volta ci sia da affrontare il tema del bilanciamento, anche quando, come nel caso di Sieckmann, le soluzioni del professore di Kiel possono presentare elementi di criticità.

La ricca prima parte, che è quella che di certo interesserà maggiormente il filosofo del diritto, è il presupposto teorico che consegna al lettore gli strumenti necessari per orientarsi all'interno di un tema così vasto e complesso. Dentro questa ampiezza e complessità Bifulco, nel contributo dal titolo *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, analizza due sentenze della Corte di giustizia relative al caso di Maximilian Schrems in tema di protezione di dati e tutela della privacy. Nello specifico, Schrems aveva chiesto nel 2013 alla Commissione per la protezione dei dati irlandese di vietare il trasferimento dei dati da parte di Facebook Irlanda agli Stati Uniti (Facebook Inc.) poiché, secondo la Commissione, gli Stati Uniti garantivano un adeguato livello di protezione dei dati. Di diversa opinione fu la Corte di giustizia che nel 2015 dichiarò invalida la decisione della Commissione. A seguito della sentenza e della ricerca di nuovi equilibri in tema di trattamento di dati, la Corte dovette ripronunciarsi e nel luglio del 2020 annullò nuovamente la decisione della Commissione nota come "scudo per la Privacy" USA-UE. La vicenda, osserva Bifulco, è di rilevante interesse poiché, riguardando la questione della regolamentazione dei dati verso un paese terzo, pone consistenti interrogativi sul ruolo delle autorità di controllo, sulle diverse sensibilità degli Stati in tema di protezione dei dati ed in particolare su quanto certe ingerenze possano incidere nei diritti fondamentali delle persone.

Coduti, nel contributo *"Il terribile diritto" nelle dinamiche di integrazione europea – La giurisprudenza della Corte Edu e della CGUE sul diritto di proprietà*, affronta un altro tema ricorrente in ogni discussione che riguarda il bilanciamento, ossia il dialogo tra le Corti. In particolare, riferendosi alla proprietà privata, Coduti sottolinea il modo in cui la stessa venga disciplinata dalla Cedu, nell'UE, e dalle Corti nazionali, ponendo per l'appunto in rilievo «le intersezioni tra la giurisprudenza internazionale,

quella nazionale e quella sovranazionale» (p. 62). La proprietà diventa così, per un verso, il pretesto per indagare in senso più ampio i rapporti tra i vari ordinamenti, per un altro, uno strumento utile anche per meglio definire i contorni dell'integrazione europea.

Dalla lettura una delle prime determinazioni a cui si giunge è che il bilanciamento, e con esso i principi costituzionali nazionali e sovranazionali, ha contribuito a ridefinire il concetto stesso di diritto, alla costante ricerca di una dimensione in cui esso possa definitivamente affrancarsi dalle asperità tipiche del positivismo più duro. Da questo processo evolutivo, come evidenzia Fiandaca nel saggio *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, non è certamente esente il diritto penale, sempre «meno giuspositivisticamente legicentrico, intessuto in misura ben maggiore che in passato di principi prima ancora che di regole, più aperto alla concretizzazione giurisprudenziale e a operazioni di bilanciamento tra beni giuridici o esigenze di tutele e conflitto o concorrenza» (p. 77).

Pur dalla prospettiva del penalista, Fiandaca fa proprie alcune distinzioni care alla teoria e alla filosofia del diritto, ossia quella tra principi e valori o quella tra principi e regole. Con particolare riferimento a quest'ultima contrapposizione viene evidenziato come, anche in ambito penale, la discussione relativa alle regole difficilmente possa sfuggire dalla stretta logica della sussunzione, dallo schema del "tutto o niente", mentre è la natura stessa dei principi, con la loro ampiezza, genericità ed indeterminatezza, ad imporre il bilanciamento e la ponderazione come necessari. Anche «nell'universo dei delitti e delle pene» (p. 78) i principi rilevano principalmente perché non si riferiscono a fattispecie specifiche, ma in ragione della loro portata generale.

Nel ragionamento di Fiandaca si evidenzia che, in effetti, non sia l'attività di bilanciamento in sé ad essere fondamentale, bensì quella di chi, con essa, riesce a far vivere i principi, ossia l'interprete, che col suo agire discrezionale ha la capacità di spingere l'attività ermeneutica sino alla produzione di nuovi principi, in ossequio a specifiche e precise convinzioni di natura filosofica e politico/ideologica.

Alla natura del bilanciamento tra principi corrisponde, per certi versi, la natura stessa della Costituzione, dato che l'uno e l'altra vivono in funzione di compromessi valoriali. È la vocazione "politeistica" della nostra carta fondamentale ad esigere un compromesso, quasi che ponderazione e documento costituzionale siano elementi tra loro non separabili. Date queste premesse, quale dunque l'interrogativo più rilevante da riferire al

bilanciamento e all'attività ermeneutica? Certamente la questione dei criteri su cui si fonda l'attività dell'interprete. Ci troviamo di fronte, cioè, ad una attività per qualche via oggettivizzabile o, dietro l'angolo, vi è sempre il rischio che la soggettività la orienti anche in ragione di specifiche opzioni politico-valutative? È da condividere, sul punto, l'impostazione di Fiandaca, secondo cui la verità risiederebbe nel mezzo e cioè che l'attività di bilanciamento, per un verso, non sia pienamente arbitraria, governata com'è da regole precise, ma che, per altro verso, viva anche in ragione dei giudizi di valore dai quali l'attività dell'interprete pare non possa mai definitivamente affrancarsi. D'altronde «l'attività delle Corti finisce col collocarsi lungo il confine, mobile e scivoloso, tra giurisdizione e legislazione» (p. 82). Così, per Fiandaca, l'attività delle Corti, così orientata, non può non incidere anche sull'immagine del diritto penale.

Dopo le attente e condivisibili analisi realizzate sul tema del bilanciamento e sulla sua discrezionalità *culturalmente orientata*, il contributo di Fiandaca si chiude col richiamo ad alcuni casi in tema di reati ostativi e di fine vita che risultano emblematici, su di un piano operativo, delle difficoltà che sorgono ogni qual volta si tratti di ponderare beni non sempre tra loro facilmente conciliabili: tutela della sicurezza e diritti fondamentali per il primo caso, tutela della vita e garanzia della dignità, nell'altro.

Ulteriori riflessioni sul rapporto tra bilanciamento e diritto penale sono presenti nei saggi, rispettivamente, di Tesauro, Di Giovine, Manna, Ruggiero e Salcuni.

Tesauro, nel contributo dal titolo *Il bilanciamento della Corte Edu: due possibili modelli ricostruttivi*, si chiede a quali condizioni le decisioni della Corte Edu, sul tema dei bilanciamenti tra diritti convenzionali e interessi tutelati dal sistema penale nazionale, possano funzionare come precedenti vincolanti per la giurisprudenza costituzionale. Tesauro discute criticamente del rapporto tra Corte costituzionale e Corte Edu, evidenziando come non sempre la prima debba recepire come un "servo muto" le indicazioni della seconda, come pare confermino i più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale italiana. Insomma, la questione della forza vincolante delle decisioni della Corte Edu non sarebbe «una verità analitica [...], ma una questione essenzialmente contestabile» (p. 92), in quanto si tratta di un problema che attiene alla sfera etico-politica.

Nel contributo *Principi, bilanciamento e diritto penale – una breve storia recente*, Di Giovine indaga il ruolo del bilanciamento nella dottrina penalistica, evidenziando in particolare come la stessa si sia preoccupata

della questione in ritardo, quanto meno considerando la portata innovativa e per certi versi rivoluzionaria del costituzionalismo post-bellico. L'autrice sottolinea come il diritto penale sia rimasto a lungo ancorato prettamente ai suoi principi, quasi che gli stessi non potessero entrare in contatto con quelli figli della «stagioni costituzionaliste» (p. 108). Dopo aver indagato le ragioni, anche storiche, di questa incomunicabilità, viene evidenziato come lo scenario in parte cambi con l'avvento nel diritto penale del costituzionalismo europeo che contribuisce a modificare e ad ampliare la discussione dottrinale e giurisprudenziale penale sulla "pratica dei principi".

Ne *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali*, Manna analizza la pena dell'ergastolo ostativo e la sua conflittualità con l'articolo 27 comma 3 della costituzione «sia con riferimento al senso di umanità, sia con riguardo alla sostanziale inutilità di ri-educare un soggetto quando non potrà mai essere ri-socializzato» (p. 125) per quanto evidenzi come alcune sentenze della Corte costituzionale riescano a trovare in istituti come la liberazione anticipata una fonte di legittimazione alla pena perpetua. La questione del bilanciamento tra principi emerge, in tutta evidenza, anche a livello europeo, ove è sempre centrale la questione del "dialogo tra corti" allorché si tratti di bilanciare beni come la dignità umana.

Ruggiero, in *Introduzione al bilanciamento di interessi e Rule of law nei diritti fondamentali – una ricostruzione multilivello*, evidenzia come il bilanciamento abbia, tra le altre, una funzione di stabilizzazione delle regole, soprattutto se si considera che la realtà giuridica è intrisa di principi che sovente presentano tensioni difficilmente risolvibili. Il bilanciamento nasconde dei lati oscuri, anzitutto poiché esso contempla «taluni principi che dobbiamo considerare imponderabili» (p. 132) e poiché il conflitto non sempre si realizza tra principi, ma tra norme e norme sovraordinate. L'autore, analizzando alcuni orientamenti della giurisprudenza nazionale ed europea, ricostruisce il delicato rapporto che esiste tra libertà di espressione e sanzione penale. In particolare, l'importanza del bilanciamento si può comprendere allorquando esso debba realizzarsi tra norme dell'ordinamento che prevedono una sanzione e il diritto di cronaca o di critica di cui all'articolo 21 della Costituzione.

Nel saggio conclusivo, *Bilanciamento e cause sospensive della prescrizione per l'emergenza Covid-19*, Salcuni si occupa di prescrizione, alla luce dei più recenti sviluppi a seguito della sospensione dei termini di prescrizione prevista dall'art. 83 del c.d. "Cura Italia". L'autore sviluppa il proprio

ragionamento a partire da alcune questioni di legittimità costituzionale sulla retroattività della disciplina relativa alla prescrizione, all'interno del particolare contesto maturato a causa dell'emergenza Covid-19.

In definitiva, il testo curato da Di Carlo ha un grande merito: riesce a far comprendere come il bilanciamento costituisca una delle più dirette testimonianze del cambio di paradigma che si è avuto con l'avvento dei moderni stati costituzionali, dentro i quali la discussione per principi si configura non come una nuova possibilità o come un'alternativa rispetto ai rigidi meccanismi della sussunzione, ma come elemento essenziale per la definizione stessa del diritto, quanto meno della sua dimensione ideale. Il raggiungimento di tale dimensione appare pressoché impossibile, soprattutto constatando la frequenza con cui il diritto contemporaneo riesca ancora a mostrare il suo lato più oscuro e violento. Tuttavia, l'esistenza dei principi e la loro inevitabile collisione rendono indispensabile il bilanciamento che, di fatto, costituisce la migliore garanzia affinché si riduca lo spazio tra dimensione ideale e dimensione reale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

MICHELE ZEZZA

Il transumanesimo e i suoi limiti

F.H. Llano Alonso, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

MICHELE ZEZZA*

Il transumanesimo e i suoi limiti

F.H. Llano Alonso, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

SOMMARIO: *Introduzione – 1. La prospettiva metodologica e il contesto storico-culturale – 2. Le differenti declinazioni del transumanesimo – 3. Il dibattito tra biogressisti e bioconservatori*

Introduzione

Obiettivo delle considerazioni che seguono è presentare l'ultimo libro di Fernando H. Llano Alonso: *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo* (2018). Già autore di diverse monografie¹ conosciute anche all'interno del dibattito italiano, in questo libro il professore di Filosofia del diritto dell'Universidad de Sevilla affronta diversi temi quali, in particolare, le sfide e i problemi più urgenti legati al mondo del *transumanesimo*, del *postumanesimo*, della *singolarità tecnologica dell'intelligenza artificiale*, del perfezionamento umano attraverso i cyborg e della genetica medica, un complesso di questioni di notevole attualità che, almeno in parte, si possono ricondurre al problema della relazione tra il progresso scientifico-tecnologico e la vita umana. In esso, l'autore ricostruisce alcuni nodi centrali, decisivi per il futuro prossimo, sull'"eccezionalismo" umano amplificato dalle tecnologie, nonché sui suoi limiti etici e giuridici. In termini generali, il libro offre una panoramica dei problemi più attuali che riguardano l'umanità nel suo controverso rapporto con il mondo della tecnica e, d'altra parte, un'analisi delle risposte che si possono intravedere di fronte a tali sfide. Articolato in 6 capitoli, esso è organizzato in maniera tale da fornire inizialmente una visione generale, di carattere essenzialmente teorico, del transumanesimo per poi arrivare a trattare, sul piano dello studio del diritto positivo, le politiche sanitarie e la normativa

* Ricercatore presso il Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo (USP), Brasil.

¹ Cfr. F.H. LLANO ALONSO, *El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò*, Tecnos, Madrid, 1997; ID., *El formalismo y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; ID., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Dykinson, Madrid, 2002; ID., *El Estado en Ortega y Gasset*, Dykinson, Madrid 2011; ID., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Mario Tulio Cicerón*, Aranzadi, Madrid, 2017.

dell'Unione Europea in materia di riproduzione assistita². Lo studio indaga al contempo i nessi esistenti tra la filosofia postmoderna e il transumanesimo; il rapporto tra determinismo scientifico e determinismo tecnologico, e la loro inconciliabilità con la valorizzazione dell'autonomia individuale; l'antropocentrismo e il tecnocentrismo scienziato; e, più in generale, l'influsso degli sviluppi della tecnica sulla natura umana individuale e sulla società nel suo complesso.

1. *La prospettiva metodologica e il contesto storico-culturale*

Dal punto di vista metodologico, la prospettiva adottata è quella di una concezione di ampio respiro dell'indagine giusfilosofica intesa come ambito del sapere costitutivamente interdisciplinare: ci troviamo pertanto dinnanzi a uno studio di carattere prevalentemente teorico, con frequenti richiami alla letteratura e alla mitologia classiche³, nonché alla filmografia di fantascienza, e con puntuali riferimenti alle politiche e alle normative europee. Un'attenzione particolare è poi dedicata allo studio del pensiero di José Ortega y Gasset (1883-1955), che insiste sull'inscindibilità della relazione tra l'uomo e la tecnica intesa come un *continuum* in cui l'essere umano del futuro si configura come il "centauro ontologico" che, al contempo, fa parte della natura e la trascende. In questa prospettiva, la tecnica è intesa come un modo di essere dell'essere umano condizionato dal modo in cui abita la natura⁴, finalizzato a migliorare la propria condizione e alla costruzione di nuovi mondi individuali. Si tratta indubbiamente di un presupposto rilevante che orienta tutta la ricerca: la Filosofia del diritto è vista come una materia in grado di rispondere ai problemi morali imposti dai continui cambiamenti tecnico-scientifici delle società⁵, i quali, per la

² Parallelamente, si analizza il tema della genetica prenatale in una prospettiva comparatistica, allo scopo di evidenziare alcune differenze che sussistono tra il quadro normativo spagnolo, portoghese, italiano, francese, britannico e tedesco sui temi di rilievo per la bioetica.

³ Nel libro sono citati diversi miti (come ad esempio quelli di Prometeo, Ulisse e Gilgameš) incentrati sul desiderio umano di superare i limiti della morte e della vulnerabilità.

⁴ F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 44.

⁵ Non sono molti, invero, gli studi di taglio giusfilosofico sul transumanesimo. Tra i più significativi, si possono ricordare: J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2010; F.J. DE LUCAS MARTÍN, *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012; R. DE ASÍS ROIG, *Una mirada a*

prima volta nella storia, sono arrivati a comportare la possibilità di un futuro mutamento di caratteristiche costitutive dell'essere umano quali la corporeità, l'individualità e la mortalità.

Come emerge chiaramente sin dalle premesse, la riflessione appare fortemente improntata agli *ideali umanisti, liberali e illuministi*, intesi come parte di un progetto emancipatorio tipico della modernità che coniuga le differenti correnti filosofiche e culturali – tra le quali possiamo pertanto includere, in particolare, anche il giusnaturalismo moderno, il pensiero democratico e quello socialista – che, a partire dalla “*transizione verso la modernità*” fino ai nostri giorni, hanno favorito la valorizzazione dell'essere umano come individuo autonomo dotato di dignità, autonomia, libertà e uguaglianza e titolare di diritti inalienabili⁶. Al riguardo, è bene precisare che l'universalità di questa impostazione (la sua potenziale applicazione a tutti i contesti storici e sociali) rappresenta un presupposto, e non un obiettivo, del discorso sviluppato⁷. Lo stesso si può dire, del resto, della validità della *prospettiva antropocentrica*, rivendicata come termine di contrapposizione critica rispetto agli eccessi tecnocratici e scientisti del paradigma transumanista: si tratta di un'impostazione che, assunta come

la robótica desde los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2015; J. L. PÉREZ TRIVIÑO, *Equality of Access to Enhancement Technology in a Posthumanist Society*, «Dilemata», 19, 2015. A. DIÉGUEZ, *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder, Barcelona 2017; A.E. PÉREZ LUÑO, *El posthumanismo no es un humanismo*, in *Derechos y Libertades*, 2/2021, 17-40.

⁶ Un'impostazione affine si può trovare in G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, in G. PECES-BARBA e E. FERNÁNDEZ GARCÍA (a cura di), *Historia de los derechos fundamentales* (I: “Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII”), Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998.

⁷ Per alcune considerazioni critiche (a mio avviso ampiamente condivisibili) contro la portata eurocentrica e occidentale del discorso sui diritti, cfr. R. SPAEMANN, *Universalismo o eurocentrismo. La universalidad de los derechos*, in *Anuario Filosófico* (Universidad de Navarra) 1/1990, 113-122; J. DE LUCAS, *Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)*, in *Derechos y Libertades*, 3/1994, 259-312; B. DE S. SANTOS, *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos*, in ID., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta, Madrid 2009. Da questo punto di vista, è opportuno rilevare che lo stesso cosmopolitismo kantiano, al quale l'autore si richiama con frequenza, convive con una rappresentazione dei popoli extraeuropei (in particolare gli africani, gli indiani, i cinesi, i nativi americani) fortemente stereotipata e discriminatoria, in parte anche se valutata con i parametri dell'epoca. Cfr. soprattutto I. KANT, *Über die verschiedenen Rassen der Menschen*, Ad Fontes Klassikerverlag, Einbeck 2015, su cui si vedano le critiche di K. MUNANGA, *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: Identidade nacional versus identidade negra*, Autêntica, Belo Horizonte 2004, spec. 28-29.

punto di partenza dell'argomentazione e non ulteriormente problematizzata, tende a essere avversata in particolare da quelle prospettive, come l'*antispecismo* e l'*ecologia profonda*, le quali insistono sulla necessità di decentrare la riflessione teorica, etica ed epistemologica dagli agenti umani⁸.

Il transumanesimo è inquadrato all'interno di un più ampio processo di crescente specializzazione e frammentazione del sapere. Il tema indagato s'inserisce in gran parte all'interno dell'orizzonte della "*postmodernità liquida*"⁹, inteso come quella condizione antropologica e culturale conseguente alla crisi della modernità nelle società informatizzate del capitalismo maturo dove il sapere si frammenta in una miriade di conoscenze specialistiche: un'età in cui il ciclo della modernità ha raggiunto la propria conclusione con la delegittimazione dei "grandi racconti", ovvero delle prospettive filosofiche e ideologiche che, a partire dall'illuminismo, hanno improntato i valori della cultura occidentale¹⁰. La rivoluzione scientifico-tecnologica rappresenta una delle principali chiavi del cambiamento di paradigma che stiamo attualmente vivendo: si tratta di un quadro che include l'affermazione delle tecnologie emergenti NBIC (Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology, Cognitive Science), un'espansione illimitata dell'IA, un progresso esponenziale della robotica intelligente e lo sviluppo della biogenetica. In questo contesto, osserva Fernando Llano, «per gli abitanti del mondo postmoderno l'esperienza quotidiana è qualcosa di simile all'"esperienza schizofrenica" di significanti materiali isolati, disconnessi, discontinui, che non possono essere riuniti in una sequenza coerente»¹¹. Dell'atmosfera postmoderna, il transumanesimo propone una reinterpretazione originale teorizzando la necessità di promuovere non «l'autodeterminazione dell'individuo, la

⁸ Su tutti, si vedano almeno i seguenti due classici del dibattito filosofico-morale: P. SINGER, *Animal Liberation*, Bodley Head, London 2015; B. DEVAL, G. SESSIONS, *Deep Ecology: Living as if Nature Mattered*, Peregrine Smith Books, Salt Lake City, 1985.

⁹ «Nuestra época – scrive Fernando Llano – está dominada por la incertidumbre, la globalización de la economía y el desarrollo exponencial de la IA. Este proceso imparable de automatización ha excluido a muchos individuos del mercado de trabajo, especialmente a aquellos que han sido incapaces de reciclarse profesionalmente y reinventarse al ritmo frenético que les exigía este tiempo líquido en el que los humanos fluctuamos a duras penas al compás insaciable de la robótica y la apremiante necesidad de especialización profesional para desempeñar nuevos empleos para los ni siquiera las máquinas superinteligentes estarán preparadas», F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior*, cit., 132.

¹⁰ Su tutti, cfr. J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne : rapport sur le savoir*, Les Editions de Minuit, Paris, 1988; Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Polity, Cambridge, 2000.

¹¹ F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior*, cit., 23 (trad. mia).

formazione integrale del suo spirito attraverso l'esercizio della ragione e lo studio dei saperi umanistici», «bensì l'implementazione delle sue qualità fisiche, cognitive, sensoriali ed emozionali attraverso l'uso della tecnica»¹².

2. Le differenti declinazioni del transumanesimo

In termini generali, il transumanesimo può essere definito come un progetto per migliorare l'umanità, in termini fisici, intellettuali, emotivi e morali, grazie allo sviluppo scientifico-tecnologico e, in particolare, attraverso un ricorso diffuso alle biotecnologie. Entrambe le espressioni alludono alla rivendicazione del diritto di indagare e utilizzare, con piena libertà, i progressi della tecnoscienza, per raggiungere il più alto grado di sviluppo tecno-scientifico. Allo stesso tempo, questi movimenti cercano di trascendere i limiti naturali, biologici o sociali che attualmente condizionano il pieno sviluppo dell'esistenza. Contro questa impostazione ideologica, nel libro si rivendica, come si è anticipato, la persistente attualità degli ideali universalistici e razionalisti dell'umanesimo e dell'illuminismo, della concezione deontologica e anti-utilitaristica della dignità umana e della tutela dei diritti inalienabili.

Del transumanesimo (e dei suoi limiti etico-giuridici) l'autore fornisce una ricostruzione rigorosa, che si concretizza in un'opera di disarticolazione concettuale (individuando una variante culturale, una biologica e una cibernetica) e successiva ricomposizione. In termini generali, è descritto come un «movimento culturale e ideologico che propone il miglioramento tecnologico delle capacità [...] dell'essere umano con l'obiettivo di raggiungere la perfezione della sua specie»¹³; come un progetto filosofico-scientifico che difende l'utilizzo delle tecnologie emergenti più avanzate – dalla biogenetica, l'informatica, la nanotecnologia e le scienze cognitive fino alla robotica e all'intelligenza artificiale – allo scopo di aumentare esponenzialmente le capacità fisiche, cognitive, sensoriali, morali ed emozionali degli esseri umani¹⁴. Il transumanesimo è inteso in un'accezione ampia come un movimento poliedrico, del quale sono analizzate tre dimensioni o varianti: «il transumanesimo *culturale*, ispirato alla critica postmoderna [...] contro l'umanesimo e il progetto della modernità; in secondo luogo, il transumanesimo *biologico*, che rivendica

¹² *Ivi*, 34.

¹³ *Ivi*, 17 (trad. mia).

¹⁴ *Ivi*, 25.

l'ideale illuminista della perfettibilità potenzialmente infinita dell'essere umano [...] attraverso il biomiglioramento umano propugnato dalle tecnoscienze (fondamentalmente la biologia e la genetica medica); infine, il transumanesimo *cibernetico*, che coincide in realtà con un autentico postumanesimo, in quanto si propone di creare una nuova specie a partire dall'ibridazione uomo/macchina (e che ricorre preferibilmente alla robotica e all'IA piuttosto che alla biologia»¹⁵.

Soprattutto in quest'ultima declinazione, che presuppone una rottura radicale con l'antropocentrismo propugnato dall'umanesimo, tale paradigma si propone di superare alcuni limiti relativi alla natura umana per creare una nuova specie più evoluta (più intelligente, felice, longeva, ecc.) rispetto a quella dell'*homo sapiens*: l'*homo excelsior*, degli esseri superdotati i quali sono stati selezionati, disegnati e migliorati geneticamente. Questa specie postumana, secondo la proposta dei transumanisti, è destinata in futuro ad imporsi all'interno di uno scenario crepuscolare per la specie umana, relegata in una condizione di assoggettamento a causa della sua inferiorità fisica e intellettuale rispetto alle altre specie dei transumani e degli uomini-robot. In quest'accezione radicale, si tratta di un'impostazione che concepisce l'umanità come mezzo per arrivare a un'utopica, indisponibile, perfezione, e, di contro, individua nella diversità un sinonimo di inferiorità, creando in questo modo barriere e divisioni. A questa impostazione si ricollega il tema della "singolarità" (un momento in cui il progresso tecnologico accelera oltre la capacità di comprensione e previsione degli esseri umani), ampiamente trattato all'interno del libro unitamente allo scenario di un sistema educativo elitario ed escludente che aggravi ulteriormente le discriminazioni e i divari già esistenti.

Il transumanesimo, pertanto, muove dalla convinzione di un cambiamento di paradigma che ha interessato il concetto stesso di modernità sul piano etico, socio-politico e culturale proprio della modernità, ma non si pone come necessariamente antiumanista. Almeno la variante del transumanesimo biologico, di fatto, si limita a proporre un potenziamento delle capacità umane attraverso un uso consapevole della tecnoscienza, delle NT e delle TIC: questo approccio sembra in grado di garantire che lo sviluppo della ricerca scientifica e delle nuove tecnologie non comporti una lesione della dignità e della libertà in quanto valori costitutivi dell'essere umano. Nella sua versione più radicale, tuttavia,

¹⁵ *Ivi*, 28 (trad. mia).

implica una certa forma di postumanesimo “*post-eccezionalista*”¹⁶ e cibernetico che si caratterizza per la sua fiducia innata nel progresso e nell’onniscienza delle nuove tecnologie, negando alla radice la possibilità di attribuire all’umano uno status speciale all’interno del regno naturale.

In estrema sintesi: i princìpi costitutivi del movimento transumanista possono condurre a uno sviluppo delle capacità dell’esser umano fino al suo massimo livello possibile; d’altra parte, possono condurre anche al superamento delle caratteristiche tradizionali dell’essere umano. Si tratta di postulati che, in definitiva, potrebbero contribuire a formare una sorta di “superuomo”, una realtà ibrida priva di tutte le limitazioni e dei difetti che caratterizzano gli esseri umani: questa meta, precisamente, è vista come l’epilogo inevitabile del processo di sviluppo tecnico-scientifico. La trattazione di questo problema fornisce all’autore il pretesto per affrontare diverse questioni relative al rapporto tra robot e individui: in particolare, il tema della qualificazione giuridica della “personalità elettronica” e della natura “ibrida” di alcuni umani che si avvalgono di protesi e/o di dotazioni robotiche funzionali, in particolare nell’ambito dello sport agonistico.

3. Il dibattito tra biogressisti e bioconservatori

Tra i molteplici elementi di interesse contenuti in questo libro (dei quali non si può dar conto, in questa sede, esaustivamente), non si può far a meno di citare almeno il dibattito dottrinale tra gli argomenti “*bioprogressisti*” e “*bioconservatori*” in merito alle esigenze di bilanciamento tra il diritto allo sviluppo della scienza e delle tecnologie e il diritto-dovere di conservazione della specie umana. Tra le prospettive bioprogressiste, che difendono l’opportunità di un biomiglioramento umano e del ricorso a *pratiche eugenetiche* finalizzate a un *neuropotenziamento*, troviamo in particolare il dataismo (una nuova religione che attribuisce un valore

¹⁶ Diversi studiosi, sia postumanisti sia transumanisti, hanno evidenziato i profili di radicale incompatibilità tra le due correnti. Cfr., rispettivamente, R. MARCHESINI, *Post-human*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002, 527 ss.; G.C. STILE, *Transumanesimo. Una introduzione all’idea di evoluzione autodiretta*, in *Laboratorio dell’ISPF: rivista elettronica di testi, saggi e strumenti del CNR*, XII, 2015. Per un più ampio inquadramento, si rimanda a E. POSTIGO SOLANA, *Transumanesimo e postumano: principi teorici e implicazioni bioetiche*, in *Medicina e Morale*, 2/2009, 267-282; F. FERRANDO, *Postumanesimo, transumanesimo, antiumanesimo, metaumanesimo e nuovo materialismo. Relazioni e differenze*, in *Lo sguardo. Rivista di filosofia*, 2/2017, 51-61; F.H. LLANO ALONSO, *Transhumanism, Vulnerability and Human Dignity*, in *Deusto Journal of Human Rights*, 4/2019, 39-58.

supremo al flusso di informazioni) di Yuval Noah Harari¹⁷, secondo il quale l'essere umano non vuole migliorarsi, bensì superarsi, conquistare l'immortalità, la felicità e la divinità, anche al costo di creare una nuova casta superumana. Di contro, i bioconservatori, come ad esempio Francis Fukuyama¹⁸, non accettano la negazione della dignità umana implicita nelle idee bioprogressiste e difendono piuttosto una visione (non flessibile bensì) immutabile della natura umana. I primi propongono di sfruttare l'irreversibile progresso tecnologico per implementare la ricerca sulle possibilità di migliorare la condizione umana con l'aiuto delle biotecnologie; i secondi sostengono invece la necessità di conservare un equilibrio tra i progressi in campo biomedico e i fondamenti della morale umanista¹⁹.

Tra queste due posizioni, l'autore colloca, come formula intermedia, l'*umanesimo tecnologico* di José Ortega y Gasset²⁰: in particolare, l'intuizione di assimilare l'essere umano a un centauro ontologico, che non si può considerare umano senza tecnica. L'analisi della filosofia orteguiana consente all'autore di riflettere sui limiti allo sviluppo della ricerca scientifica e al progresso delle nuove tecnologie che non devono mai comportare il sacrificio della dignità e della libertà in quanto proprietà costitutive dell'essere umano. Lo sviluppo scientifico e tecnologico, detto in altri termini, deve sempre rispettare il diritto degli individui di realizzare liberamente i rispettivi progetti di vita. Ortega y Gasset, con le sue riflessioni, ci invita a umanizzare la tecnica, ci induce a riflettere sull'importanza di affrontare con un approccio equilibrato il nuovo mondo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, delle nanotecnologie, delle biotecnologie e di altre invenzioni scientifiche che devono sempre rappresentare un mezzo, una possibilità per migliorare la nostra condizione e mai un fine in sé.

¹⁷ Cfr. in particolare Y.N. HARARI, *Sapiens: A Brief History of Humankind*, Penguin Random House, London, 2014; ID., *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, Vintage Penguin Random House, London, 2016.

¹⁸ Cfr. in particolare F. FUKUYAMA, *Our Posthuman Future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2002; ID., *Transhumanism*, in *Foreign Policy*, 144, 2004, 42-43.

¹⁹ F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior*, cit., 190.

²⁰ *Ivi*, 190-192. Tra le molte opere citate, si rimanda soprattutto a *Meditación de la técnica*, in *Obras completas*, 10 voll., Taurus/Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2004-2010, vol. V, 551-605.