



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2019

FASCICOLO 2

Dicembre 2019

Indice

MASSIMO LA TORRE, *Editoriale* pag. 4

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI - ANDREA PORCIELLO,
Presentazione pag. 15

Saggi

GEREMIA ROMANO, *Responsabilità medica, malformazioni genetiche e opzione ermeneutica* pag. 19

MIKE WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and European Integration* pag. 81

MASSIMO DONINI, *Garantismo penale oggi* pag. 96

PERSIO TINCANI, *Il romanzo e la realtà. Una lettura del Chisciotte* pag. 139

MARCELLO MAZZUCA, *Brevi note sulla nozione di «beni culturali» e sul relativo regime giuridico, tra ordinamento interno e norme comunitarie* pag. 173

CARMELO RIPEPI, *Disciplina procedimentale generale della negoziazione assistita volontaria ed obbligatoria* pag. 189

STEFANO ZOCCALI, *La confisca per equivalente: estensione ai reati tributari, responsabilità amministrativa degli enti e abusi di mercato fra garanzie CEDU, retroattività e proporzionalità* pag. 210

MATTEO CARMINE FIOCCA, *“Ritorniamo alla legalità”. Leggi d’eccezione e reato di brigantaggio in un caso di favoreggiamento nella Calabria postunitaria* pag. 242

JESSICA MAZZUCA, *Dialogo tra saperi attraverso il metro dell’ars interpretativa. L’eredità di Emilio Betti e Salvatore Pugliatti* pag. 279



n. 2/2019

Forum

Forum a cura di MASSIMO LA TORRE, *La ribelle: rivolta nella Russia stalinista*, E. Jaroslavskaja-Markon, *La ribelle*, trad. S. Sichel, Guanda, Milano, 2018, pp. 180. Con contributi di: CHARLIE BARNAO, DOMENICO BILOTTI, MARCO COSSUTTA pag. 304

Discussione

ANTONINO MANTINEO, *Dalla Res Publica christiana alla Res Publica humana: l'itinerario umano e intellettuale di Giorgio Barone Adesi* pag. 340

LUCA LOSCHIAVO, *Il ruolo del giurista oggi e la necessità di ripensarne la formazione* pag. 349

JOHN KOMLOS - SALVATORE PERRI, *Le ragioni sociali ed economiche dell'ascesa di Trump* pag. 360

SERENA SERRAVALLE - IVAN VALIA, *Maternità surrogata e interesse superiore del minore. Conversazione con Serena Serravalle.* pag. 391

LIVIO GHERSI, *La riduzione del numero dei parlamentari* pag. 405

NICOLETTA PALAZZO, *Ancora sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 52/2016 e le questioni irrisolte nelle relazioni con le confessioni religiose* pag. 452

Cronache

MASSIMO LA TORRE, *Cosimo Marco Mazzoni. Un ultimo saluto* pag. 487

Recensioni

CLAUDIA ATZENI, *La scopa di Don Abbondio. Il moto storico tra ricorsi ed eterogenesi dei fini. L. Canfora, La scopa di Don Abbondio*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pp. 98. pag. 491

ANTONELLA BONGARZONE, *Un dialogo tra archivistica e diritto*, P. Franzese, *Manuale di archivistica italiana*, Morlacchi Editore University Press, Perugia, 2018, 2°ed., pp. 287 pag. 500

ILARIA DI GIUSEPPE, *Libertà d'espressione. Criticità del modello liberale e nuove vulnerabilità*, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Libertà di espressione: ragione e storia* (a cura di A. Di Rosa), Giappichelli, Torino, 2018, pp. 248 pag. 506

LUIGI MARIANO GUZZO, *Mistero al cubo: l'università tra diritto e letteratura*, Lou Palanca, *Mistero al cubo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2019, pp. 224 pag. 528

FEDERICA MARTINY, *Un dialogo sull'Europa necessaria*, N. Urbinati, *Utopia Europa, intervista di A. Fico*, Castelvecchi, Roma, 2019, pp. 140 pag. 539

DOMENICO BILOTTI, *Il controllo giurisdizionale sulle leggi e gli ordinamenti post-coloniali*, T. ROUX, *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2018 pag. 548

DOMENICO BILOTTI, *Condizione femminile e diritti confessionali*, M. L. MARGOLISM, *Women in Fundamentalism: Modesty, Marriage and Motherhood*, Rowman & Littlefield, Lanham-Boulder-New York-London, 2019 pag. 552

DOMENICO BILOTTI, *Le radici ecclesiastiche e culturali della parentela legale*, Y. MARGALIT, *Determining Legal Parentage: between Family Law and Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2019 pag. 556



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

MASSIMO LA TORRE

Editoriale

La fine della storia: trent'anni dopo

MASSIMO LA TORRE *

Editoriale

La fine della storia: trent'anni dopo

Nell'estate del 1989 ebbi concessa una borsa di studio da parte dell'Accademia delle Scienze della Germania Orientale, l'*Akademie der Wissenschaften der DDR*, per un soggiorno a Berlino Est. Ciò al fine di completare la mia ricerca sulla dottrina giuridica nazista. In Germania orientale arrivai così dopo un viaggio in treno via Vienna e Praga ai primi di agosto di quell'anno. Ricordo un'estate abbastanza clemente, luminosa, non calda, ma nemmeno piovosa, o fredda, come quelle che mi era capitato di conoscere anni prima nella Germania del Nord. Cominciai dunque a percorrere la Berlino comunista in lungo e largo, soprattutto lungo l'asse formato tra *Unter den Linden* e *Friedrichstrasse*, la quale si interrompeva bruscamente al *Checkpoint Charlie*, il posto di controllo tra le due parti della città divisa.

La città era linda, anche se ancora qui e là qualche segno delle rovine della guerra faceva capolino, rivelando un passato di totale distruzione. Non vi erano segni di povertà né di estrema scarsità. Nei supermercati si trovavano beni alimentari e di consumo senza troppe restrizioni. Non c'erano troppe marche ovviamente. E scarseggiava la frutta fresca. Niente banane, oggetto di un intenso desiderio e di fantasia dei Berlinesi orientali. Ma latte, uova, caffè, zucchero eccetera erano ampiamente disponibili. Diversamente da quanto avevo potuto constatare in Polonia lo stesso anno, dove avevo trovato miseria e degrado, e l'odore acre, il tanfo, delle città che mi ricordava quello tipico delle baracche della mia città siciliana. Ristoranti e caffetterie offrivano pasti e cibo di ottima qualità. Le strade erano vivaci, e col tempo si scopriva, la sera soprattutto, una città parallela e sotterranea,

*Professore ordinario di Filosofia del Diritto Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro.

fatta di cambiavalute clandestini, di locali nascosti affollati di gente, di macchinine private (il più delle volte *Trabant*) che facevano da taxi, di file per strada per infilarsi in una sala da ballo con i telefoni ai tavoli. Ma anche fatta di lunghe code alla libreria di Alexanderplatz, il centro della città, dove una buona metà dei libri in vendita erano in Russo, oltre ovviamente alla MEW, l'opera completa di Marx e Engels in più di venti volumi che avrei potuto comprare, ma non lo feci, e ora me ne pento, per qualche migliaio di lire. Il traffico appena fuori dal centro era regolato agl'incroci dai paracadutisti dell'Armata Rossa, sovietici, col parabellum a tracollo, e il berretto a punta con la stella rossa. La domenica la città pullulava di soldati russi in libera uscita. In *Unter den Linden*, non lontano dalla Università Von Humboldt, alla *Neue Wache* il cambio della guardia si compiva quotidianamente con rigido formalismo prussiano, passo dell'oca compreso. L'uniforme e gli elmetti dei militari della DDR ricordavano assai quelli della *Wehrmacht*, proiettandone un'ombra inquietante. L'impressione generale era quella d'un mondo molto ordinato, almeno in superficie, e isolato, e sotto costante occulta osservazione, tenuto insieme da paratie stagne, lento ma come una pentola a pressione sul fuoco. La sensazione di controllo e di subordinazione era permanente, e qui e là qualche commento poco prudente di uno sconosciuto, oppure un gesto sgarbato e autoritario d'un impiegato, te lo faceva percepire crudamente. Dire *Ost-Berlin* era ufficialmente assolutamente proibito. Al mio ritorno, al controllo alla frontiera, che avvenne alla stazione di Lipsia, una guardia mi chiese alla dogana da dove venivo, e rispondendo "Berlino est", mi si gridò che una tale località assolutamente non esisteva. C'era solo *Berlin Hauptstadt der DDR*, Berlino capitale della Repubblica Democratica Tedesca.

Nelle vie della grande capitale sfilava la gente comune ammassata nei tram e nella metropolitana, abbigliata decentemente, coll'ambito jeans talvolta teneramente ostentato. E s'incrociavano le Volvo nere degli uomini d'apparato. La gerarchia dispiegata in questa diversa forma di locomozione

risultava stridente ed eccessiva. Veniva alla mente Orwell e la *Fattoria degli animali*, dove si proclama l'uguaglianza eppure "qualcuno" è più uguale degli altri. Tra le persone che conobbi ce n'erano che soffrivano perché, mi dicevano, udivano lo sferragliare della metropolitana della Berlino dell'Ovest passare sotto la loro casa. Ne facevano un'ossessione, perché erano condannati a non potere mai prenderlo quel vagone. E difatti alcune vecchie stazioni erano murate; mattoni su mattoni oltre quelli del lungo grigio nudo minaccioso muro che divideva inesorabilmente la città, sorvegliato dalle torrette dei *Vopos*, la polizia di frontiera. Ce n'erano altre, di persone, molte altre, che soffrivano la mutua mancanza di fiducia tra gli amici. La paura d'essere spiati dalla potentissima STASI faceva sì che nessuno si fidasse di nessuno. Un conoscente mi raccontava che il suo amico più caro era all'improvviso scomparso, per poi sapersi ch'era fuggito in Occidente passando per l'Ungheria (uno stratagemma che proprio in quell'estate esplose grazie alla liberalità ed alla porosità della frontiera magiara). Ebbene questo mio conoscente era sconvolto dal fatto che l'amico nulla a lui avesse detto del suo piano di fuga, a lui che gli era carissimo. Ed io allora a cercare di giustificarlo dicendo che chissà, forse, era stato un modo per proteggere l'amico, per non coinvolgerlo.

Nel breve tempo che passai allora a Berlino le cose cominciarono a precipitare. Se all'inizio di agosto sentivo solo qualche timido accenno di malcontento, a settembre la protesta si cominciava a fare aperta. Ricordo due episodi. Recandomi alla stazione dei treni per prenotare il viaggio di ritorno mi capitò di fare una fila enorme. Erano tutti giovani e giovanissimi davanti allo sportello, comprando biglietti per l'Ungheria. E l'impiegato domandando "andata e ritorno?", "hin und zurück", e la risposta era sempre: "solo andata", "nur hinfahrt". Si trattava di una fuga in massa. Qualche giorno prima di partire mi recai all'Opera a vedere "Il ratto dal serraglio" di Mozart. L'Opera era un edificio nuovo, tutto specchi e ori, "protzig", pretenzioso, di fronte al museo di Pergamon. Il pubblico in sala era numerosissimo. E in un momento in cui uno dei cantanti pronunciava

una frase che è di timida protesta verso il sultano, nella storia che racconta l'opera, partì un applauso fragoroso da tutta la sala. Era una protesta contro l'autorità, contro i bonzi del Partito. Un po' alla maniera di come succedeva nel nostro Risorgimento nei teatri di Milano o di Parma. Era la prima volta che accadeva. L'aria era cambiata. Il popolo era in movimento. Partì prima che quello stesso popolo cominciasse le manifestazioni di masse, agitando la parola d'ordine "Wir sind das Volk", "siamo noi il popolo", e infine, complice la debolezza di Gorbacëv, facesse crollare il regime.

Un terzo episodio è ancora più rivelatore del clima d'oppressione. Al mio ritorno, al controllo di Lipsia, le guardie salirono sui vagoni, marciando di compartimento in compartimento. Controllavano i documenti, e contavano quanti bagagli ciascun viaggiatore portasse con sé. Ed i Tedeschi della Germania orientale che ne avessero troppi, e che dunque risultassero sospetti d'un tentativo d'espatrio, senza troppi complimenti li si faceva scendere, scaraventando le loro valigie dal finestrino sul binario. Così anche accadde nel mio compartimento ad una ragazza seduta proprio dinanzi a me, e che fu presa con la forza e costretta in lacrime ad interrompere il viaggio verso la Cecoslovacchia. Non si concedeva nessun diritto all'uscita dallo Stato.

Il pomeriggio del 9 novembre 1989 non ero a Berlino; ero in viaggio da Salisburgo a Bologna. Dovetti cambiare in una remota stazione nelle Alpi austriache di cui ora non ricordo il nome. Entrai nel bar e qui alla televisione si dava la notizia dell'apertura del muro di Berlino. Si vedeva la massa scavalcare il muro senza che la polizia intervenisse. Nessuno ci poteva veramente credere. La notizia era sensazionale; significava la fine di un'epoca. Tutti eravamo lì guardando lo schermo, consapevoli che si trattava di un'ora storica, e che presto il "socialismo reale" sarebbe crollato. E così avvenne, e credemmo tutti nell'inizio di una nuova era. Conclusasi la guerra fredda, si apriva una nuova stagione di pace e di prosperità. Così speravamo. Il nazionalismo pareva dar passo al cosmopolitismo. Bruce Ackermann si affettò a scrivere un libro celebrando la "rivoluzione liberale".

Francis Fukuyama parlò di “fine della storia”. Non era più ora la società senza classi a chiudere la storia, intesa come lunga sequela di conflitti e vicissitudini, ma il trionfo definitivo del capitalismo e del “secolo americano”.

Ma dopo il 1989 venne il 1990. E ci fu l’invasione del Kuwait da parte dell’Iraq, e subito dopo la prima guerra del Golfo, dell’invasione dell’Iraq da parte delle truppe statunitensi e dei suoi alleati; ciò sanciva la fine del mondo bipolare governato insieme da Stati Uniti e Unione Sovietica. Iniziava un’altra fase delle relazioni internazionali: la stagione unipolare della potenza americana, ora senza il rivale russo. E la guerra del Golfo ne era il sigillo. E poi si aprì la lunga stagione della guerra balcanica e della dissoluzione della Jugoslavia, che doveva farci rivivere gli orrori di un nuovo olocausto. L’ottimismo tuttavia resisteva. Ed è in questo clima che si produce il Trattato di Maastricht del 1992 che dà vita all’Unione Europea, alla “cittadinanza europea”, e ad apre la rotta verso l’Unione Monetaria Europea, cioè l’introduzione della moneta unica, l’Euro. Il diritto dell’Unione ora più che mai ambisce a presentarsi come il “diritto dopo Auschwitz”; soft law, “soffice”, o “mite”.

In quegli stessi anni si modifica profondamente il sistema politico italiano. La “prima repubblica” uscita dalla seconda guerra mondiale si dissolve sotto i colpi di maglio dei giudici di Milano. È l’avventura di Mani Pulite. Il sistema dei partiti crolla, prima il partito socialista, e poi, seguendolo a ruota, il partito comunista e la democrazia cristiana, accompagnati dai partitini (liberali, repubblicani, socialdemocratici) che ne erano i satelliti. Viene a mancare la “costituzione materiale” che aveva sostenuto la costituzione formale repubblicana del 1948. E si affacciano altri protagonisti alla ribalta politica, La Lega Nord, e il partito-azienda di Silvio Berlusconi, entrambi estranei, se non ostili, ai valori repubblicani e comunque alla storia che questi aveva prodotto. L’Italia entra in una nuova epoca di turbolenza e di instabilità, da cui invero deve ancora uscire. Questa trasformazione radicale è anch’essa in parte il risultato di quel 9 novembre

dell'89, che libera il Bel Paese dalla tutela che su di esso si esercitava in ragione della guerra fredda e del carattere di frontiera della sua collocazione geopolitica. L'Italia, crollato il muro, diviene assai meno importante strategicamente, nel mentre la Germania riacquista la sua unità e si profila nuovamente come nazione egemonica del continente europeo. La politica interna italiana si libera dalla sua precedente stretta dipendenza dalla politica estera.

L'Europa e l'Italia che oggi viviamo sono dunque in buona misura il prodotto di quel fatidico novembre di trent'anni fa. Del resto, il 9 novembre è data anch'essa fatidica. Il 9 novembre 1918 si dichiara la Repubblica in Germania, e il Kaiser abdica. Il 9 novembre, 1923, e non a caso, è la data del fallito *putsch* di Hitler a Monaco di Baviera. E il 9 novembre 1937 è la data poi della "notte dei cristalli", "Kristallnacht", in cui i nazisti si scatenano apertamente e furiosamente contro la popolazione ebrea, e ne bruciano le sinagoghe. E il 9 novembre 1799, 18 Brumaio nel calendario rivoluzionario, era stato il giorno in cui Napoleone aveva preso il potere in Francia con un colpo di stato, dissolvendo il parlamento.

Il rimescolamento e il riassetto che si danno a partire del 1989 spiegano ciò che ci è dato di vivere oggi. La fine del "socialismo reale" rilancia un capitalismo senza freni alla maniera di quello "manchesteriano" tipico dell'Ottocento, il mondo dei disperati di Charles Dickens. Sembra quasi che le lancette della storia vadano all'indietro. Umberto Eco a questo proposito parla di un movimento del gambero, all'indietro per l'appunto. La "grande trasformazione" del ventesimo secolo, studiata e discussa intelligentemente da Karl Polanyi nel suo splendido saggio *The Great Transformation* del 1939, sembrava per l'appunto essere stata quella di un sistema di mercato ora addomesticato, "embedded capitalism", capitalismo controllato mediante un attivo intervento di poteri pubblici. Il *New Deal* di Roosevelt aveva messo fine agli eccessi del capitalismo finanziario e speculativo responsabile della terribile crisi del 1929. Nel 1944 gli Americani riordinano il sistema finanziario mondiale mediante gli accordi di Bretton

Woods, mirati ad impedire gli eccessivi squilibri di cambio che avevano esacerbato la crisi del '29. E dopo la seconda guerra mondiale nell'Europa occidentale è un programma socialdemocratico quello che prevale, Stato sociale un po' dappertutto seppure declinato in vari modi, a seconda delle diverse contingenze nazionali. In vari paesi, in Italia per esempio, ma anche nel Regno Unito, si ritiene che il sistema sia quello ormai di un'"economia mista", condiviso tra impresa privata e impresa pubblica. La Francia dopo la guerra si dà un importante sistema di pianificazione economica pubblica.

Ciò libera moltissime energie nella società, e rimescola le classi sociali. Il *Wall Street Journal* in un numero del 1970 deve comunicare al lettore che gli operai sembrano non aver più paura. Il Regno Unito nella prima metà degli anni Settanta è attraversato da un'ondata massiccia di scioperi operai, a partire da quello famosissimo dei minatori che costringe i Britannici a stare senza luce un paio di sere a settimana. L'inverno del 1978-1979 Inghilterra è ricordato come "the winter of discontent". Ed allora comincia ad agitarsi lo spettro della "ingovernabilità". Le masse – si dice, riprendendo un vecchio luogo comune --sono insaziabili, e intrinsecamente turbolente. Ciò riduce produttività e profitti oltre ad alimentare l'incertezza dell'"impresa" e dei "mercati". Bisogna allora poter ritornare ad una situazione d'ordine e di disciplina nei rapporti sociali. Va ristabilita la gerarchia, e la "paura" dell'avvenire. Un posto di lavoro fisso non rende il lavoratore produttivo, anzi togliendogli la paura lo fa ingestibile. Si dà così una nuova temperie di conflitto sociale culturale, in cui al welfarismo si contrappone il neoliberalismo, e ciò che sembrava marginale e superato, l'idea del mercato come regolatore automatico della produzione e del consumo, ritorna ora prepotentemente ad affermarsi come criterio direttivo della politica economica. Il 1979 in Inghilterra si conclude con la vittoria elettorale della Signora Thatcher, e con questa v'è l'inizio d'una aggressiva rivincita del governo capitalista dell'azienda e della vita dei lavoratori. Per una suggestiva coincidenza è quello stesso l'anno delle lezioni al Collège de France tenute da Michel Foucault sulla bio-politica, dove in maniera acuta

si illustra la governamentalità neoliberale come gestione dell'esistenza vitale dell'individuo, capovolgimento dell'intuizione marxiana dei bisogni quali struttura fondante dell'ordine politico.

Agli anni Settanta dello scorso secolo, anni turbolenti e di grandi scioperi, e di conquiste sociali, seguono gli anni Ottanta. Il numero di ore di sciopero si riduce drasticamente, i salari si bloccano, in Italia si abolisce la "scala mobile", vale a dire l'automaticità dell'aumento dei salari a seconda dell'inflazione, e si comincia un po' dappertutto a liberalizzare i movimenti di capitali ed a privatizzare le imprese pubbliche. Nel 1971 gli USA hanno già denunciato gli accordi Bretton Woods, che impedivano loro di stampare moneta liberamente, ridando luogo alla instabilità dei cambi. Con l'Atto Unico Europeo del 1986 si inaugura il passaggio dal "mercato comune", in buona sostanza unione doganale, al "mercato unico", che è tutt'altra cosa. Si tratta qui di una "costituzione economica", alla maniera ordo-liberale, vale a dire dell'instaurazione di un modello economico di libero mercato e di elevata concorrenza tra attori economici privati e pubblici garantito costituzionalmente per via giudiziale dalla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia e per via amministrativa/legislativa dall'opera di monitoraggio, omologazione e omogeneizzazione intrapresa dalla Commissione Europea. E a questo punto arriva l'ondata d'urto del 1989. I paesi del "socialismo reale" abbandonano il sistema socialista. In società in cui non c'è proprietà privata questa viene reintrodotta dall'oggi al domani, con provvedimenti dall'alto, ed una legislazione d'impianto neoliberale. Sono i "Chicago Boys" all'opera nelle capitali dell'Europa orientale; sono loro, i seguaci di Milton Friedman e del mercato liberissimo, coi libri di Ayn Rand sotto il braccio, a ricostruire le economie di quei paesi. È un'opera che può dirsi rivoluzionaria, o controrivoluzionaria se si preferisce, di portata enorme, e che ancora attende uno studio complessivo ed intelligente. Ora, l'Europa di Maastricht si produce e si sviluppa in questa temperie, e il clima culturale dominante nei paesi dell'Europa orientale, neoliberismo radicale, si trasmette anche alle istituzioni europee, in ragione pure dell'allargamento

dell'Unione nel 2004, quando d'un sol colpo vengono a far parte di essa ben dieci nuovi Stati-membri, tra cui alcuni che erano stati parti della stessa Unione Sovietica. Globalizzazione, allargamento dell'Unione, privatizzazione, sono quasi dei sinonimi, e definiscono processi che si sovrappongono e si sorreggono mutuamente.

Ciò si dà in un quadro politico anch'esso "liberalizzato", o "de-regolarizzato", dove ciò va inteso nel senso di un regressivo smantellamento delle strutture di contenimento internazionale dei conflitti e della forza "bruta". L'ordine costruitosi faticosamente tra gli Stati a partire dallo stabilimento delle Nazioni Unite nel 1945 sembra subire un'opera di mirata erosione, che spinge verso l'affermazione di poteri fattici globali che si sottraggono alle istituzioni ed alle regole del diritto internazionale. L'Unione Europea sembrerebbe contraddire questa evoluzione, se non fosse che dopo la crisi finanziaria del 2010 e del salvataggio della Grecia molta acqua è passata sotto i ponti di questa strana confederazione di Stati, e che una legislazione sovranazionale d'emergenza ha per un verso solidificato in maniera radicale il trasferimento di sovranità verso istituzioni epistemocratiche e tecnocratiche sovranazionali, come la Banca Centrale Europea. Ma molto di tale "solidificazione" si è data rifacendosi ai mercati, per esempio coinvolgendo nell'edificio europeo una istituzione ad essa estranea, il Fondo Monetario Internazionale. Il "solido" qui rinvia al "liquido". E con questo si giustifica. Epperò il "soft law" si rivela tutt'altro che mite, diventato ordine giuridico del creditore, cui il debitore è sottomesso secondo rigidi protocolli di "condizionalità". L'impressione rimane ancora di disordine. L'onda d'urto espansiva del 9 novembre 1989 non si è ancora esaurita. E nuovi tumulti e "liberalizzazioni" ci aspettano. Il *Brexit* può anche interpretarsi in questa chiave, un'ulteriore impresa di demolizione, di "liquidazione" e "liberalizzazione".



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI -

ANDREA PORCIELLO

Presentazione

Presentazione

In apertura di questo ricco numero della Rivista troviamo un contributo di Geremia Romano sulla questione del danno risarcibile e della legittimazione attiva nei casi di responsabilità medica da nascita indesiderata, per errore diagnostico o per inadempimento agli obblighi informativi.

Segue una riflessione di Mike Wilkinson sul “liberalismo autoritario”, formula con cui l’Autore indica la tendenza, dominante nella dimensione istituzionale dell’Unione europea, a negare cittadinanza a ogni critica mossa a un processo d’integrazione orientato da una logica tecnocratica e da una visione politico-economica ispirata al paradigma dell’austerità.

Gli eccessi ai quali, su questo versante, abbiamo assistito nel recente passato hanno provocato accese reazioni populiste nei confronti del processo d’integrazione sovranazionale europeo, alimentando un clima nel quale la difesa oltranzistica delle istituzioni democratiche nazionali rischia di promuovere processi involutivi di segno opposto, confondendo le esasperazioni del neoliberalismo (efficacemente rappresentate nel suggestivo *Editoriale* di Massimo La Torre) con i principi liberali che connotano il modello della democrazia moderna.

* Ordinario di Politica economica presso l’Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

*** Ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

In altro ambito (quello del diritto penale), il saggio di Massimo Donini sul garantismo mette in guardia dagli effetti nefasti di questa opposta tendenza al populismo in materia penale, sottolineando l'importanza di riaffermare, anche in tale settore, un diritto "costituzionalmente orientato".

Seguono un evocativo contributo di Persio Tincani sul *Don Chisciotte*, un articolo di Marcello Mazzuca sulla nozione di "beni culturali" e sul relativo regime giuridico, uno di Carmelo Ripepi sulla disciplina procedimentale generale della negoziazione assistita volontaria ed obbligatoria e ancora un articolo di Stefano Zoccali sulla confisca per equivalente, un saggio storico di Matteo Carmine Fiocca sulle leggi d'eccezione e sul reato di brigantaggio nella Calabria postunitaria e, infine, un contributo di Jessica Mazzuca sull'eredità di Betti e Pugliatti per la teoria dell'interpretazione giuridica.

Il *Forum* di questo numero, a cura di Massimo La Torre, con gli interventi di Charlie Barnao, Domenico Bilotti e Marco Cossutta, è dedicato alle memorie, di recente pubblicate in Italia (con il titolo *La ribelle*, per i tipi dell'editore Guanda, 2018) dell'anarchica Evgenija Jaroslavskaja-Markon, «il volto più genuino dell'opposizione libertaria e di "sinistra" al socialismo sovietico degli anni Venti» (Bilotti).

Diversi gli interventi presenti nella sezione *Discussione*: una riflessione di Antonino Mantineo sul profilo scientifico e culturale del professore Giorgio Barone Adesi; un contributo di Luca Loschiavo sul ruolo del giurista oggi e sulla necessità di ripensare la sua formazione; un articolo di John Komlos e Salvatore Perri sul tema delle ragioni sociali ed economiche dell'ascesa di Donald Trump; una conversazione di Ivan Valia con Serena Serravalle su maternità surrogata e interesse superiore del minore; un contributo di Livio Ghersi sul testo di legge costituzionale che riduce il numero dei parlamentari; un'analisi di Nicoletta Palazzo della sentenza n. 52 del 2016 della Corte costituzionale e delle questioni inerenti ai rapporti tra Stato e confessioni religiose.

n. 2/2019

Nella sezione *Cronache* viene pubblicato un ricordo reso da Massimo La Torre del compianto professore Cosimo Marco Mazzoni.

Concludono questo numero di *Ordines* le consuete recensioni e schede su volumi di recente pubblicazione.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

GEREMIA ROMANO

Responsabilità medica, malformazioni genetiche e opzione ermeneutica

ABSTRACT – Unwanted birth medical liability, whether due to diagnostic error or failure to comply with the information requirements, has been affected by a progressive widening of the area of damages and legitimate assets, until the United Sections of the Cassation intervened to remedy a contrast between the pronouncements of the Third Chamber, issued between 2004 and 2012. What seemed an evolution, in the service of the maximum realization of constitutional values, has undergone a foreseeable arrest with greater respect for the principle of legality. In fact, the thesis which considered the injury of the self-determination of the pregnant woman, in relation to abortion, as a mediated cause of the child's illness, as avoidable if it had not been born, led to an overlap of plans between the prerequisites for the birth of the right and the interest protected. The evolution presented common traits with other developments of medical liability, in the direction of the maximum protection of the good health, by the use of the judicial precomprehension. Reconstruction tends to preserve the validity of legal reasoning informed to that model of argument.

KEYWORDS – medical liability, diagnostic error, unwanted birth, legal information, abortion.

Responsabilità medica, malformazioni genetiche e opzione ermeneutica**

SOMMARIO: 1. Premessa. Malformazioni genetiche e responsabilità medica da nascita indesiderata per errore diagnostico o per inadempimento agli obblighi informativi. Il problema del danno risarcibile e della legittimazione attiva. Il contrasto di giurisprudenza: opzione ermeneutica e di metodo come tratto caratterizzante l'evoluzione della regola di responsabilità - 2. La questione giuridica: la prospettiva del nato con malformazioni. La lesione del diritto di autodeterminazione della madre come possibile causa mediata dello stato di infermità del figlio, evitabile attraverso l'aborto: un'ipotesi di lavoro. L'evitabilità dello stato di infermità come presupposto della responsabilità medica per danni al nato disabile. Il nesso causale tra errore diagnostico e danno risarcibile. Delimitazione dell'analisi alla questione della legittimazione attiva del menomato - 3. Malformazioni che impediscono una vita autonoma e dovere di solidarietà. Il danno da nascita indesiderata risarcibile alla madre e ai familiari. La domanda di tutela promossa dal disabile tra interesse ad una vita sana e dignitosa e danno da nascita indesiderata. Il danno lamentato dal menomato - 4. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla legittimazione attiva del nato con malformazioni. La tesi negativa e la confutazione del c.d. diritto a non nascere, se non sano. Risarcibilità del danno al feto, procurato da azione o omissione del medico. Il presunto diritto all'aborto: danno risarcibile, bene tutelato e valutazione di evitabilità - 5. La tesi positiva: l'errore diagnostico come causa di lesione della libertà di autodeterminazione della madre e come fatto illecito produttivo di conseguenze dannose nella sfera giuridica del concepito. Dal danno da malformazione al danno derivante dallo stato funzionale di infermità: l'impedimento ad un'esistenza idonea a consentire il pieno sviluppo della personalità umana. La presunta analogia con il danno procurato al feto da azione o da omissione del medico. La tutela codicistica in ipotesi di disposizione a favore di nascituri

* Professore ordinario di Diritto civile e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia presso l'Università *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

- 6. *La composizione del contrasto giurisprudenziale per intervento delle Sezioni Unite della Cassazione tra riproposizione di argomenti e invito al rispetto della legalità. Superamento del limite posto dalla carenza di soggettività giuridica e risarcibilità del danno al malformato a condizione che sia causato da azione o omissione del medico - 7. Conclusioni. Dal diritto a nascer sano alla tutela dell'interesse ad una vita sana e dignitosa. Opzione di metodo e suo ruolo decisivo nella formazione della regola di governo della responsabilità medica.*

1. Premessa. Malformazioni genetiche e responsabilità medica da nascita indesiderata per errore diagnostico o per inadempimento agli obblighi informativi. Il problema del danno risarcibile e della legittimazione attiva. Il contrasto di giurisprudenza: opzione ermeneutica e di metodo come tratto caratterizzante l'evoluzione della regola di responsabilità

Le malformazioni genetiche – come, più in generale, le patologie genetiche ed ereditarie – rappresentano una fatalità, generata dal funzionamento di meccanismi e di fattori imponderabili di trasmissione (appunto, ereditaria), da una generazione a quella successiva.

Il giurista è stato investito da una serie di questioni, riguardanti il più ampio tema della c.d. responsabilità medica da c.d. nascita indesiderata¹; e tra queste, l'evoluzione più travagliata, ma anche più

¹ Le prime riflessioni della dottrina, su tematiche generate dalla c.d. nascita indesiderata, risalgono agli anni Novanta, anche per input di una giurisprudenza di merito chiamata più volte a pronunciarsi, con esiti che non sempre sono apparsi appaganti. A testimonianza dell'interesse scientifico suscitato dalla materia, si segnalano una serie di contributi di autorevoli giuristi, confluiti, sul finire del decennio, in Ant. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999. Negli anni successivi le questioni sono approdate in Cassazione, alimentando un più vivace dibattito. Oltre ai lavori che saranno citati nel prosieguo, possono essere, sin d'ora, richiamati: F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contratto e Impresa*, 3/2009, 537 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ e M.C. TALLACCHINI (a

suggestiva, ha interessato le ipotesi di omessa o errata diagnosi di malformazioni genetiche² o, ancora, la carenza di informazioni adeguate, sulla trasmissibilità ereditaria di alcune patologie³.

cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* Rodotà-Zatti, Giuffrè, Milano, 2010; M. GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62 ss.; P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. Giur.*, 1/2013, 59 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Giappichelli, Torino, 2014, 420 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, 87 ss.; D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo. Vite nascenti ed autodeterminazione procreativa. Atti del convegno di Genova (24 maggio 2013)*, Giappichelli, Torino, 2015; F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Nuova giur. civ.*, 3/2016, 450 ss. Più di recente, A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018, 51 ss.

² L'errore diagnostico, quale possibile fonte di responsabilità da nascita indesiderata (in particolare, per omessa o errata diagnosi di malformazioni genetiche) viene in rilievo, essenzialmente, quale impedimento all'autodeterminazione della donna, ai fini dell'interruzione volontaria di gravidanza (d'ora in poi, anche I.V.G.), di cui alla l. 22 maggio 1978, n. 194. Nessun dubbio sulla risarcibilità per lesione di questa peculiare e complessa prerogativa della donna. Il dibattito giurisprudenziale ha riguardato una pluralità di profili; e tra essi, merita un preliminare cenno la determinazione dell'onere e dei temi di prova che, soltanto in tempi recenti, ha prodotto soluzioni ermeneutiche condivise. Si richiede, in fatti, la prova dell'inadempimento del medico ad uno specifico obbligo informativo, la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 6, l. n. 194 del 1978 (su cui, *infra*, nota 15) e, in fine, la prova che, in assenza di tale inadempimento, la donna avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza. Per una recente ricostruzione, M. CORTESE, *Nascita indesiderata o conseguenze da nascita malformata: insoliti profili risarcitori e prova del nesso causale*, commento a Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, in *Danno e resp.*, 4/2017, 507, nota 1. In relazione alla prova del nesso causale, la Cassazione a Sezioni Unite è stata chiamata a sanare un contrasto di giurisprudenza [ad un primo orientamento risalente a Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Danno e resp.*, 11/2002, 1148, e successivamente ribadito da Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giur. it.*, 2005, 1147; da Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Resp. civ.*, 8-9/2010, 582; da Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Danno e resp.*, 4/2011, 382; e Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, in *Nuova giur. civ.*, 12/2011, 1252, si era contrapposto l'indirizzo, inaugurato da Cass., 2

ottobre 2012, n. 16754 (in *Corr. giur.*, 2013, 45 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro*, cit.; in *Resp. civ. prev.*, 2013, 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*; in *Giur. it.*, 2013, 796 ss., con nota di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il “danno da procreazione” si “propaga” al procreato?*; e di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*) e seguito da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Foro Padano*, 4/2013, 374; da Cass., 10 dicembre 2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 7/2014, 1585; e da Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, in *Danno e resp.*, 12/2014, 1143]. Il Supremo Collegio, muovendo dall’assunto secondo il quale l’onere in capo alla gestante include la dimostrazione tanto della sussistenza dei presupposti prescritti dalla legge per interrompere la gravidanza, quanto della volontà di avvalersi di questa prerogativa, quanto ancora del danno subito a causa della preclusione del suo esercizio, ha isolato i temi di prova riferibili alla gestante. Questi comprendono, «la rilevante anomalia del nascituro, l’omessa informazione da parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest’ultima», oltre che il pregiudizio subito per il mancato esercizio della scelta di abortire, non essendo ammissibile la figura del danno in *re ipsa*, sì che «occorre che la situazione di grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, ex art. 6 lett. b) l. n. 194 del 1978 (danno potenziale), si sia poi tradotta in danno effettivo, eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d’ufficio». A proposito dei requisiti di cui all’art. 6 l. n. 194 del 1978, ad ogni modo, le Sezioni Unite hanno valorizzato il ricorso alle presunzioni ex artt. 2727 ss. c.c. Le conclusioni della Corte si ritrovano ribadite in Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, in *Danno e resp.*, 4/2017, 503 ss. L’errore diagnostico, in ordine a malformazioni genetiche, ha fornito alimento ad un’altra serie di questioni, involgenti l’oggetto del danno risarcibile e la legittimazione attiva di soggetti ulteriori, rispetto alla madre del nato malformato; in particolare, di quest’ultimo.

³ La mancata informazione sui rischi di trasmissibilità ereditaria di una patologia pone analoghi problemi a quelli correlati all’errore diagnostico, sulle condizioni di salute del feto. Merita di essere segnalata, a tale riguardo, la controversia decisa da Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., variamente annotata: in *Corr. giur.*, 2004, 1431 ss., con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Fam. e dir.*, 2004, 559 ss., con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*; in *Danno e resp.*, 2005, 379 ss., con commento di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; in *Giust. civ.*, 2005, 136 ss., con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse* e L. FAMULARO, *Il danno ingiusto della nascita*, *ivi*, 2405 ss. Nel caso sottoposto alla valutazione del giudice, il medico convenuto in giudizio, nonostante accertamenti clinici avessero evidenziato la presenza, in entrambi i genitori, di una tara talassemica, non aveva dato loro alcun avvertimento sui rischi di

L'espressione "nascita indesiderata" comunica una sorta di contraddizione in termini, giacché l'esistenza della persona umana, la vita, rappresentano il bene più alto, già senza dover scomodare i dogmi dell'etica o dei credi religiosi.

Per il giurista, quella espressione è, piuttosto, una sintesi verbale, utilizzata per designare ipotesi disomogenee⁴: l'evento scongiurato (appunto, la nascita) può esserlo, per così dire, "a priori", in virtù di precise istanze della gestante⁵; e, in questa eventualità, le domande di

trasmissione della malattia ereditaria e dunque di una malformazione congenita della nascita, la quale, dopo il parto, era risultata affetta da talassemia *major*. Per il mancato rispetto dell'obbligo informativo, il sanitario è stato condannato a risarcire il danno, tanto dalle corti di merito, quanto dal Supremo collegio; è stata invece rigettata, in tutti i gradi di giudizio, la domanda risarcitoria presentata dai genitori in qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore. La pronuncia in questione assume, nel panorama giurisprudenziale, un rilievo peculiare, essendo la prima con la quale la Cassazione ha preso posizione in ordine al controverso problema della risarcibilità, direttamente nei confronti del fanciullo handicappato, del danno prenatale cagionato dall'inadempimento dell'obbligo di informazione, dovuto dal medico nei riguardi dei genitori. Sul punto, più ampiamente, *infra*, par. 4.

⁴ Il carattere indesiderato di una nascita, pur nella riferita contraddizione che il termine si incarica di esprimere, è il risultato di valutazioni e di aspettative soggettive, le quali condizionano la stessa possibilità di configurare un danno, in relazione all'interesse che si assuma leso e alle differenti ed eterogenee ipotesi e prospettive, dalle quali la valutazione può procedere. Oltre alle ipotesi di trasmissione ereditaria di malattie genetiche e di fallito intervento di interruzione volontaria della gravidanza ovvero di perdita della possibilità di scelta tra interruzione o prosecuzione della gravidanza, a causa di imperizia medica, consistita nella mancata rilevazione di una malformazione o di una malattia genetica, per una sintesi descrittiva delle varie ipotesi, R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 470, il quale richiama, altresì, l'insuccesso di interventi terapeutici o chirurgici, volti ad impedire la nascita; l'errore medico in sede di procreazione assistita o di manipolazione genetica; la lesione alla salute del nascituro durante la vita endouterina o in occasione del parto.

⁵ Eventualmente o, forse, probabilmente, le istanze potranno provenire anche dal compagno della gestante, dal momento che la nascita, là dove indesiderata altresì da questo, potrà generare responsabilità in suo favore. Il riferimento è alle ipotesi di

tutela non hanno proposto questioni particolarmente spinose e, comunque, non hanno coinvolto peculiari conflitti di coscienza⁶.

wrongful conception o *wrongful pregnancy*, nascita non voluta perché conseguente a errata prescrizione contraccettiva, ad errato o omesso intervento di vasectomia o di sterilizzazione tubarica, o a fallito intervento abortivo. In particolare, i giudici sono stati investiti della decisione in ordine alle pretese risarcitorie avanzate dai genitori a séguito di una nascita sana, ma non voluta. Sulla questione della nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva, Trib. Milano, 10 marzo 2014, con nota di I. SARDELLA, *Quali danni risarcibili se nasce un figlio non desiderato?*, in *Danno e resp.*, 6/2015, 615; L. BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse lesso e danno risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1265 ss. Per l'ipotesi di errato od omesso intervento di sterilizzazione, si segnala Cass., 24 ottobre 2013, n. 24109, in *Resp. civ. prev.*, 897 ss., con nota di A. BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova.*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ.*, 2002, 441; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Danno e resp.*, 4/2003, 403, 2002, 39, 61; Trib. Cagliari, 15 maggio 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2012, 29; Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, in *Fam. e minori*, 9/2011, 57; Trib. Tolmezzo, 7 giugno 2011, *ivi*, 2012, 272; Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015, in *Giur. it.*, 7/2016, 1598, con nota di A. FERRERO, *Nascita indesiderata - nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*. Sul differente ma contiguo tema del danno conseguente alla nascita di un figlio, a séguito di fallito intervento abortivo, Cass., 29 gennaio 2018, n. 2070, in CED Cassazione 2018.

⁶ Non si può trascurare la singolare interferenza con le personali convinzioni – etiche, morali o religiose – che alcuni temi devono scontare: tra questi, si deve annoverare l'intero ambito, oggetto del presente scritto. Di certo, il controllo delle nascite attraverso il ricorso a pratiche volte ad impedire la procreazione (quali vasectomia o sterilizzazione tubarica) è da considerare oggetto di una libera scelta della coppia. La libertà di decidere se procreare o non, in quanto estrinsecazione della libertà personale riconosciuta a ciascun individuo dall'art. 13 cost., costituisce «attuazione di uno dei diritti fondamentali dell'uomo» per G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 129 ss. e 188 ss.; ID., *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., 212. Sul fondamento del diritto alla procreazione, anche G. BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e nascite indesiderate*, in M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008, 464 ss.

Il problema molto delicato, in vero, si pone quando è la nascita a rivelare aspetti che, in qualche modo, possono farla qualificare indesiderata⁷ o, come sottolineato di recente, l'esito del parto riveli qualche effetto sorpresa⁸ che, tuttavia, analisi mediche più accurate o una consulenza più approfondita, durante la gestazione, avrebbero potuto preannunciare; e, sotto un profilo contiguo, dal primo dipendente, quando colui che nasce con malformazioni genetiche avanzi una tutela risarcitoria.

Da un lato, dunque, il problema dei contenuti e dell'ampiezza degli obblighi informativi posti a carico del medico e/o del presidio ospedaliero e, conseguentemente, le alternative o il concorso tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale: ma, in questa direzione, la pur peculiare situazione di fatto può rinvenire efficace conforto e attingere persuasive soluzioni, nel dibattito generale sulla responsabilità medica⁹.

⁷ A differenza dei casi di procreazione non desiderata sopra richiamati (*supra*, nota 4), in cui la nascita risulta indesiderata, a prescindere da ogni valutazione sulla salute del feto, si può ipotizzare che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza, nel caso in cui il feto fosse stato affetto da malformazioni o avesse presentato grave patologia; le quali, si possono rivelare soltanto al momento della nascita, o per via di danni cagionati al momento del parto ovvero, semplicemente, perché la gestante non si è sottoposta ad alcuna analisi clinica prenatale o, in fine, perché le malformazioni o la patologia non sono state diagnosticate, durante la vita endouterina, per un errore medico. Per ora, sul tema, F. GALGANO, *op. cit.*, 537 ss.; L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, 70 ss.

⁸ Nel senso che alla "sorpresa" di conoscere la condizione patologica del figlio, all'esito della gravidanza, si debba attribuire autonoma efficacia causale del danno alla salute psico-fisica della madre (differente dal danno da lesione del diritto di autodeterminazione alla eventuale scelta abortiva), Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, cit. La sentenza è annotata da M. CORTESE, *op. cit.*, il quale condivide il rilievo che l'effetto sorpresa possa comportare per i genitori una sofferenza maggiore rispetto all'apprendere della malformazione per gradi e, dunque, sia meritevole di una soddisfazione riparativa; ma sottolinea anche i rischi che una moltiplicazione delle poste di danno possa operare al servizio di finalità estranee alla funzione che la responsabilità civile è chiamata ad assolvere (*ivi*, 509 ss.).

⁹ La responsabilità del medico, dipendente da struttura ospedaliera, come noto, è all'origine di una significativa e, tuttora, travagliata evoluzione ermeneutica.

L'impostazione più risalente riconduceva la responsabilità del sanitario (dipendente) nell'alveo della responsabilità aquiliana. L'inadeguata tutela che ne conseguiva per il paziente, sul piano del riparto dell'onere di prova e del termine prescrizione, ha successivamente spinto la giurisprudenza a condividere opzioni dottrinali, favorevoli ad un ampliamento dell'area di competenza della genesi del rapporto contrattuale. Decisiva, in questa direzione, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, annotata, tra gli altri, da A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss.; da F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1/1999, 3332 ss.; da M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661 ss. La pronuncia accordava rilievo giuridico al contatto sociale tra medico e paziente (v. *infra*, nota 71), dal quale discenderebbero, a carico del sanitario, anche obblighi informativi, la cui violazione sarebbe stata idonea a produrre responsabilità contrattuale. La tesi che attribuisce natura contrattuale alla responsabilità del medico dipendente è stata minata dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. riforma Balduzzi) e, successivamente, dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco). Con tale ultimo intervento, il legislatore sembrerebbe aver ripristinato una sorta di «doppio binario», più coerente con la disciplina codicistica, prevista in generale, per l'ipotesi di responsabilità del datore per fatto dei suoi ausiliari (art. 1228 c.c.); e, quindi, ponendo, da un lato, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria con cui il paziente conclude il contratto di cura (per ciò chiamata, ai sensi dell'art. 7, comma 1, a rispondere ex artt. 1218 e 1228 c.c. delle condotte dolose o colpose dei professionisti ivi impiegati); dall'altro, la responsabilità extracontrattuale del medico ospedaliero ex art. 2043 c.c., ai sensi dell'art. 7, comma 3, l. n. 24 del 2017. Per una più puntuale ricostruzione dell'evoluzione in materia di responsabilità medica, A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., 1 ss. Per un approfondimento dei risvolti successivi alla legge Gelli-Bianco, senza pretese di completezza, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2/2018, 359 ss.; M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2/2012, 85; B. MEOLI, S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»*, Esi, Napoli, 2018; C. BOTTARI e P. DE ANGELIS (a cura di), *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, Bononia University Press, Bologna, 2018; G. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Esi, Napoli, 2018; P. IANNONE, *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Aracne, Roma, 2018; D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della*

Dall'altro, il problema del danno risarcibile e del possibile coinvolgimento di una pluralità di soggetti nella legittimazione attiva¹⁰.

struttura sanitaria pubblica e privata, Altalex, Milano, 2018; M. RODOLFI, *Effetti della violazione dell'obbligo di informazione, oneri probatori e modalità di liquidazione del danno da mancato consenso informato*, in C. CASONATO, S. PENASA e M. RODOLFI (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, *Il Civilista*, Milano, 2018, 20 ss.; F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1319 ss.; B. SALVATORE, *La recente legge sul consenso informato. Un passo in avanti in tema di responsabilità medica per violazione degli obblighi informativi?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 993 ss. Più di recente, U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 147.

¹⁰ Oltre alla madre, possono assumere rilievo le posizioni del padre nonché degli altri figli della coppia. La giurisprudenza, per giustificare la legittimazione di costoro, ha fatto spesso ricorso al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. In tale direzione, Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1/1994, 2479 ss.; in *Giur. it.*, 1/1994, 550 ss. con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; in *Nuova giur. civ.*, 1/1994, 690 ss. con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 403 ss., con nota di E. IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*; in *Corr. giur.*, 1994, 479 ss., con nota di A. BATÀ, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*. Nel caso sottoposto alla valutazione giudiziale, i genitori avevano agito in qualità di legali rappresentanti del figlio per chiedere il risarcimento del danno patito dallo stesso, concretatosi in una cerebropatia irreversibile, determinata dall'errato trattamento praticato all'atto della nascita. La Suprema Corte ha accolto la domanda, rilevando che, con il ricovero della gestante, l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare le cure e le attività necessarie al fine di consentire il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie alla protezione del feto (e del neonato), così da garantirne la nascita, «evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) – qualsiasi possibile danno». Ad avviso della Corte, la controparte del contratto rimarrebbe pur sempre la partoriente; tuttavia, dal medesimo contratto discenderebbe un'obbligazione accessoria, a garanzia e a protezione di uno specifico interesse del nato. Analogamente, ritiene che il contratto con la gestante sia produttivo di effetti nei confronti delle stesse parti ed altresì di «ulteriori effetti, c.d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi», Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit. Più di recente, nel senso che l'esecuzione del contratto tra medico e gestante, in ipotesi di nascita indesiderata, possa essere considerata per la produzione di effetti

Le varie questioni, rientranti in questo secondo profilo, risultano incanalate su soluzioni accreditate dal conforto del Supremo Giudice di legittimità¹¹, chiamato a comporre un contrasto insorto tra pronunce di una stessa sezione; ma merita di essere, altresì, segnalata l'evoluzione percorsa, i cui tratti, disegnati attraverso la riproposizione degli argomenti che l'hanno accompagnata, rappresentano una testimonianza di un'esperienza giudiziale, dei tempi recenti, non isolata, la quale rischia di ostentare funzione e ruolo di apostolo di giustizia, con le perplessità che ciò può, legittimamente, ingenerare.

Il giudice, in vero, può sentirsi investito di tale compito, a fronte di soluzioni che – nel rispetto di canoni ermeneutici, per così dire, più generali e, fors'anche, più consolidati – potrebbero apparire “ingiuste” e, per tanto, può sentirsi motivato ad inseguire ogni differente opzione ermeneutica, pur di assecondare una soluzione, per così dire, da

pregiudizievoli nella sfera giuridica, oltre che dell'altro genitore, anche dei fratelli, App. Bologna, 20 marzo 2017; in senso contrario, Trib. Alessandria, 26 aprile 2017, entrambe in *Pluris Cedam*. Sul contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, nella dottrina tedesca, cfr. per tutti, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14^a ed., München, 1987, 225 ss.; nella dottrina italiana, in vario senso, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in L.VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2001, 109 ss.; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 39 ss.; G.VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Esi, Napoli, 2004; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2003, 357 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 481 ss.; A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2006, 257 ss.

¹¹ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767. All'analisi degli argomenti proposti, variamente annotata: in *Giur. it.*, 3/2016, 543 ss., da D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine... e mezzo delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ.*, 3/2016, 450 ss., da F. PIRAINO, *op. cit.*; in *Danno e resp.*, 4/2016, 349 ss., da S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*; in *Corr. giur.*, 1/2016, 41 ss., da G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*.

precomprensione¹², a favore della soddisfazione di un interesse, reputato ampiamente meritevole di tutela, qual è la realizzazione della persona umana, in ogni sua possibile espressione e potenza.

¹² Sulla «precomprensione», fondamentale la compiuta teorizzazione, in generale, di H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Di G. Vattimo, Bompiani, Milano, 1987, 313 ss., il quale sviluppava e portava a ulteriore compimento il «circolo ermeneutico» di Heidegger, là dove, nella tesi heideggeriana, il circolo rappresentava l'essenza dell'operazione ermeneutica nell'interazione tra soggetto e oggetto (come pure tra le parti e il tutto) nella quale la piena comprensione del testo è, costantemente, condizionata dalle valutazioni anticipate prodotte dalla precomprensione. Con indirizzo maggiormente dedicato alla sua rappresentazione e applicazione giudiziale, la precomprensione diviene uno dei momenti attraverso i quali si articola l'operazione ermeneutica, al fine di recuperare la singola questione, oggetto del giudizio, alla razionalità del sistema normativo, sì da conquistare la giustizia del caso concreto, in J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, tr. di S. Patti e G. Zaccaria, Camerino-Napoli, 1983, 50 ss. Secondo l'illustre civilista, nella costruzione della premessa maggiore il giudice riunisce il complessivo materiale normativo, alla luce dell'unità dell'ordinamento (*ivi*, 58), secondo un programma di «razionalità finalistica» (*ivi*, 50); sì che l'assunzione apparentemente logica del giudice è un creativo reintegrarsi di un giudizio di interessi e di valori, il quale era incluso *in nuce* nella norma, con la conseguenza che la riconsiderazione dei limiti entro i quali la norma può ancora operare è un atto di più puntuale fedeltà alla legge non di manomissione (*ivi*, 58). In definitiva, nello scegliere tra il materiale normativo il modello da adottare al caso concreto l'interprete opera una precomprensione selettiva dei possibili risultati delle diverse soluzioni. Del resto, anche nella valutazione dei dati di fatto l'interprete procede selettivamente ricorrendo a criteri tecnici extralegali (*ivi*, 130 ss.); conclusione, più ampiamente, argomentata già in ID., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1974, 260 ss. e 287; con la precisazione che non i fatti vengono sussunti ma la dichiarazione che le caratteristiche presenti nella fattispecie normativa si sono completamente realizzate nel fatto reale, oggetto di giudizio (*ivi*, 59). Per un approfondimento, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984. Nella civilistica italiana, un'ampia ricostruzione in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, 570 ss. (ed *ivi*, più ampi riferimenti), il quale descrive la precomprensione come una fase del momento assiologico e sistematico di interpretazione e applicazione delle fonti normative,

In questa sede, si intende circoscrivere l'analisi all'ipotesi di danno lamentato, direttamente, dalla persona, nata con malformazioni, sia per le richiamate singolarità che hanno accompagnato il contrasto giurisprudenziale, sia per l'implicazione di quel dato, dotato di grande attrazione assiologica (cioè, il valore costituzionale della realizzazione della persona umana), il quale, per l'incontestabilità della sua valenza giuridica, con il concorso di alcune variabili, orienta corso e sequenze del sillogismo giudiziale.

2. La questione giuridica: la prospettiva del nato con malformazioni. La lesione del diritto di autodeterminazione della madre come possibile causa mediata dello stato di infermità del figlio, evitabile attraverso

non senza avvertire sui possibili rischi di interferenze delle opzioni valutative indotte da soggettivismo e inclini a proporre la chiusura propria dei pre-giudizi. Da un approccio più dommatico, L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 6 ss.; ID., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 15 e 27, ove si sottolinea come la precomprensione, valorizzata in una considerazione sistematica dell'ordinamento giuridico, può trovare nel pensiero topico «un mezzo di controllo razionale» delle sue scelte valutative, nella misura in cui permette di selezionare «tra le ipotesi di soluzioni pensabili, quelle oggettivamente fornite di senso, cioè aperte alla critica e alla correzione», per guadagnare «gradualmente la giusta dimensione del problema che si pone in relazione al caso da risolvere». Nel senso che la precomprensione non deve diventare «pregiudizio» e fraporsi ad una comprensione piena del testo, ma deve conservare le sue prerogative di potenzialità aperta e di progetto dinamico, capace di misurarsi con le difficoltà del testo giuridico e con le specificità del caso singolo, G. ZACCARIA, in F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 187. Non è agevole individuare l'entità del tributo che le evoluzioni ermeneutiche in tema di responsabilità medica debbano riconoscere all'operatività concreta della precomprensione; probabilmente, una misura molto significativa, già in generale, ma certamente anche quanto alle soluzioni dettate con riferimento all'argomento trattato, in questo scritto.

l'aborto: un'ipotesi di lavoro. L'evitabilità dello stato di infermità come presupposto della responsabilità medica per danni al nato disabile. Il nesso causale tra errore diagnostico e danno risarcibile. Delimitazione dell'analisi alla questione della legittimazione attiva del menomato

La questione giuridica sollecitata dalla risarcibilità del danno, da parte del nato malformato, può essere così sintetizzata: se la lesione del diritto di autodeterminazione della madre, possa essere considerata causa mediata dello stato di infermità del figlio, in quanto evitabile se egli non fosse nato.

Posta in questi termini, la questione sembrerebbe porre l'alternativa tra stato di infermità e sua evitabilità attraverso l'aborto.

A rigore, tuttavia, l'alternativa di intuitiva percezione oppone una vita sana e dignitosa, da un lato, e una vita con malformazioni e/o patologie, dall'altro. Una vita, cioè, che consente di cogliere le opportunità per la realizzazione della propria personalità e una vita che ciò non consente, benché per ostacoli posti dalla natura.

Or bene, in questa seconda opzione, a rigore, l'evitabilità (dello stato di infermità) non si può dire che sia offerta dalla possibilità dell'aborto.

Il fatto è che la malformazione genetica deriva dal patrimonio ereditario e, come già riferito, resta una fatalità, legata ai meccanismi di trasmissione generazionale¹³. Al medico si può chiedere soltanto di

¹³ Come noto, l'ingegneria genetica ha messo in seria discussione questa certezza giacché le biotecnologie e le tecnologie di manipolazione dei geni continuano a preannunciare risultati strabilianti. Eppure, la sperimentazione è stata realizzata in tempi, relativamente, recenti, se solo si considera che il c.d. Progetto Genoma Umano, avviato nel 1990, ha condotto alla pubblicazione dei risultati nel corso del 2003. A voler delimitare l'analisi, pare utile consultare il parere fornito dal Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, *Le new breeding techniques (NBT): 1 - La posizione dei principali portatori d'interesse italiani*, 17/07/2017, reperibile sul sito www.palazzochigi.it. Il Comitato ha adottato una classificazione che distingue tecniche convenzionali di miglioramento genetico (*Conventional Breeding Techniques - CBT*);

prescrivere – con l’adeguata informativa sui rischi, connessi o conseguenti – ogni analisi in grado di preannunciare le condizioni del feto.

Effettivamente, allo stato, in considerazione dei rigorosi limiti normativi alle cc.dd. manipolazioni genetiche¹⁴, la (vita con)

tecniche consolidate di modificazione genetica (*Established Techniques of Genetic Modification* – ETGM) e tecniche innovative di miglioramento genetico (*New Breeding Techniques* – NBT). Per quanto concerne quest’ultime, le più promettenti sono le NBT che consentono la correzione o revisione del genoma (il cosiddetto *genome editing*) per l’ottenimento di precise modificazioni della sequenza di DNA: dalle mutazioni puntiformi (modificazione di uno o *pochi* nucleotidi) all’inserzione di geni *ex novo*. Come riferisce il documento, il *genome editing*, negli ultimi anni, è esploso con lo sfruttamento delle nucleasi RNA dipendenti, proprie del sistema batterico CRISPR (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*) associato all’enzima Cas9 (CRISPR/Cas9) e sistemi analoghi. Il sistema CRISPR/Cas9 si basa sull’impiego della proteina Cas9, una sorta di forbice molecolare in grado di tagliare un DNA bersaglio; può essere programmata per effettuare specifiche modifiche al genoma di una cellula (animale, vegetale o umana). Per un maggiore approfondimento sulla nuova tecnica impiegata, A. GEREMICCA, *Crispr-cas9: come funziona la tecnologia che modifica il DNA*, in *www.magazine.impactscool.com*. Le applicazioni più discusse della tecnica CRISPR investono il campo della ricerca umana e consistono nella manipolazione del genoma in embrioni umani, nel tentativo di correggere alcuni difetti genetici. Di recente, un’equipe cinese di ricercatori ha provato ad utilizzare la tecnica per correggere la mutazione genica della beta-talassemia, una malattia del sangue causata da un difetto nella produzione dell’emoglobina. L’esperimento ha avuto ad oggetto embrioni non vitali, vale a dire ovociti fecondati da due spermatozoi, incapaci di superare le prime fasi dello sviluppo embrionale. Per un approfondimento, AA.Vv., *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human trippronuclear zygotes*, in *Protein & cell*, 2015, 1 ss. Studi scientifici condotti, in epoca successiva, si sono spinti fino ad applicare la tecnica su embrioni normali. Risale, infatti, al 2018 la notizia della nascita di due gemelle cinesi nate con DNA modificato attraverso la tecnica CRISPR per produrre una mutazione sul gene *CCR5* e renderle più resistenti al virus HIV. Cfr. *Baby gene edits could affect a range of traits. Gene targeted for its role in HIV is linked to increased severity of other infectious diseases – and has implications for learning in mice*, in *Nature*, 12/12/2018, in *www.nature.com*.

¹⁴ La sperimentazione sugli embrioni e sull’uomo è oggetto di una disciplina non uniforme, tra gli ordinamenti dei vari Stati, e che è antecedente alla scoperta della tecnica rivoluzionaria CRISPR/Cas9, richiamata alla nota precedente. Il legislatore italiano, con l.

malformazione di matrice ereditaria costituisce evento di danno, per così dire, “evitabile”, soltanto con il rimedio, più radicale, dell’interruzione volontaria della gravidanza; secondo una decisione che è rimessa, in via esclusiva, alla madre del concepito¹⁵.

19 febbraio 2004, n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», all’art. 13, comma 3, lett. b) tutela il cd. «diritto all’identità genetica», ossia il diritto a non ereditare un patrimonio genetico alterato. La disposizione recita, infatti, che è vietata ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti e non è ammessa la possibilità di interventi che, attraverso tecniche di selezione, manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell’embrione o del gamete, ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche. È evidente che gli interventi genetici sulle cellule germinali auspicati e da poco sperimentati renderebbero le nuove caratteristiche trasmissibili anche alle generazioni future. Più esplicite e risalenti le raccomandazioni dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, le quali richiamavano il «diritto di ereditare caratteristiche genetiche che non abbiano subito alcuna manipolazione» nel novero dei diritti tutelati dalla Convenzione EDU, chiarendo che ciò non avrebbe dovuto impedire lo sviluppo di forme di ingegneria genetica, quali applicazioni terapeutiche (Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, Raccomandazione del 26 gennaio 1982, n. 934; si v. anche la successiva Raccomandazione del 24 settembre 1986, n. 1046 della medesima Assemblea).

¹⁵ Gli artt. 4 e 5 l. n. 194 del 1978 disciplinano l’interruzione praticata nei primi novanta giorni e statuiscono che, in questo caso, l’aborto è consentito quando la donna «accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito». Dopo i primi novanta giorni, l’I.V.G. può essere praticata, ai sensi dell’art. 6, «a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», precisando tuttavia all’art. 7, comma 3, che «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l’interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell’articolo 6 e il medico che esegue l’intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto». Il legislatore disciplina altresì l’I.V.G. che «si renda necessaria per imminente pericolo per la vita della donna»: al riguardo, l’art. 7, comma 2, dispone che «l’intervento può essere praticato anche senza lo

svolgimento delle procedure previste dal comma precedente e al di fuori delle sedi di cui all'articolo 8. In questi casi, il medico è tenuto a darne comunicazione al medico provinciale». Si discute se, nel nostro ordinamento, possa ritenersi sussistente un diritto della gestante all'interruzione volontaria della gravidanza: questione non puramente dommatica giacché la risposta all'interrogativo è destinata a condizionare l'area del danno risarcibile. Per la posizione favorevole, C. CASINI e F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Cedam, Padova, 1978, 118 ss.; G. DELL'OSSO, *I soggetti della vicenda abortiva: la donna, il padre, il medico*, in AA.VV., *L'aborto. Aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 1979, 25. La dottrina dominante nega la configurabilità di un diritto all'aborto: cfr. F.D. BUSNELLI, *Commenti civilistici*, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit.; ID., *Riflessioni in margine a una tempestiva "provocazione"*, in D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo*, cit., 126; M. GORGONI, *Il danno da procreazione: profili civilistici*, *ivi*, 42; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Diritto civile* Lipari-Rescigno, IV, Giuffrè, Milano, 2009, 176; G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., 813 ss.; C. DEL BÒ, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carrocci, Roma, 2013, 117 ss.; M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, in www.questionegiustizia.it, 2014. In giurisprudenza, considerano l'I.V.G., un diritto soggettivo della gestante, Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Nuova giur. civ.*, 1/1995, 1107 ss., con nota di S. ORRÙ, *Sulla responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza*; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giust. civ.*, 1/1999, 672 ss., con nota di G. GIACALONE, *Sull'obbligo di informazione del medico circa le malformazioni del feto e sulla domanda risarcitoria proposta dal padre*; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corr. giur.*, 2006, 1691 ss., con nota di A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Danno e resp.*, 2011, 384 ss., con nota di R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., secondo la quale i presupposti indicati dalla l. n. 194 del 1978 farebbero sorgere «un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza»; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; Cass., 27 novembre 2015, n. 24220, con nota di L. MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e resp.*, 2017, 64 ss. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Foro. it.*, 1986, 1995 ss., con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*; Trib. Roma, 14 marzo 2012; Trib. Brindisi, 26 giugno 2012; Trib. Ragusa, 20 febbraio

Dalla prospettiva di quest'ultima, non si può escludere che l'interruzione volontaria della gravidanza è idonea ad eliminare, in radice, il problema, in ipotesi nelle quali la malformazione preannuncia l'impossibilità, per il malformato, di una vita autonoma e la necessità di assistenza, a tempo indeterminato, che i genitori potranno assicurare, nei limiti di un loro futura sopravvivenza al disabile.

L'ipotesi che, più di frequente, è stata sottoposta al vaglio giudiziale è la nascita con affezione da sindrome di Down¹⁶; ed è banale la constatazione che, in simili casi, pur in presenza di adeguata informativa, la decisione della madre di ricorrere alla soluzione, più drastica, appena enunciata, è tutt'altro che scontata: sia perché il carattere "indesiderato" della eventuale nascita discende da valutazioni, meramente, soggettive¹⁷, sia perché la scelta di abortire potrebbe essere inibita da convinzioni morali, etiche, religiose o, comunque, personali¹⁸.

2015; e Trib. Roma, 11 novembre 2015, tutte in *Pluris Cedam*. Discorre dell'I.V.G. come facoltà condizionata della gestante, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 93. Configurano l'interruzione della gravidanza quale libertà riconosciuta alla donna, seppur con posizioni diverse, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica*, cit., 248; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità*, cit., 120. Da ultimo, considera la scelta della gestante di interrompere volontariamente la gravidanza non come situazione giuridica soggettiva, ma come elemento di fattispecie, in particolare di un fatto giuridico impeditivo, D. FARACE, *Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2018, 798.

¹⁶ Tra le altre, Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, cit.; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

¹⁷ L'impatto della c.d. nascita indesiderata potrebbe difatti variare da caso a caso, a seconda delle condizioni personali, come pure in relazione alla salute ed alla situazione socio-economica della gestante nonché del nucleo familiare.

¹⁸ Si potrebbe, per tanto, verificare che consulenza e prescrizioni mediche abbiano raggiunto il massimo risultato informativo per la paziente; che la donna, pur afflitta, emotivamente, dalla trasmissione ereditaria della grave patologia, decida di portare a termine la gravidanza, per il conflitto generato dalle sue convinzioni soggettive. La situazione che consegue alla mancata scelta della genitrice è, pur sempre, quella stessa compromissione – delle condizioni e della qualità della vita del nato, come pure dei

Il primo problema, dunque, limitatamente alla responsabilità medica, per le ipotesi di malformazioni genetiche, riguarda il nesso eziologico tra l'errata o omessa diagnosi e il danno risarcibile; nel senso che quest'ultimo non è prodotto dall'omissione o dall'azione errata del medico¹⁹, né è da lui evitabile. Il che induce ad interrogarsi, in subordine, sul diritto ovvero o sul bene della vita che si assume lesa.

L'altro problema, in grado di generare significativi contrasti ermeneutici, è quello della legittimazione attiva dei familiari.

In fine, il problema più spinoso della legittimazione attiva del nato con malformazioni genetiche.

3. Malformazioni che impediscono una vita autonoma e dovere di solidarietà. Il danno da nascita indesiderata risarcibile alla madre e ai familiari. La domanda di tutela promossa dal disabile tra interesse ad

componenti del nucleo familiare, in cui è inserito – la quale costituisce il pregiudizio da nascita indesiderata: in ipotesi, si tratterebbe di danno da procreazione, che potrebbe lamentare il figlio, nei confronti di entrambi i genitori, per la trasmissione della malattia ereditaria (i cui presupposti sarebbero tutti da verificare!). Sarebbe, altresì, lecito domandarsi (e si tratterebbe di domanda retorica!) se anche i familiari del nato possano vantare danni risarcibili, nei confronti della donna che – pur essendo stata informata della patologia ereditaria – non si sia determinata alla interruzione volontaria della gravidanza.

Com'è agevole notare, il ricorso all'argomento per paradosso è in grado di rivelare che questi interrogativi sono, davvero, mal posti giacché, in ciascuno, difetta almeno un presupposto per l'operatività della responsabilità civile; e sono in grado anche di comunicare qualche argomento utile a risolvere la questione principale, affrontata in queste pagine.

¹⁹ La questione sorge, in generale, in tutti i casi di errata o omessa diagnosi di qualsiasi patologia: il danno è prodotto dal decorso naturale degli eventi e all'errore medico, tutt'al più, si potrebbe imputare il differente decorso degli eventi che avrebbe potuto innescare la preventiva conoscenza del pregiudizio, da parte della gestante. In argomento, F. PIRAINO, *op cit.*, 454.

una vita sana e dignitosa e danno da nascita indesiderata. Il danno lamentato dal menomato

La nascita con malformazioni genetiche, in particolare, quando è compromessa la possibilità della persona di vivere ed organizzare una vita autonoma, fuori dal nucleo familiare, genera un istintivo senso di solidarietà: certamente, i disagi e le difficoltà sono direttamente proporzionali con la piena capacità di autocoscienza del disabile, ma è innegabile che la qualità della vita e le possibilità di cogliere le opportunità che la vita concede a ciascuno, per realizzare la propria personalità, sono pregiudicate.

Il nostro sistema ordinamentale – in coerenza con una finalità dello Stato sociale – dispone a carico della collettività un’espressione di solidarietà²⁰, riconoscendo una pensione sociale in favore della persona affetta da minorazioni²¹: una misura che riflette, appieno, i principi espressi dagli artt. 2 e 3, comma 2, cost.

Resta a carico del nucleo familiare l’approntamento delle misure concrete e la sopportazione di ogni onere economico supplementare, necessari a dare assistenza completa al disabile; il che significa che le condizioni economiche della famiglia del disabile condizionano le concrete possibilità per assicurare al disabile una vita dignitosa, anche attraverso un’assistenza completa, morale e materiale.

A noi pare che sia i principi che informano la riparazione del danno aquiliano, sia i principi della determinazione del danno risarcibile da

²⁰ L’argomento è ben posto in evidenza da F. PIRAINO, *op. loc. ult. cit.*, là dove, per converso, non si può accogliere «l’iniqua soluzione» di trasferire sul medico il relativo peso economico, «soltanto perché il suo esatto adempimento avrebbe potuto imprimere agli eventi un corso differente».

²¹ Il riferimento è alla l. 30 marzo 1971, n. 118; in particolare, agli artt. 12 e 13 della medesima legge.

responsabilità contrattuale²² consentono di trasferire il peso economico di questa assistenza materiale sul medico il quale, in dispregio delle regole

²² L'area dei danni risarcibili risulta delimitata dalle previsioni codicistiche, le quali consentono di attribuire rilievo soltanto ai danni che siano conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento o del fatto illecito (artt. 1223 e 2056 c.c.), con esclusione, dunque, dei danni evitabili o conseguenti ad un comportamento colposo del danneggiato (artt. 1227 e 2056 c.c.) nonché i danni imprevedibili, nel caso di inadempimento non doloso (art. 1225 c.c.). Alla base di tali disposizioni si rintraccia il concetto di danno effettivo, per inferire che l'obbligazione risarcitoria debba assicurare al danneggiato «né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'inadempimento o dell'illecito» (così, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1967, *sub* art. 1223, 227). Il modello codicistico sembra sottendere, quindi, un principio compensativo, in virtù del quale lo strumento risarcitorio risulta orientato alla riparazione della sfera giuridica lesa. Le riflessioni sulla responsabilità extracontrattuale hanno condotto a ritenere che la funzione di quest'ultima risiede nel compensare le vittime dei danni, ripartendone il carico tra i consociati (cfr. C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1187. A tale approdo la dottrina è giunta mediante una rilettura dell'istituto operata a partire dagli anni Sessanta (cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (Diritto vigente)*, in *Nov. dig.*, VIII, Utet, Torino, 1962, 164 ss.; ID., *Risarcimento del danno*, *ivi*, XVI, Utet, Torino, 1969, 4 ss.); di guisa che risulta ormai superata la concezione tradizionale, in virtù della quale il risarcimento rappresenterebbe un mezzo per prevenire e sanzionare il comportamento riprovevole dell'agente. È stato osservato, tuttavia, che l'aspetto riparatorio non sarebbe sufficiente a esaurire la spiegazione funzionale dell'istituto, poiché – è stato posto in evidenza – la traslazione dei danni in capo ad un soggetto diverso dalla vittima sembrerebbe richiedere una giustificazione ulteriore, la cui individuazione non si è mostrata affatto pacifica (cfr. C. SALVI, *op. loc. cit.*). Da un primo punto di vista, è stato rilevato che l'esito delle regole risarcitorie non sarebbe definitivo, poiché il danno potrebbe essere trasferito, in tutto o in parte, su altri soggetti della collettività, per esempio attraverso meccanismi assicurativi ovvero a séguito della sua riconduzione all'interno dei costi del soggetto chiamato a risponderne. In questa direzione, sono stati condotti diversi studi sulle conseguenze economiche delle regole risarcitorie, al fine di tracciare un modello idoneo a conseguire effetti economici ottimali (il riferimento è ai lavori di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e*

della buona pratica medica, non abbia consentito alla madre del disabile di autodeterminarsi, nel valutare l'opportunità di un'interruzione volontaria della gravidanza.

Si tratta di una porzione di danno risarcibile alla madre o, comunque, ai genitori²³, sui quali questa assistenza grava come adempimento di un obbligo di solidarietà, di rilievo costituzionale (art. 2 cost.), là dove, quest'obbligo si specifica, in ambito familiare, come dovere di mantenimento, di educazione e di istruzione dei figli (art. 30¹ cost.)²⁴.

responsabilità civile, trad. it. di De Vita, Varano e Vigoriti, Giuffrè, Milano, 1975; H. KLEMME, *The Enterprise Liability Theory of Torts*, in *Columbia Law Review*, 1976, XLVII, 153 ss.; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*², Boston-Toronto, 1977, 137 ss.; W.M. LANDES e R.A. POSNER, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, in *Georgia Legislative Review*, 1981, XV, 851 ss.). In una prospettiva solidaristica, priorità è stata data invece alla tutela del danneggiato, così da giustificare la traslazione del danno a carico dell'autore dell'attività dannosa, nel maggior numero di casi (Cfr. L. GREEN, *The Duty Problem in Negligence Cases*, in *Columbia Law Review*, 1928, XXVIII, 1014 ss.). Per un maggiore approfondimento sul tema, anche in un'ottica di diritto comparato, G. CRICENTI, *I principi della responsabilità civile*, Bari, 2018, 21 ss.

²³ Riconosce ai genitori un risarcimento del danno anche di natura patrimoniale, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario in termini di causalità adeguata, Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. Aderisce a tale orientamento, Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015, cit., ove il danno economico risarcibile, a favore dei genitori, è quantificato sulla base delle spese che gli stessi dovranno sostenere per il mantenimento del figlio fino alla sua indipendenza economica, presuntivamente fatta coincidere con il compimento del ventitreesimo anno di età. Si veda, altresì, App. Bologna, 20 marzo 2017, cit.

²⁴ In questa direzione, Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, 3115; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. L'argomento è stato oggetto di particolare approfondimento nell'esperienza tedesca, dove il riconoscimento di una compensazione per i genitori presuppone che, nel caso di specie, l'aborto fosse consentito. L'art. 218 del codice penale tedesco permette infatti alla donna di abortire in ogni caso in cui vi sia un pericolo per la salute o la vita della medesima, non altrimenti evitabile; nell'interpretazione datane dai tribunali, un pericolo per la donna potrebbe derivare anche dalla nascita di un bambino affetto da gravi menomazioni (sul punto, F.B. D'USSEAU, *Lo Schmerzensgeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita*

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si è, però, trasferito anche sul contiguo campo della risarcibilità del danno, presuntivamente, subito dal nato con malformazioni. Anzi, la questione avrebbe potuto esser posta, inizialmente e pregiudizialmente, con riferimento alla legittimazione attiva del disabile giacché si tratta di danno che interessa la sua sfera esistenziale²⁵, salvo poi a verificare i presupposti per un'ipotesi di

indesiderata nell'ordinamento tedesco, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., 121 ss.). In Francia, invece, l'azione dei genitori viene riconosciuta in forza della *loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 «relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé»*, il cui art. 1 recita testualmente: «*Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagé e vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisé e, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice*» (sulle questioni relative alla nascita indesiderata nell'ordinamento francese: M. DASSIO, *Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese*, ivi, 99 ss.; più di recente G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, cit., 816). La legittimazione attiva dei genitori nei confronti del medico che non abbia diagnosticato le malformazioni del feto viene ormai riconosciuta altresì dalle giurisdizioni inglesi: cfr. *Rand v. East Dorset Health Authority*, 56 BMLR 39; *Hardman v. Amin*, 59 BMLR 58 (QBD). Per un più approfondito esame della questione, in ottica comparatistica: G. DEMME e R. LORENTZ, *Responsabilité civile et naissance d'un enfant. Aperçu comparatif*, in *Rev. intern. Droit comp.*, 2005, 104 ss.; G. CRICENTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ Sembra, in fatti, che la questione – come riferisce M. CORTESE, *op. cit.*, 510, nota 13 – sia risalente già a Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, 987, con commento di F. CARNELUTTI, *Postilla a tribunale di Piacenza 31 luglio 1950*, fortemente critico verso la decisione. La Suprema Corte ebbe ad accogliere, allora, le richieste risarcitorie che un ereditario aveva avanzato nei confronti dei genitori i quali, avendogli trasmesso la sifilide, lo avevano condannato ad una vita infelice. Per una ricostruzione sintetica del problema, in un'ottica comparata, G. CRICENTI, *op. ult. cit.*, 817 ss., il quale rileva che, in diverse esperienze giuridiche, prevale la tendenza a rigettare la domanda di tutela proposta dal minore. Particolare attenzione merita l'esperienza francese, ove ha fatto molto discutere il c.d. *affaire Perruche* (*Cour de cassation*, 29 Mars 1996; *Cour de cassation, Assemblée plénière*, 17 Novembre 2000), su cui: L. AYNÈS, *Le préjudice de l'enfant handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation*, Paris, 2001, 492 ss.; C. LAROUSSE-RIOU, B. MATHIEU, *La vie humaine peut-elle être un préjudice?*, Paris, 2000, 44

estensione, sul piano della legittimazione, alla madre, al padre e agli altri familiari ovvero, più correttamente, la sussistenza dei presupposti per la delimitazione, in loro favore, dell'area di danno risarcibile, dal momento che, per il padre e per i fratelli (più ancora che per la madre) la delimitazione del pregiudizio, da essi, direttamente, subito non è operazione agevole.

Come riferito, per le finalità scientifiche assegnate a questo scritto, sarà analizzata soltanto la questione della risarcibilità del danno al disabile, da presunta nascita indesiderata.

In questa direzione, appare opportuno procedere, in via preliminare, all'opera di individuazione del danno lamentato dal disabile, riprendendo lo spunto proposto ad inizi del secondo paragrafo, là dove – dalla prospettiva dello stesso disabile – l'alternativa si pone tra una vita sana e dignitosa, da un lato, e una vita ostacolata dall'infermità, dall'altro.

ss., si vedano B. MARKESINIS, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2001, 77 ss.; D. de BECHILLON, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales?*, *ivi*, 2002, 47 ss.; P. MURAT, *Wrongful life à la française*, in *Jur. class. per.*, 1996, 282 ss. (relativo alla prima pronuncia della Cassazione sul caso); M.A. HERMITTE, *La contentieux de la naissance d'enfants handicapé*, in *Gaz. Pal.*, 1997, 1403 ss. (anche questa sulla prima decisione); G. VINEY, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *Jur. class. per.*, 2001, 286; G. MÈMETEAU, *L'action de vie dommageable*, *ivi*, 2000, 279; L. MAYAUX, *Naissance d'un enfant handicapé: la Cour de cassation au péril de la causalité*, in *Rev. gén. Droit ammin.*, 2001, 13. In quell'occasione la *Cour de cassation*, modificando l'orientamento espresso dalla giurisprudenza antecedente, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nei confronti del medico, non soltanto, ai genitori ma anche al figlio stesso, affetto da malformazioni molto gravi a causa della rosolia contratta dalla madre nel periodo prenatale; ciò, in quanto gli errori commessi dal dottore e dal laboratorio avevano impedito alla donna di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza e, in tal modo, avevano contribuito alla nascita di un bambino con menomazioni. In séguito a tale arresto, il legislatore d'oltralpe è intervenuto per escludere in maniera espressa che la persona con handicap potesse avanzare qualsivoglia pretesa per il solo fatto della nascita, quando la menomazione non sia stata provocata, aggravata o evitata da errore medico (cfr. *Loi n. 2002-303 du 4 mars 2002*).

Il danno risarcibile presuppone la lesione di una situazione giuridica soggettiva, di un diritto o di un interesse giuridicamente rilevante.

La ipotetica configurabilità di un diritto a nascere o a nascere sano o a non nascere, se non sano, com'è intuibile, è destinata ad orientare le tappe successive sull'individuazione del danno risarcibile al nato malformato.

Or bene, ai fini appena esposti, la questione della soggettività del nascituro o la prerogativa della gestante, in ordine alla sua autodeterminazione all'aborto, sono in grado di apportare argomenti di confutazione o anche solo di contraddizione, in ordine ai contenuti di un presunto diritto (pur nel variegato contenuto, preannunciato dalle varie soluzioni); non sembra, tuttavia, che identica sorte sia riservata anche alla individuazione di un interesse del disabile ad una vita sana e dignitosa.

4. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla legittimazione attiva del nato con malformazioni. La tesi negativa e la confutazione del c.d. diritto a non nascere, se non sano. Risarcibilità del danno al feto, procurato da azione o omissione del medico. Il presunto diritto all'aborto: danno risarcibile, bene tutelato e valutazione di evitabilità

La risposta negativa alla risarcibilità del danno al disabile, da presunta nascita indesiderata, predisposta da un consolidato orientamento giurisprudenziale²⁶, ha fatto leva sulla inconfigurabilità, nel nostro

²⁶ La soluzione prescelta dal richiamato indirizzo era stata già caldeggiata da una parte della dottrina, la quale, all'indomani del caso Perruche (su cui, *supra*, nota 25), aveva colto l'occasione per esprimere riserve sulla risarcibilità del danno, da omessa diagnosi delle malformazioni fetali, a favore dello stesso soggetto nato con malformazioni. In questa direzione, le notazioni di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto, verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*, in *Danno e resp.*, 5, 2001, 476 ss.; e di R. SIMONE, *Danno alla persona*, cit., 491 ss., in part. 493. Come rileva R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale*:

ordinamento, di un diritto del concepito di essere procreato sano o, per converso, di non essere procreato affatto (c.d. diritto a non nascere, se non sano)²⁷.

interessi protetti e danni risarcibili, in *Giur. it.*, 2013, 635, sebbene le corti di merito siano state chiamate, frequentemente negli anni, a pronunciarsi sulla questione, la Cassazione si è soffermata, diffusamente, per la prima volta, con la sentenza del 29 luglio 2004, n. 14488. Con una motivazione molto ampia e articolata, da un lato, il Supremo collegio ha confermato il risarcimento del danno in favore di entrambi i genitori, i quali lamentavano il pregiudizio conseguente all'omessa informazione in ordine alla malformazione del feto, in quanto la gestante avrebbe potuto scegliere tra il continuare la gravidanza o richiedere l'aborto terapeutico; dall'altro, ha respinto il ricorso avanzato nell'interesse della minore, la quale rivendicava il diritto di «nascere sana» o di «non nascere affatto». La Corte accoglie la prima opzione e reputa che il c.d. «diritto a nascere sani» debba essere ricostruito, in senso positivo. Più precisamente, per la Corte, l'esistenza di un tale diritto comporta semplicemente che, «sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale e da “contatto sociale”, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana»; sì che, dal riconoscimento di un simile diritto non potrebbe, certo, discendere che il feto con gravi anomalie genetiche «non deve “essere lasciato nascere”». L'indirizzo riferito è stato avallato, in séguito, da Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; e da Cass., 11 maggio 2009, 10741, variamente commentata: in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2075 ss., da M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ.*, 2009, 11258 ss., da G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Danno e resp.*, 2/2010, 144 ss., da F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*. *La Corte di cassazione in vena di revirement?*; in *Corr. giur.*, 2010, 365 ss., da A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*.

²⁷ La diretta risarcibilità del danno, in favore del nato disabile – come meglio sarà specificato – suppone la violazione del diritto a non nascere, se non sano, giacché il danno “evitabile” è identificato nella eliminazione della possibilità di vita con malformazioni (attraverso l'aborto). Nondimeno, nel corpo del testo, si continuerà a fare riferimento congiunto e indistinto ad entrambi gli ipotetici oggetti (nascere e non nascere), per agevolare la ricostruzione che si intende, qui proporre, e la soluzione che si proverà a confortare, in ordine alla inutilità (oltre che alla contraddittorietà) di un diritto a nascere

A sostegno di questa tesi, sono stati addotti una pluralità di argomenti, in grado di attingere da una eterogeneità concorrente e complementare di profili. Innanzitutto, l'acquisto della capacità giuridica, che l'art. 1 c.c. subordina all'evento nascita: il c.d. diritto a non nascere sarebbe – con espressione suggestiva e ad effetto – un diritto “adespota”²⁸.

In subordine e conseguentemente, un tale diritto dovrebbe supporre la configurabilità di una situazione giuridica, la cui titolarità sorgerebbe, soltanto, per effetto della sua violazione²⁹; sì che, in difetto di una sua lesione, la situazione giuridica risulterebbe sempre priva di titolare; in definitiva, con la conseguenza che il suo esercizio sarebbe giocoforza precluso³⁰.

(sano o non sano), ai fini della risarcibilità del danno da sua lesione, in favore del suo presunto titolare.

²⁸ In questi termini, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit. In particolare, la Suprema Corte ha osservato che, fino alla nascita, il diritto in questione non avrebbe un soggetto titolare; e, tuttavia, a séguito della nascita, quel diritto finirebbe per essere «definitivamente scomparso», a differenza di quanto avviene per le altre situazioni giuridiche che la legge riconosce in favore del concepito. La Corte ha richiamato, al riguardo, le previsioni legislative di cui agli artt. 462, 687, 715 c.c., le quali, pur sorte anteriormente, risultano in ogni caso esistenti (quindi, esercitabili), anche nel momento successivo alla nascita. Analogamente, Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.

²⁹ Così, ancora Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., là dove si rileva che ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significherebbe richiamarsi ad un diritto che avrebbe un titolare soltanto nel caso in cui venisse violato; se tale violazione non vi fosse, se cioè non si facesse nascere il malformato «per rispettare il suo diritto di non nascere», non vi sarebbe mai un titolare che abbia la possibilità di esercitarlo.

³⁰ Ancora, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., secondo la quale tale preclusione discende dalla mancanza di un qualsiasi soggetto legittimato a farlo valere: non il concepito (non ancora nato) e, in ipotesi, neppure il medico il quale, diversamente, si troverebbe «nell'incongruente situazione di dover rispondere di danni», che – pur volendo – non potrebbe direttamente evitare; per altro, aggiunge la Corte – questo preteso diritto del «concepito mal formato» non potrebbe essere esercitato, come tale, neppure dalla madre giacché, «per come è strutturata la l. n. 194 del 1978, il c.d. diritto all'aborto da parte della gestante non ha una propria autonomia, per quanto relazionata all'esistenza o meno delle

Probabilmente, questi due argomenti chiedono troppo al profilo formale della titolarità e dell'esercizio dei diritti, se si considera che, in ipotesi di danno al feto, procurato dal medico, per inosservanza di protocolli o di regole tecniche, una soluzione che negasse la diretta risarcibilità del danno al futuro nato sarebbe difficilmente giustificabile³¹.

In realtà, una serie di differenti argomenti sembrano preannunciare un maggior tasso di persuasività.

In tanto, il danno non è procurato da un'azione od omissione del medico e potrebbe essere evitato, soltanto, con l'interruzione volontaria della gravidanza, rimessa alla esclusiva volontà della madre, benché in presenza dei presupposti richiesti dalla legge.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, non è ammesso il c.d. aborto eugenetico, espressione della libera opzione della gestante³².

malformazioni fetali, come invece nella legislazione francese, ma si pone in una fattispecie di tutela del diritto alla salute della gestante».

³¹ In più occasioni, la giurisprudenza di legittimità ha rilevato che il diritto al risarcimento, originato da un fatto anteriore alla nascita, ben può divenire attuale e pertanto azionabile nel tempo successivo alla nascita del soggetto. Una tale responsabilità viene riconosciuta nell'ipotesi di lesioni riportate dal neonato a séguito di errate manovre ostetriche, ovvero in caso di prescrizione di un farmaco controindicato, il quale abbia comportato una malformazione del feto. A tal fine, la giurisprudenza ha fatto riferimento – in maniera più o meno esplicita – al contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, annoverando tra i destinatari di tali effetti protettivi lo stesso nascituro. Una più ampia disamina è stata svolta *supra*, nota 10.

³² La conclusione, largamente, accreditata, in dottrina (v. F.G. PIZZETTI, *Nota sul diritto della donna all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Giur. it.*, 1999, 11; R. SIMONE, *Danno alla persona*, cit., 493; A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza*, cit., 1437; D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale*, cit., 551), è condivisa anche in giurisprudenza: cfr. Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit. In ciascuno dei predetti casi, la Cassazione ha negato la configurabilità di un «diritto a non nascere se non sano», puntualizzando che l'affermazione di un simile diritto presupporrebbe il riconoscimento del c.d. aborto eugenetico, prescindente dal pericolo che le malformazioni comportano per la salute della gestante, il quale sembrerebbe tuttavia precluso dalla stessa l. n. 194 del 1978.

L'interruzione volontaria della gravidanza deve rinvenire necessaria giustificazione nel pericolo che le malformazioni fetali possano arrecare alla salute della madre. Al di fuori delle ipotesi previste agli artt. 4 e 6, l. n. 194 del 1978, oltre a risultare in contrasto con i principi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost. e di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c., l'aborto costituisce reato a carico della gestante, ex art. 19 l. n. 194 del 1978.

Il nostro ordinamento, in definitiva, offre piena tutela al diritto del concepito a nascere, pur con malformazioni o con patologie.

Un altro argomento di significativo rilievo attiene alla stessa configurabilità di un danno, considerato che il patrimonio complessivo del nato non subisce alcuna diminuzione per effetto dell'azione od omissione del medico³³.

Il danno risarcibile, in fatti, rappresenta un peggioramento delle condizioni di un soggetto giuridico, da un punto di vista quantitativo e/o qualitativo; e ciò, sul piano economico e/o psicofisico³⁴. Nelle ipotesi di

³³ In questa direzione, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit. ove si rileva che, in ogni caso, quand'anche fosse configurabile un «ipotetico diritto a non nascere, se non sano, mancherebbe un danno risarcibile per il nato deforme o con gravi patologie». L'argomento sarà ripreso da Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., la quale sarà, più ampiamente, analizzata in prosieguo.

³⁴ Così, ancora Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit. In particolare, la Corte ha premesso che «il danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare». Nella specie, invece, l'omessa o errata informazione, non sembrerebbe apportare per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precede l'inadempimento del medico nei confronti della madre; di guisa che non vi sarebbe alcun danno risarcibile. Né sarebbe possibile concludere diversamente – ad avviso della Corte – «ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perché quest'ultima», ossia la vita sana, seppure il medico avesse correttamente informato la madre, «non ci sarebbe stata». Benché ad altro riguardo, meramente ricostruttivo, le notazioni della Corte sembrano richiamare la più tradizionale nozione giuridica di danno, indotta dalla c.d. teoria differenziale e risalente a F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetsshke Braunschweig, 1855, che, in un primo momento, fu accolta pressoché dalla unanimità della dottrina italiana (cfr., per

nascita con malformazioni, per converso, non è prospettabile alcuna valutazione comparativa, tra un prima e un dopo, rispetto all'illecito; e l'alternativa alla nascita indesiderata sarebbe la "non vita", la quale costituisce una perdita assoluta³⁵.

In fine, la valutazione di evitabilità la quale, in tanto, ha ragione di proporre l'aborto, in quanto la prospettiva dell'azione è quella della madre; la prospettiva del nascituro, al contrario, ignora la soluzione dell'interruzione della gravidanza (negazione della propria esistenza) e propone la ricerca di rimedi, per alleviare sofferenze o disagi; o, tutt'al più, la ricerca di un responsabile che abbia provocato o non impedito lo stato di infermità e, dunque, che gli abbia reso impossibile una vita sana e dignitosa.

5. La tesi positiva: l'errore diagnostico come causa di lesione della libertà di autodeterminazione della madre e come fatto illecito produttivo di conseguenze dannose nella sfera giuridica del concepito. Dal danno da malformazione al danno derivante dallo stato funzionale di infermità: l'impedimento ad un'esistenza idonea a consentire il pieno sviluppo della personalità umana. La presunta analogia con il danno procurato al feto da azione o da omissione del medico. La tutela codicistica in ipotesi di disposizione a favore di nascituri

Il panorama giurisprudenziale, dunque, pur in un momento storico caratterizzato dalla massima apertura, anche ideologica e socio-culturale,

tutti, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Bocca, Torino, 1906, *passim*, in part. 417), fino alla svolta impressa da F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, 14, nella cui elaborazione il danno viene concepito come lesione di interesse, così da poter consentire la risarcibilità anche di quei danni che non sono patrimonialmente valutabili. Per una ricostruzione degli sviluppi successivi, C. SALVI, *op. cit.*, 1203.

³⁵ Così, ancora Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

verso la piena protezione della salute della persona umana, lasciava insoddisfatta la domanda di tutela avanzata dal nato, con menomazione³⁶; e ciò, anche là dove si fosse trattato di menomazione grave, al punto da non consentire una vita autonoma, di pari dignità sociale.

Riguardata dal punto di vista del menomato, la situazione avrebbe potuto continuare a sollecitare legittime perplessità³⁷, giacché un argomento formale (difetto di legittimazione attiva) era risultato vincente su un argomento, per così dire, sostanziale, qual è l'invocata tutela della salute, in tutti i suoi aspetti, soprattutto, esistenziali, in relazione alle pesanti limitazioni prodotte dallo stato di infermità.

Si deve considerare che – là dove si tratti di vita dipendente dalla necessaria assistenza di altri e, comunque, non idonea a consentire la piena e libera esplicazione della personalità umana, in condizioni di dignità – la nascita indesiderata è, sicuramente, fonte di pregiudizio e di significativi danni psico-fisici oltre che patrimoniali³⁸.

³⁶ *Supra*, par. 4.

³⁷ Al riguardo, le notazioni di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa*, cit., in part. 147-153. Nel commento a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., questa dottrina aveva preconizzato (e forse auspicato) un *revirement*, quanto alla legittimazione del figlio. In fatti, in virtù del richiamo agli artt. 2 e 32 cost., la Corte aveva riconosciuto, per la prima volta, la responsabilità del sanitario nei confronti non soltanto della paziente e del marito, ma anche del figlio stesso nato con malformazioni, reputando configurabile, in capo al nascituro, un «diritto a nascer sano»; il quale sarebbe stato appunto leso dalla condotta del sanitario, consistente, nella specie, in un'omessa informazione circa le proprietà teratogene di un farmaco che lui stesso aveva in precedenza somministrato alla donna, al fine di agevolare l'ovulazione.

³⁸ Come appare intuibile, il ragionamento giuridico è chiamato a districarsi lungo un crinale costituito da prospettive eterogenee e, fors'anche, refrattarie ad una soluzione appagante, già soltanto a voler condividere la specificità del contesto di riferimento (logico-giuridico o etico-sociale). Tuttavia, per meglio inquadrare la questione, in ciascuno di questi contesti, occorre considerare che la prospettiva, qui indagata, resta quella del nato malformato; e già sul piano pre-giuridico (di una valutazione, cioè, non informata a canoni formali, astrattamente desumibili da fonti normative), il desiderio di non nascere o la constatazione di malformazioni tali da rendere indesiderata la futura

Senonché, quando il pregiudizio è lamentato dai parenti del nato, il danno risarcibile non può mai essere costituito dalla malformazione e dalle conseguenze esistenziali, da questa prodotte, sulla vita del nato, bensì dai riflessi (anche in ordine agli obblighi di solidarietà e di assistenza, morale e materiale) che la vita malformata può avere, con riferimento all’inserimento del disabile nel nucleo familiare.

Si delinea, dunque, una situazione finale nella quale, per una colpa medica, non sia stato possibile evitare una nascita “indesiderata”, con conseguenti danni ai parenti, ma soprattutto con danni esistenziali al nato: i primi, però, possono contare su validi argomenti per essere reputati risarcibili; i secondi, al contrario, sono destinati a restare del tutto sforniti di ogni, benché minima, tutela.

A suscitare perplessità, in ogni caso, non è soltanto l’argomento formale, in sé (difetto di legittimazione del nato disabile, per difetto di capacità giuridica del suo pregresso stato di concepito³⁹), quanto, piuttosto, la situazione finale nella quale un nato malformato, per colpa medica, si vede disconosciuta la tutela risarcitoria, nella sua qualità di presunto danneggiato, benché in via indiretta, dall’omissione o dall’errata diagnosi del medico.

Posta in questi termini, la questione avrebbe potuto sollecitare un più approfondito percorso argomentativo, capace di interrogare quelle differenti valutazioni assiologiche nelle quali la salute rinviene il veicolo della massima tutela dell’integrità psico-fisica, come strumento e fine della più compiuta realizzazione della personalità umana, nelle sue varie estrinsecazioni.

nascita costituiscono ipotesi di lavoro che preludono ad un esercizio logico dai dubbi risultati.

³⁹ La domanda di tutela, in fatti, è promossa da un soggetto dotato di capacità giuridica e lo stato di concepito viene in considerazione, soltanto *per relationem*, in quanto disegna il tempo, all’interno del quale potrebbero maturare i presupposti per l’interruzione volontaria della gravidanza in presenza della corretta diagnosi medica.

Sta in fatto che la Suprema Corte, in una pronuncia con motivazione molto ampia e articolata⁴⁰ ha inteso dar voce alla insistente domanda di tutela così, riconoscendo la legittimazione attiva e, quindi, il diritto al risarcimento del danno, al minore, portatore di grave disabilità, nato a séguito di mancata o inesatta diagnosi medica, la quale – in ragione della errata informazione – aveva precluso alla madre l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza.

La Corte ha conferito un limitato, se non, addirittura, marginale rilievo alla questione sulla capacità giuridica del nascituro; di fatto, pervenendo alla soluzione per la quale la tutela del nascituro non postula che, allo stesso, sia riconosciuta la soggettività giuridica: nel senso, cioè, che l'astratta legittimazione del nato ad agire per il risarcimento di un danno verificato o, comunque, prodotto da un fatto anteriore alla sua nascita, non presuppone il preventivo riconoscimento della soggettività giuridica, in capo al nascituro⁴¹.

⁴⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. Seppure con argomentazioni diverse, parte della dottrina aveva già posto in evidenza l'opportunità di riconoscere, al figlio nato con minorazioni, la legittimazione ad agire, nei confronti del sanitario, per il risarcimento del danno da nascita indesiderata: cfr. P.G. MONATERI, «*La Marque de Cain*». *La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., 295 ss.; A. GUARNERI, *Wrongful life, bebè prèjudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 499 ss., in part. 508; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, Ipsoa, 2009, 297 ss.; G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto*, cit.

⁴¹ La Suprema Corte, richiamandosi alle posizioni della dottrina, nonché a pregressi arresti della giurisprudenza, ha ritenuto possibile pervenire alla tutela del nascituro senza dover anticipare l'acquisto di soggettività giuridica, ad un momento anteriore all'evento nascita. L'evoluzione del dibattito dottrinale relativo alla soggettività del concepito ha conosciuto alterne e discusse vicende, a procedere da G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1982, 499; ID., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, *ivi*, 1/2002, 82; P. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, *ivi*, 2/1997, 107; ID., *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Nuova giur. civ.*, 1/2010, 457; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, *ivi*, 1/2004, 53. Quanto alla giurisprudenza, non si può non richiamare: Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur.*

In tale direzione, la Corte separa, logicamente, l'oggetto della tutela (interesse del nascituro) dalla titolarità della situazione giuridica (diritto alla salute del neonato) la quale può legittimare l'esercizio di quella tutela.

In vero, nella ricostruzione argomentativa della Corte, la lesione della libertà di autodeterminazione della madre – quanto alla scelta di interrompere la gravidanza – costituisce fatto illecito, produttivo di conseguenze dannose (danno futuro⁴²) nella sfera giuridica del concepito stesso⁴³.

La diretta risarcibilità del danno, subito dal nato, si giustificerebbe in ragione della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, costituito dalla violazione di quel diritto alla procreazione cosciente e responsabile di cui è titolare la madre del disabile: in altri termini, «la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad

cost., 1975, 117 ss., la quale ha posto in evidenza il «fondamento costituzionale» della «tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.)» ed ha riconosciuto un «interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito», riconducibile ai diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 cost. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, cit. Sempre in giurisprudenza, nel senso che alla tutela del nascituro si può giungere, senza doverne supporre la soggettività, bensì considerandolo oggetto di tutela: Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, in *Resp. civ.*, 4/2012, 276 ss., con nota di S. MASTROIANNI, *La risarcibilità in favore del concepito quale "vittima secondaria" dell'illecito*; Cass., 9 maggio 2000, n. 5881, in *Danno e resp.*, 2/2001, 169 ss., con nota di A. D'ANGELO, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*.

⁴² Così Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., alludendo a quei danni che «al tempo della consumazione della condotta illecita non si sono ancora (o non si sono del tutto) prodotti pur in presenza di elementi presuntivi idonei a ritenere che il pregiudizio si produrrà». Ciò in quanto, nella specie, il danno (ossia la vita afflitta da handicap) si verificherebbe in séguito alla nascita, dunque in un momento successivo alla condotta illecita del sanitario (ovverosia in un tempo distante dall'omessa diagnosi della malformazione).

⁴³ E, cioè, del futuro nato con handicap, il quale, al tempo in cui azionerà la tutela sarà, certamente, titolare della capacità giuridica, secondo una rappresentazione che, già da questa iniziale descrizione, preannuncia significative difficoltà ermeneutiche.

agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto»⁴⁴.

Non risulta agevole ipotizzare e, ancor più, individuare il danno lamentato dal concepito, nel momento e per effetto dell'impedimento all'esercizio, da parte della madre, del diritto di interrompere la gravidanza giacché il concepito, per effetto di questo illecito, semplicemente, verrà ad esistenza: di qui, l'ipotesi suggestiva del danno da vita indesiderata, come supposta conseguenza della contestuale e coesenziale lesione del diritto del concepito a non nascere, se non sano.

La questione non pare, direttamente, affrontata dalla sentenza; anzi, è elusa, ma è in qualche modo prefigurata, là dove la Corte passa a determinare i contenuti del danno risarcibile, il quale non viene identificato con la malformazione in sé considerata, bensì con lo stato funzionale di infermità: di quest'ultimo, il medico dovrebbe essere chiamato a rispondere, non diversamente che nelle altre ipotesi di responsabilità per danno da nascita indesiderata⁴⁵.

E – possiamo aggiungere – non diversamente di quanto è dato costatare, secondo i canoni tradizionali della tutela codicistica predisposta per il patrimonio economico, nelle altre ipotesi di responsabilità –

⁴⁴ Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁴⁵ Questo argomento seleziona un profilo decisivo, quanto alla irrilevanza di ogni questione involgente la capacità giuridica del nascituro, per i fatti dannosi che si siano verificati durante la gravidanza. La Suprema Corte (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.) ha, infatti, testualmente affermato: «Qui la particolarità risiederebbe nel fatto che il medico sia, in ipotesi, l'autore mediato del danno, per aver privato la madre di una facoltà riconosciuta dalla legge, tramite una condotta omissiva che si ponga in rapporto diretto di causalità con la nascita indesiderata; e la soluzione verrebbe, in tal modo, ad essere identica alla diversa ipotesi della responsabilità del medico verso il nato disabile per omessa comunicazione ai genitori della pericolosità di un farmaco somministrato per stimolare l'attività riproduttiva (Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.), o di una malattia della gestante suscettibile di ripercuotersi sulla salute del feto».

contrattuale o aquiliana – generate durante la fase di pendenza di disposizioni negoziali, a favore di nascituri⁴⁶.

⁴⁶ Si tratta di ipotesi, del tutto analoghe e involgenti identica questione, in realtà, mai sollevata, in questo differente ambito. Il riferimento corre ai casi di donazione (784 c.c.) o di disposizione testamentaria (462 c.c.), a favore di nascituri [concepiti (art. 462 c.c.) ovvero non ancora concepiti, ma figli di una determinata persona vivente (artt. 462, comma 3, e 785 c.c.) al tempo della donazione o dell'apertura della successione], nelle quali l'efficacia finale della disposizione (trasferimento del diritto o esigibilità dell'obbligazione) è condizionata alla nascita del beneficiario. Già durante la fase di pendenza e fino all'avveramento dell'evento nascita, la situazione giuridica del nascituro gode di una tutela preliminare e strumentale all'acquisto finale (in relazione alle attività di amministrazione: artt. 643 e 784, in part. comma 3, c.c.), con la configurazione di una situazione di aspettativa giuridica (su cui, cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941 (rist. Esi, Camerino, 1979), 210 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, in *Dir. giur.*, 1945, 145 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, 226 ss.; A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Utet, Torino, 1987, 465 ss.; R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 1 ss.). Or bene, qualora – durante la fase di pendenza e, cioè, prima dell'evento nascita – il disponente o un terzo avesse recato pregiudizio o reso impossibile o, in fine, vanificato la soddisfazione delle future ragioni del nascituro-beneficiario (deteriorando o distruggendo il bene), una volta che si sia verificato l'evento nascita, il diritto alla tutela (risarcitoria), conseguente alla disposizione negoziale o testamentaria, entra, definitivamente, a far parte del patrimonio del nato e ben può essere esercitato, nonostante il fatto dannoso si fosse verificato in un momento antecedente alla nascita del beneficiario. La piana soluzione, appena richiamata, con riguardo ai profili dell'efficacia e dell'esecuzione delle disposizioni negoziali, a favore di nascituri, può ancor meglio chiarire l'equivoco nel quale è incorso l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il difetto di capacità giuridica del nascituro avrebbe determinato l'inconfigurabilità di una tutela del nato, a fronte di fatti illeciti verificatisi prima della nascita: sul punto specifico, pare pienamente conferente l'argomentazione addotta dalla Suprema Corte, quanto all'ininfluenza della capacità giuridica sulla questione involgente la risarcibilità del danno, direttamente, in capo al nato con malformazioni. Come è stato anticipato, nel testo (*supra*, par. 4), il problema non è la nascita del diritto alla tutela risarcitoria, in capo al nato, quanto piuttosto la stessa configurabilità del danno lamentato dal nato con malformazioni.

In realtà – e ciò, già sulla base di conquiste scientifiche o di argomenti condivisi da precedenti orientamenti – se appaiono superabili le obiezioni che traggono dalla presunta interferenza con la (negazione di) soggettività del nascituro ovvero dalla ipotizzabile estraneità del nascituro al rapporto contrattuale instaurato tra il medico e la madre del nato malformato, la configurabilità di un danno risarcibile, direttamente in capo al nato, espone maggiori difficoltà ermeneutiche e di ricostruzione; pur nella prospettiva propensa a utilizzare la massima espansione assiologica del sistema normativo.

Come anticipato, la soluzione proposta dalla sentenza, qui analizzata, propone una variante argomentativa, resa necessaria dalla più agevole confutabilità, alla quale va incontro la tesi che invoca la tutela, attraverso l'istanza di risarcibilità del danno da malformazioni, non provocate da azione o da omissione del medico: il danno consisterebbe non nella malformazione, in sé considerata, bensì nello stato funzionale di infermità, nella «condizione evolutiva della vita handicappata»⁴⁷, indirettamente provocata dalla colpa del medico e impeditiva di quella piena realizzazione della personalità umana che il disegno costituzionale propone come valore giuridico assoluto.

Secondo la Corte, nei confronti del nascituro, in fatti, risulterebbe violato l'art. 32 cost., nella misura in cui la salute viene in rilievo non tanto o non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psico-fisico (art. 1 lett. o) d.lgs. n. 81 del 2008); sarebbe violata, altresì, la norma contenuta nell'art. 2 cost., per la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo, sia come partecipe della vita dei

⁴⁷ Così, testualmente, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., la quale distingue tra «infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica)», e «stato funzionale di infermità», intendendo con tale ultima espressione «la condizione evolutiva della vita handicappata», concepita come «proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata».

corpi intermedi e delle formazioni sociali; sarebbe violato, in fine, sia l'art. 3 cost., nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona, sia degli artt. 29, 30 e 31, giacché l'inserimento del minore in una dimensione familiare "alterata" impedirebbe o renderebbe più ardua la concreta attuazione dei diritti-doveri dei genitori, sanciti dal dettato costituzionale; anche, là dove tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, dell'educazione e del mantenimento dei figli⁴⁸.

Sì che, alla luce della valutazione normativa veicolata da una lettura sistematica e assiologicamente orientata della Costituzione, l'interesse giuridicamente protetto, attraverso il rilievo accordato allo stato funzionale di infermità, sarebbe espresso nella finalità di consentire al minore di «alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente»⁴⁹.

Così, anche da questa angolazione prospettica, trae conforto la conclusione secondo la quale la tutela diretta del nato malformato, per mancata o errata diagnosi da parte del medico, non suppone il riconoscimento della capacità giuridica del concepito⁵⁰.

⁴⁸ Così, ancora Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., secondo la quale «l'arrivo del minore in una dimensione familiare "alterata" (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli».

⁴⁹ Il virgolettato è riferito ancora a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁵⁰ Secondo la Corte (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.), in conclusione, «non assume [...] alcun rilievo "giuridico" la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il diritto all'interruzione della gravidanza. Se l'esercizio di questo diritto fosse stato assicurato alla gestante, la

Sullo sfondo, resta il ricorso ad una significativa variante, quale raffinato argomento che colpisce l'immaginario del giurista, pregiudizialmente, propenso a tributare la massima tutela alla posizione del nato con malformazioni: il danno risarcibile non è costituito dal danno da vita indesiderata, per lesione del diritto a non nascere (o a nascere sano) bensì dal danno da vita limitata dalle malformazioni ovvero dal danno da impossibilità di vivere un'esistenza sana e dignitosa.

6. La composizione del contrasto giurisprudenziale per intervento delle Sezioni Unite della Cassazione tra riproposizione di argomenti e invito al rispetto della legalità. Superamento del limite posto dalla carenza di soggettività giuridica e risarcibilità del danno al malformato a condizione che sia causato da azione o omissione del medico

La sentenza, appena analizzata, ha affrontato una pluralità di questioni, tradizionalmente, iscritte nel più ampio contesto del c.d. danno da vita indesiderata, per presunta lesione del diritto a non nascere, se non sano.

La voce giurisprudenziale dissonante, introdotta in un dibattito già molto vivace in dottrina, espone una evoluzione argomentativa, maturata, nell'ambito della stessa sezione terza della Suprema Corte⁵¹, là dove ad una

dimensione del non essere del nascituro impedisce di attribuirle qualsivoglia rilevanza giuridica».

⁵¹ Un primo mutamento di indirizzo, proposto da Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, cit., si era limitato a porre le necessarie premesse e le più congrue – oltre che condivisibili – soluzioni, quanto alla presunta e contestata interferenza tra soggettività del nascituro e titolarità del nato, in ordine alla risarcibilità dei danni, subiti durante la gravidanza. La Suprema Corte, accogliendo la richiesta risarcitoria nei confronti dell'omicida, avanzata dal figlio della vittima, concepito al tempo del reato, aveva rilevato che i principi di diritto sanciti in quell'occasione fossero idonei a consentire una soluzione diversa, altresì, nell'ambito della questione concernente la responsabilità del sanitario per omessa

significativa apertura, in tema di legittimazione del nato a pretendere il danno dal medico (e dalla struttura sanitaria), ha fatto da contraltare, una posizione più restrittiva, in tema di prova specifica della volontà interrottiva della gravidanza, in presenza di adeguata informazione sulle malformazioni del feto⁵².

Entrambe le questioni di diritto, nelle precedenti pronunce di legittimità, erano oggetto di contrasto di giurisprudenza⁵³.

La pronuncia delle Sezioni Unite merita di essere segnalata ed analizzata⁵⁴, non tanto o non soltanto, per gli argomenti che ha reputato di

diagnosi nei confronti del figlio nato con malformazioni. La Corte ha affermato che, una volta esclusa l'esigenza di ravvisare la soggettività giuridica del concepito per affermare la titolarità di un diritto in capo al nato, la differente costruzione, ritenuta allora corretta dal Collegio, avrebbe consentito di «riconoscere il diritto al risarcimento anche al nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori»; ciò perché era apparso «del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale» che fosse esteso al feto «lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico»; e che, come del resto accadeva per il padre, il diritto al risarcimento potesse essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si dovrebbe, in realtà, «non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse nato)».

⁵² A questa tematica, pur interessante, abbiamo inteso dedicare solo uno spazio informativo giacché, per le specifiche finalità di questo scritto, ci è parso opportuno delimitare l'indagine al solo profilo della legittimazione attiva del nato malformato (*supra*, nota 2).

⁵³ Contrasto rilevato da Cass., ord., 23 febbraio 2015, n. 3569, in *Dir. civ. cont.* 1/2015, con nota di commento di G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*; e in *Danno e resp.*, 7/2015, 693 ss., con commento di C. MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*.

⁵⁴ Avendo, in apertura, inteso delimitare il campo di indagine alla legittimazione del nato disabile, sarà trascurata la prima parte della sentenza, là dove risolve un delicato contrasto di giurisprudenza, sul tema riguardante l'oggetto della prova della volontà di interrompere la gravidanza (v. *supra*, nota 2); e là dove si intrattiene sul diritto di autodeterminazione e sui principi in materia di aborto, ribadendo pregresse posizioni dottrinali.

dover interrogare, al fine di sanare il contrasto giurisprudenziale, giacché gli argomenti addotti non presentano una carica di peculiare innovatività; quanto, piuttosto, per il monito da reprimenda, nei confronti di quella tendenza giurisprudenziale, incline a confortare soluzioni di c.d. giustizia sostanziale⁵⁵, con argomenti, non sempre supportati da previsioni normative, pur auspicabilmente interpretate secondo quel ragionamento analogico capace di massimizzare le potenzialità assiologiche, veicolate dall'isolato enunciato linguistico, là dove coordinato, in una ricostruzione coerente con il complessivo sistema ordinamentale.

Per quanto strettamente attinente al tema d'analisi, viene ribadita l'inconferenza di ogni questione involgente la capacità giuridica del nascituro, ai fini della legittimazione attiva⁵⁶; e, quindi, del diritto del nato malformato, quanto alla responsabilità per danni, azionabile nei confronti del medico, per un fatto illecito, pur anteriore alla nascita.

Su questo versante, la sentenza ripercorre e conferma itinerari argomentativi, già confortati da arresti pregressi⁵⁷ e, per altro, allineati e coerenti con forme di tutela del patrimonio del nascituro, predisposte da disposizioni codicistiche.

Non sembra, per tanto, contestabile⁵⁸ la conclusione secondo la quale tutti i danni procurati al nascituro, dalla fase del concepimento⁵⁹

⁵⁵ Appare significativo il seguente passaggio della decisione: «Anche se debba escludersi un approccio di carattere eminentemente giuspolitico – che appartiene al legislatore: spettando, per contro, al giudice l'interpretazione della disciplina vigente, sia pure nel più completo approfondimento delle potenzialità evolutive in essa insite – non è seriamente contestabile che sulla giurisprudenza pregressa, anche straniera, abbiano influito, ben oltre l'ordinario, considerazioni antropologiche e soprattutto di equità, intesa come ragionevole attenuazione e modificazione apportata alla legge in virtù di speciali circostanze» (Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.).

⁵⁶ *Supra*, parr. 4 e 5.

⁵⁷ *Supra*, nota 52.

⁵⁸ Il lamentato contrasto di giurisprudenza è solo imputabile ad equivoci, indotti da una sorta di inversione del giudizio sillogistico da precomprensione giudiziale e condizionati

all'intero periodo di gestazione, conferiscono legittimazione attiva al nato, il quale potrà pretenderne la piena risarcibilità.

Ovviamente, «il problema senza dubbio, più delicato e controverso»⁶⁰ è la configurabilità di un diritto del nato malformato «al risarcimento del danno per l'impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa»⁶¹; e cioè, di una protezione del nato malformato, anche all'esito della variante proposta dalla pronuncia che ha segnato il contrasto di giurisprudenza⁶².

Dunque, da un lato, la necessità logica di individuare i presupposti in presenza dei quali rinviene giustificazione e fondamento il diritto (del malformato), di cui si intende discutere; dall'altra, l'esigenza di protezione (del malformato) la quale quel diritto è in grado di accogliere nella sua funzione.

Si potrà discutere di meritevolezza di tutela della seconda e, quindi, dell'ampiezza della risarcibilità del danno, per quanto più strettamente attinente alla questione qui analizzata, soltanto all'esito positivo della fondabilità giuridica del primo.

E il diritto capace di accogliere nella sua funzione quell'esigenza di protezione consente di interrogare l'alternativa tra responsabilità

dalla ricerca di argomenti *ad abundantiam* che potessero contrastare la risarcibilità del danno da malformazione, direttamente in capo al nato.

⁵⁹ Si pensi a quei danni cagionati dalla condotta del ginecologo, consistente nella errata informazione su un farmaco, prescritto alla madre, il quale abbia avuto effetti negativi sulla salute del concepito (è questo il caso deciso da Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.).

⁶⁰ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

⁶¹ Il virgolettato ancora in Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

⁶² Il riferimento è a Cass., 2 ottobre 2012, n. 14488, cit., la quale aveva rilevato un equivoco nel ragionamento della giurisprudenza antecedente, là dove questa aveva negato la legittimazione del nascituro, sulla base della inconfigurabilità di un diritto a non nascere se non sano. Come riferito, con la pronuncia del 2012, il Supremo collegio ha puntualizzato che, nell'ipotesi di omessa diagnosi, la lesione riguarda non un tale preteso diritto a non nascere bensì lo stesso diritto alla salute del soggetto nato con malformazioni.

contrattuale e aquiliana, dal momento che è evidente – e forse anche banalizzante – che il riscontro dei presupposti per l’insorgere di una delle due forme di responsabilità è l’antecedente logico per la soddisfazione dell’esigenza di protezione.

Or bene, secondo le Sezioni Unite, quando il danno da malformazioni non è causato da un’azione o da un’omissione del medico, ne resta esclusa la risarcibilità, tanto nella opzione/variante del c.d. danno da vita indesiderata, per lesione del diritto a non nascere, se non sano, quanto nella opzione/variante del danno da vita limitata dalle malformazioni.

In entrambi i casi, il diritto la cui lesione potrebbe giustificare la risarcibilità del danno, sarebbe pur sempre il diritto a non nascere; diritto reputato inconfigurabile giacché la sua realizzazione richiederebbe il perseguimento di un valore negativo, qual è la “non vita” dello stesso suo titolare⁶³ o un supposto interesse a non nascere, la cui concreta soddisfazione sarebbe rimessa alla decisione unilaterale dei genitori del nascituro⁶⁴.

Il paradosso è confermato anche dalle conseguenze giuridiche che dovrebbero essere prodotte dalla sua eventuale lesione e che sono espresse dal concetto di danno-conseguenza (art. 1223 c.c.), altrimenti sintetizzabile «con espressione empirica, nell’*aver meno*, a séguito dell’illecito»; sì che, il

⁶³ Anche volendo riferirsi all’interesse o al bene della vita, alla cui salvaguardia o perseguimento un diritto deve essere funzionalmente indirizzato, ci si imbatterebbe in un paradosso argomentativo, richiamato dalla Corte, là dove precisa che «la non vita non può essere un bene della vita; *per la contraddizion che nol consente*» giacché «la vita – e non la sua negazione – è sempre stato il bene supremo protetto dall’ordinamento» sì da poter concludere che «l’ordinamento non riconosce [...] il diritto alla non vita» (Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.).

⁶⁴ Il rilievo è ancora in Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., ove si sottolinea che, in tal guisa, i genitori dovrebbero costituire gli interpreti esclusivi della volontà del nascituro, di voler rifiutare una vita segnata dalla malattia.

danno sarebbe costituito dalla vita del bambino, mentre l'assenza di danno dalla sua morte o, comunque, dalla sua mancata venuta ad esistenza⁶⁵.

Il concetto di danno, espresso dall'art. 1223 – continua la Suprema Corte – suppone, dunque, una comparazione tra prima e dopo l'illecito; e nel caso di malformazioni congenite – a differenza delle ipotesi di malformazioni e patologie provocate o evitabili dal medico – a séguito della mancata o inesatta diagnosi, la condizione del nascituro resta inalterata e non subisce quel peggioramento il quale, solo, avrebbe consentito la configurazione di un danno risarcibile.

In definitiva, anche l'assenza di nesso di causalità tra condotta del medico ed evento dannoso concorre a confortare la conclusione che nega la risarcibilità del danno lamentato dal nato con malformazioni genetiche, nei confronti del medico il quale, per una mancata o inesatta diagnosi, non abbia consentito alla madre la valutazione della possibilità di interruzione della gravidanza.

7. Conclusioni. Dal diritto a nascer sano alla tutela dell'interesse ad una vita sana e dignitosa. Opzione di metodo e suo ruolo decisivo nella formazione della regola di governo della responsabilità medica

Lo stato dell'arte ha consentito di ricostruire gli esiti di una travagliata evoluzione, neppure scevra da interventi vivaci e, in qualche caso, anche polemici, confluita in una soluzione equilibrata e, soprattutto, rispettosa dei canoni ermeneutici, più ampiamente condivisi; canoni fors'anche preferibili, là dove il supporto argomentativo possa essere individuato in disposizioni normative, dal contenuto regolamentare e non già, soltanto, in principi e clausole generali.

Pare opportuno rammentare, ancor qui, che l'intervento delle Sezioni Unite si è limitato, semplicemente, a confermare una soluzione la

⁶⁵ Ancora Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

quale, anche con maggiore dovizia argomentativa, già poteva apparire la più fedele espressione della razionalità assiologica del sistema normativo; e che, per altro, era stata confortata da un arresto giurisprudenziale di ben undici anni prima⁶⁶.

Tuttavia, l'innovativa pronuncia della Suprema Corte, n.16754 del 2012, lungi dal proporsi alla stregua di un fulmine a ciel sereno, aveva rappresentato il momento di emersione dell'istanza di *revirement* giurisprudenziale, accompagnato dal consenso di una parte della dottrina⁶⁷; ed era maturato all'interno della stessa terza sezione della Suprema Corte⁶⁸ la quale, fino al 2009⁶⁹, era rimasta ancorata a soluzione ben differente: un'evoluzione ermeneutica, maturata all'interno di una stessa sezione della Cassazione, lasciava intendere l'apertura ad un'opera di revisione, riveniente da una rivalutazione di più pressanti opzioni assiologiche, reputate deluse, dal precedente impianto argomentativo.

L'ambito della responsabilità medica ha fornito ampia testimonianza di come il diritto civile sia, tradizionalmente, in grado di rinnovare le regole giuridiche di governo dei conflitti e di ospitare soluzioni evolutive, pur in assenza di modifiche nelle fonti normative. Ciò, innanzitutto, perché l'operazione ermeneutica, rimessa alla sensibilità del civilista, è essenzialmente strutturata secondo i tratti costanti di un "ragionamento analogico", in quanto deputata ad assolvere la «funzione pratica di adattamento e adeguazione della formula legislativa alla concretezza del caso proposto dall'esperienza»; sì che, in auspicio, il «fondamentale compito dell'interprete» è lo sviluppo e l'integrazione

⁶⁶ Il riferimento è a Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

⁶⁷ *Supra*, nota 37.

⁶⁸ Si allude a Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, cit. (cfr. *supra*, nota 51)

⁶⁹ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit., Cass., 11 maggio 2009, n.10741, cit.

dell'«immanente portata storica, logica ed assiologica implicita nell'astratta ipotesi normativa»⁷⁰.

Quali siano gli antecedenti logici ed ideologici di questa opzione di metodo e di modello argomentativo è ormai storia del nostro pensiero giuridico. Essa, tuttavia, bene esprime i canoni ai quali si è informata l'esperienza giuridica consumata dalla nostra giurisprudenza degli ultimi due decenni, anche in materia di responsabilità medica⁷¹.

⁷⁰ La ricostruzione e il virgolettato sono tratti da L. CAIANI, *Analogia, b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 354.

⁷¹ In tale ambito, è stato fatto largo ricorso alla teoria del contatto sociale per affermarne la natura contrattuale, discendente dalla violazione di una «obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto» (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; sull'obbligazione senza prestazione, doveroso il rinvio a C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.). Le origini della categoria del contatto sociale risalgono agli anni Quaranta del secolo scorso, rinvenendosi traccia di essa nella celebre prolusione di Günter Haupt, del 1941 (cfr. G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, trad. it. di G. Varanese, Giappichelli, Torino, 2012, 50 ss.), ove l'autore si soffermava su quelle peculiari ipotesi rispetto alle quali si riscontrava una dissociazione tra la fonte (diversa dal contratto) e l'effetto (assimilabile invece a un rapporto contrattuale). Nella configurazione offerta da Haupt, la teoria dei rapporti contrattuali di fatto non ha avuto largo séguito, mentre hanno avuto una maggiore risonanza costruzioni più raffinate, elaborate nei decenni successivi (il riferimento è alla c.d. «teoria dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico», su cui cfr. K. LARENZ e C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II - Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage*, München, 1994, 399 ss.). A partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso la giurisprudenza ha dimostrato una rinnovata attenzione verso il contatto sociale, reputato quale fonte di un'obbligazione senza prestazione, facendo leva sull'art. 1173 c.c.. L'inizio di questo corso può essere fatto risalire a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., la quale si riallaccia alla riflessione di un'autorevole dottrina, giunta a rimeditare la tipicità di una terza categoria di fonti dell'obbligazione, fino ad ammettere che il rinvio agli altri atti o fatti consente di reputare idonee a produrre obbligazioni tanto fattispecie espressamente disciplinate quanto fattispecie non individuate (il riferimento è al pensiero di M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, in *Nov. dig.*, XI, Utet, Torino, 1968, 604; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 151; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 171). Da qui, un

La disposizione gerarchica della pluralità di fonti normative, che compongono il sistema giuridico civilistico; la condivisione sulla priorità assiologica di tutela dei valori esistenziali e/o personalistici, di rilievo costituzionale; il progressivo carattere precettivo attribuito alle clausole generali e il loro coesistente ruolo nell'opera ermeneutica di "formazione e individuazione" della regola giuridica applicabile al caso concreto⁷² – così, tanto per sintetizzare, pur superficialmente, il nuovo corso del diritto civile – hanno decretato l'abbandono di un'interpretazione e applicazione della legge come "pura tecnica", limitata alla individuazione della valenza semantica di singole disposizioni legislative, in favore della costante valutazione delle *rationes iuris* dei dettati normativi, ovviamente, da

processo di espansione che ha visto la teoria del contatto sociale affermarsi in molteplici campi, là dove si presta a sottrarre diverse ipotesi al terreno della responsabilità aquiliana, per ricondurle all'ambito contrattuale: dalla responsabilità della banca girataria per l'incasso (Cass., 6 ottobre 2005, n. 19512, in *Giur. it.*, 4/2006, 749), alla responsabilità dell'insegnante per i danni cagionati a se stesso dal minore (Cass., SS.UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Danno e resp.*, 1/2003, 46) alla responsabilità del mediatore (Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corr. giur.*, 2/2010, 206), nonché alla questione del preliminare del preliminare (Cass., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Contratti*, 6/2015, 545) ed al problema della natura della responsabilità della P.A. e della responsabilità precontrattuale (Cons. Stato, 2 maggio 2017, n. 1979, in *Pluris Cedam* 2017).

⁷² Dei fattori sopra richiamati, il passaggio dalla considerazione delle clausole generali da disposizioni normative meramente riassuntive delle singole ipotesi precettive (tipicamente, previste) a disposizioni immediatamente ed autonomamente precettive è la conquista di più significativa valenza, nella teoria dell'argomentazione giuridica. In questa direzione, le clausole generali assurgono a fattispecie a struttura aperta, le quali autorizzano l'interprete a "creare" la regola del caso concreto; ovviamente, non nel senso di creare una nuova fonte normativa bensì nel senso di condurre alla formulazione di un giudizio di valore che è il risultato dell'"attualizzazione" dell'astratto enunciato normativo, in virtù di un "ragionamento analogico" (nel significato offerto, tra gli altri, da L. CAIANI, *Analogia*, cit., 357 ss.). Questa significativa conquista scientifica è maturata in tempi relativamente recenti e ha rappresentato un fattore di veloce autorinnovamento del sistema giuridico: per una ricostruzione, sia consentito il rinvio a G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Esi, Napoli, 1995, 27 ss., spec. 35 ss.

prospettare come risultato di un'elaborazione coerente con il complessivo sistema giuridico; e, dunque, coerente con quella gerarchia normativa, sopra richiamata.

Il recupero all'operazione ermeneutica del fine della tutela giuridica è all'origine delle importanti conquiste scientifiche, in materia di responsabilità civile; a partire da quella stagione inaugurata, negli anni '60 del secolo scorso, con la quale la disposizione dell'art. 2043 dismetteva la funzione di norma puramente sanzionatoria (mera conseguenza, cioè, della violazione delle singole norme attributive di diritti) per divenire, essa stessa, la norma primaria (dunque, immediatamente precettiva), giacché la clausola generale di ingiustizia del danno assurgeva ad autonomo precetto giuridico e la sua permeabilità ai valori costituzionali avrebbe posto le più solide basi per una rivoluzione che – con l'atipicità dell'illecito – avrebbe consentito la risarcibilità dei danni da lesione di interessi costituzionalmente rilevanti⁷³.

Una rivoluzione che ha, certamente, consentito e che continua ad agevolare il processo di costante adeguamento del diritto (nella sua limitata accezione di sistema delle fonti normative) alle effettive esigenze di protezione, poste dalle particolarità oggettive e/o soggettive dei fatti regolati e dei conflitti da questi denunciati; ma – una volta acquisita la priorità della tutela dei valori costituzionali – l'opera di individuazione degli interessi costituzionalmente rilevanti deve scontare un maggior grado di incertezza⁷⁴.

⁷³ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 84 ss.

⁷⁴ La conclusione in ordine all'assoluta priorità di tutela da assicurare agli "interessi costituzionalmente rilevanti" è divenuta affermazione la quale rischia di esprimere, in sé, il dogma dell'autodimostrazione; là dove sembra indicare l'inferenza più ovvia della gerarchia delle fonti. In realtà, quella espressione rischia di funzionare come premessa maggiore del sillogismo giuridico, in misura aprioristica, là dove la sequenza logica fosse, in ipotesi, così esemplificativamente, sintetizzabile: premesso che questo è interesse costituzionalmente rilevante; premesso che Tizio ha leso questo interesse; deve essere accordato questo risarcimento. In realtà, quella premessa maggiore espone già il risultato

A ciò si devono aggiungere i risultati rivenienti dall'operatività del mobile tasso di precomprensione giudiziale, il quale – inevitabilmente – accompagna le decisioni dei giudici.

L'importante *revirement*, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento⁷⁵ ma, soprattutto, le vicende che hanno accompagnato l'affermazione giurisprudenziale, prima, e la strenua difesa, poi, della teoria del contatto sociale⁷⁶ danno conto dell'incidenza determinante del ruolo dell'interprete, nell'opera di ricostruzione della responsabilità medica ma già, più in generale, del sistema giuridico civilistico.

ermeneutico di una valutazione assiologica (del contenuto normativo di una pluralità di disposizioni costituzionali), ma nulla indica (nel senso che non è argomento sufficiente), quanto alla situazione giuridica, al diritto; e cioè, quanto allo strumento tecnico di tutela predisposto dal sistema normativo, per la protezione di quell'interesse. La soluzione in ordine alla concreta risarcibilità del danno dovrà, necessariamente, essere integrata dal concreto riscontro dei presupposti per l'operatività di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

⁷⁵ Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, variamente commentata, tra gli altri, da V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss.; da G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707 ss.; da U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 118 ss.; da G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2003, 903 ss.; da A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, *ivi*, 2002, 1000 ss.

⁷⁶ V. *supra*, note 9 e 71. Merita di essere, qui, ricordata la tendenza giurisprudenziale a perseverare nel ricorso alla teoria del contatto sociale, pur di affermare la responsabilità contrattuale del medico, dipendente di presidio ospedaliero, anche dopo la c.d. riforma Balduzzi: cfr. App. Campobasso, 27 ottobre 2016; Trib. Monza, 18 dicembre 2012; Trib. Bologna, 23 settembre 2013; Trib. Roma, 27 novembre 2013, tutte consultabili in www.leggiditaliaprofessionale.it.

In entrambi i casi – e la soluzione, pur sbrigativa, ci pare incisivamente comunicativa del risultato ermeneutico perseguito – tra le differenti opzioni astrattamente fondabili, la “sensibilità assiologica”⁷⁷ dell’interprete ha sospinto verso la soluzione che pareva offrire più congrua realizzazione del fine della tutela (interesse o bene della vita), là dove il paziente è portatore dell’esigenza di protezione del valore salute, costituzionalmente rilevante.

Questa diretta e prioritaria considerazione del fine della tutela è resa possibile anche là dove si voglia accordare piena operatività allo schema classico del sillogismo giudiziale giacché nella individuazione e formazione della premessa maggiore⁷⁸, la valutazione di congruenza, in relazione alle peculiarità del conflitto di interessi, proposto dalla questione concreta (premissa minore), è rimessa alla discrezionalità del giudice⁷⁹.

⁷⁷ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954, 5 ss. e 211.

⁷⁸ E cioè – volendo optare per il riferimento alla sequenza classica – l’opera di selezione delle fonti normative dalle quali il giudice “deve” ricavare la regola applicabile ovvero il giudizio di valore normativo.

⁷⁹ La critica alla rigidità del sillogismo giudiziale e il suo sostanziale declino, nella storia del pensiero giuridico, si può reputare una conquista scientifica maturata, già intorno agli anni ’70-’80 del secolo scorso (per una sintesi, ci permettiamo di rinviare a G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., 27 ss.). In questa sede, per l’incisività dell’analisi, quanto alle ricadute sugli schemi e sulle categorie civilistiche, reputiamo opportuno richiamare anche solo l’elaborazione di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 52 ss., nella parte in cui critica l’automaticità del procedimento, rilevando che la confezione della premessa maggiore e della premessa minore sono il risultato dell’attività valutativa del giudice, e dunque sia la comprensione e l’interpretazione della norma giuridica, sia la ricostruzione della circostanza di fatto (*ivi*, 52). Secondo questa dottrina, è la presunta esattezza logica del procedimento a dover essere messa in discussione là dove si consideri che la formulazione della premessa maggiore e la valutazione della circostanza di fatto rappresentano giudizi che il legislatore non può offrire in modo preconfezionato, sì che l’interprete è chiamato a costruirli in una forma adatta per il significato dell’ordinamento; è chiamato, cioè, a ricostruire il giudizio di valore che è a fondamento della norma, ricostruzione che implica,

In attuazione di tali canoni – dettati dalla logica inferenziale classica – la giurisprudenza ha reputato che il riscontro di talune circostanze concrete fosse sufficiente a configurare un «fatto idoneo a [produrre la nascita di un’obbligazione] in conformità dell’ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.)⁸⁰; là dove è evidente che la valutazione assiologica di conformità all’ordinamento si confermava antecedente decisivo, per confortare la nascita di un diritto di credito, con tutte le conseguenze di più congrua tutela, assicurata dai meccanismi operativi della responsabilità contrattuale. Con l’emanazione della c.d. riforma Balduzzi e, successivamente, della c.d. legge Gelli-Bianco, non si è espunta la teoria del contatto sociale quale possibile fonte di obbligazioni, bensì, più limitatamente, il c.d. contatto sociale tra paziente e medico dipendente di struttura ospedaliera non è più valutabile alla stregua di un «fatto idoneo a [produrre la nascita di un’obbligazione] in conformità dell’ordinamento giuridico».

Allo stesso modo, nella distribuzione dei carichi di prova, l’imposizione, al debitore, dell’onere di provare l’esatto adempimento della

appunto, una necessaria valutazione (*ivi*, 54); per concludere nel senso che l’interprete orienta il suo ragionamento sillogistico secondo quella valutazione di congruenza tra circostanze di fatto e fattispecie legale che reputa corretta e adeguata a risolvere il caso (cfr. in tal senso, *ivi*, 74-75); ma nel senso che la c.d. premessa maggiore è essa stessa frutto di scelta dell’interprete orientata dalla situazione di fatto, già T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 142 ss.; ID., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, *ivi*, 178, nota 11. È evidente che una valutazione di assoluta sufficienza di una clausola generale o di un principio, ai fini della nascita di una pretesa o di un obbligo, è in grado di comunicare seri rischi di incertezza del diritto giacché molto esposta alla variabilità delle opzioni soggettive del singolo interprete e, giocoforza, sottratta a quella valutazione critica, articolata e composita, condotta sulla base di canoni ermeneutici, che è caratteristica del ragionamento giuridico.

⁸⁰ *Supra*, note 9 e 71.

prestazione medica⁸¹ anziché al creditore/paziente dell'onere di provare l'inesatto adempimento⁸² – in presenza di referenti legislativi immutati – costituisce mero risultato ermeneutico, sopraggiunto all'opposto orientamento, ormai consolidato, sin dalla promulgazione del codice civile⁸³.

Entrambe le ipotesi, confermano l'apporto decisivo che una "sensibilità assiologica" dell'interprete – condivisibilmente, orientata alla massima attuazione della gerarchia delle fonti normative (e della conseguente gerarchia dei valori) che informa il nostro sistema ordinamentale – è in grado di offrire, in termini di adeguamento della astratta previsione normativa alle peculiarità dei fatti e degli interessi coinvolti.

Nell'evoluzione giurisprudenziale, sopra richiamata, la massima attuazione del valore "salute", in ragione del suo rilievo costituzionale, ha sospinto l'interprete alla ri-formulazione della premessa maggiore, attribuendo una differente valenza semantica agli enunciati linguistici contenuti nelle disposizioni normative o attingendo, direttamente, a una clausola generale di tutela; l'una e l'altra, in quanto reputate più idonee, al fine di offrire la più congrua protezione e/o realizzazione del valore costituzionale⁸⁴.

Il fatto è che anche questa esigenza di massima protezione del valore, nel diritto civile, è soddisfatta attraverso l'attribuzione, di un potere o di un dovere, di una pretesa o di un obbligo; e, dunque, all'esito del

⁸¹ Ovvero che la mancata guarigione o l'aggravamento delle condizioni di salute del paziente sia derivata da causa non imputabile al debitore.

⁸² E, quindi, la più difficoltosa prova del difetto di diligenza da parte del medico.

⁸³ Per una ricostruzione, nei termini anticipati nel testo, ci sia consentito rinviare a G. ROMANO, *Spunti in tema di regime probatorio, per le ipotesi di inesatto adempimento*, in *Le Corti Calabresi*, 3/2014, 89-107.

⁸⁴ Per un approfondimento, in materia di ripartizione dell'onere e dei temi di prova dell'inesatto adempimento nonché della valutazione di idoneità della prova, quanto alla responsabilità medica, ancora G. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

riscontro dei presupposti per la configurazione di una situazione giuridica soggettiva: o, altrimenti – per usare una declinazione neo-dommatica – attraverso la formulazione del giudizio di valore che l'interprete ricava da un sistema di fonti normative, mercé un'operazione ermeneutica motivata dalla risoluzione di un conflitto di interessi o, ancora, di una questione giuridica⁸⁵.

Il proficuo cammino, sin qui sperimentato dal civilista, ha costantemente denunciato la pericolosa distanza tra i due momenti logici; giacché non si possono sottacere i rischi e le fughe in avanti di una rivalutazione assiologica, in chiave evolutiva del diritto civile e dei suoi istituti, la quale non proceda da una separazione logica tra strumento di tutela (diritto o situazione giuridica soggettiva) e fine della tutela (l'interesse o bene della vita reputato meritevole di protezione).

Questo schema è stato rispettato negli esempi, sopra richiamati, dell'interpretazione dell'art. 1173 c.c., da un lato, e dell'art. 2697 c.c., dall'altro, anche attraverso una lunga elaborazione di pensiero scientifico che ha potuto fornire il consolidamento della soluzione, così, conferendole un maggior tasso di persuasività.

Come riferito, l'evoluzione in tema di responsabilità per danni da c.d. vita indesiderata ha percorso analoghi itinerari ed è stata informata alla stessa opzione ermeneutica e di metodo: l'art. 32 cost. ha fornito il dato di maggior peso assiologico, per giustificare la soluzione di massima tutela per il paziente, al servizio dell'interesse ad una vita sana e dignitosa.

Tuttavia e diversamente, anche nella variante innovativa proposta dall'orientamento giurisprudenziale che individuava il danno da malformazione risarcibile, nell'impossibilità di una esistenza sana e dignitosa (condivisibilmente, collocata all'apice della gerarchia dei valori

⁸⁵ Per una sintesi di questa opzione di modello argomentativo, G. ROMANO, *Interessi del debitore*, cit., 27 ss.

che la Costituzione propone di attuare)⁸⁶, l'opzione argomentativa sovrapponeva due piani d'indagine, logicamente distinti benché complementari: il piano del diritto o situazione giuridica soggettiva (a rigore: lo strumento tecnico-formale) e il piano del bene della vita o dell'interesse tutelato, i quali delineano il fine della tutela.

Il primo (cioè, la situazione giuridica soggettiva), è il risultato dell'operazione ermeneutica sopra richiamata; il secondo (bene della vita o interesse) individua la *ratio* della tutela che costituisce il fondamento giuridico della nascita del primo.

Sembrerà banale, ma la sussistenza dei presupposti per l'operatività di una responsabilità contrattuale o aquiliana del medico è l'antecedente logico che l'operazione ermeneutica deve riscontrare, prima di poter reputare accolte le esigenze di protezione di beni, di interessi o la realizzazione di valori⁸⁷, che è destinata a dare contenuti al danno risarcibile.

Soltanto all'esito positivo di tale preliminare riscontro, dunque, l'analisi potrà procedere a determinare il danno eziologicamente correlato alla condotta assunta in violazione della regola contrattuale o extracontrattuale.

Nessun dubbio che anche l'errore diagnostico (nelle ipotesi di errata o mancata diagnosi di patologia) possa essere causa di danni risarcibili, sia ai fini della responsabilità aquiliana, sia ai fini della responsabilità contrattuale del medico, purché, ovviamente, ricorrano presupposti normativi del differente tipo di responsabilità: quell'errore può aver precluso o ritardato l'adozione di una terapia o di un protocollo medico, idonei a condurre alla guarigione o, addirittura, a salvare la vita del

⁸⁶ Il riferimento è a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., più ampiamente analizzata, *supra*, par. 5.

⁸⁷ Benché di natura esistenziale e, dunque, pur assolutamente irrinunciabili e meritevoli di incondizionata tutela, in astratto.

paziente o anche, soltanto, ad allungare le possibilità di sopravvivenza, ad alleviare il dolore, a rendere l'esistenza più dignitosa.

Dunque, là dove la corretta diagnosi avrebbe potuto consentire azioni idonee ad evitare un pregiudizio ovvero a conseguire un risultato positivo o, comunque, un giovamento per la salute della persona protetta dalla regola contrattuale o extracontrattuale, il pregiudizio evitabile e/o il risultato positivo conseguibile potranno costituire i contenuti del danno risarcibile.

Per le considerazioni che hanno indotto a reputare irrilevante il difetto di capacità giuridica⁸⁸, il quadro appena prospettato non muta, se le indicate voci di danno risarcibile fossero riferibili ad un nascituro; e ciò, anche qualora si fosse in presenza di patologia ereditaria o di malformazione genetica: un giovamento o un miglioramento delle condizioni psico-fisiche, non conseguiti – o non conseguibili – a causa di un errore diagnostico, costituiscono dati rilevanti ai fini della determinazione di un danno risarcibile, direttamente nei confronti del nato; quantomeno, nei limiti di configurabilità di una perdita di *chance*⁸⁹.

⁸⁸ *Supra*, par. 5.

⁸⁹ Il mancato sfruttamento di un'occasione, di un'opportunità di conseguire un vantaggio o un risultato favorevole è il significato più prossimo ai contenuti della *chance* perduta. In ambito di attività medica, la possibilità di guarigione o anche di miglioramento della qualità della vita o soltanto di allungamento della sopravvivenza (pur in presenza di patologia incurabile) hanno offerto temi di discussione, ai fini della quantificazione del danno risarcibile, in presenza di errore diagnostico o anche di diagnosi tardiva. La perdita di *chance* ha rappresentato argomento per conferire ristoro a queste possibilità ma anche a soccorrere il paziente, in ipotesi nelle quali non risulti, rigorosamente, provato il nesso di causalità giuridica fra evento e danno. In tali ipotesi di responsabilità medica, la giurisprudenza di legittimità ha indicato nella *chance* una «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato», che non costituisce «una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita di una possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale»: così, Cass., 4 marzo

Tuttavia, quando il presunto pregiudizio lamentato è la stessa venuta ad esistenza, sì da ipotizzare come “indesiderata” la nascita, ciò che osta all’accoglimento delle ragioni del nato è l’inconfigurabilità di un danno risarcibile, in quanto, direttamente, identificato nella patologia ereditaria o nella malformazione genetica, le quali non sono, in alcun modo, eziologicamente collegabili alla imperizia del medico⁹⁰; del resto, l’incidenza del fattore ereditario non consente di prospettare una loro evitabilità, da parte del medico accorto, sì da ipotizzare quel confronto tra

2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, 1403, ripresa, sempre in tema di responsabilità medica da omissione terapeutica, da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 35, ed anche da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Corr. giur.*, 2013, 729. Tale soluzione ermeneutica, in realtà, era già stata avanzata, da V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Cedam, Padova, 1994, 27, il quale evidenziava il ruolo compensativo della perdita di *chance* ai fini della quantificazione del danno risarcibile; analogamente, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, *Eur. dir. priv.*, 2008, 322 ss.; ID., *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *ivi*, 2010, 33, nonché M. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007, 143. Per una riflessione complessiva in tema di perdita di *chance* e sulle applicazioni giurisprudenziali, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Cedam, Padova, 2012, 45-119, 157-181 e 185-202. Nel riscontro concreto, non è difficile constatare che l’uso giurisprudenziale del danno da perdita della *chance* di guarigione, frequentemente, costituisce mero strumento argomentativo, per sollevare il paziente dalle conseguenze processuali del difetto di prova del nesso di causalità; e, quindi, ancor qui, è dato riscontrare un’ulteriore applicazione di un modello di precomprensione, al servizio della diretta tutela del bene/valore salute, senza la rigorosa mediazione delle categorie logiche del più rigido ragionamento sillogistico, come tradizionalmente accreditato dalla dommatica giuridica. Tuttavia, nel nostro caso, là dove, in ipotesi futuristica, fosse consentito giungere, attraverso manipolazione genetica o altra avveniristica procedura di ingegneria genetica, alla eliminazione della malformazione o anche alla sua preventiva evitabilità, l’eventuale errore diagnostico ben potrà rilevare ai fini della responsabilità medica, per danni al nato malformato.

⁹⁰ *Supra*, par. 4.

esistenza con e senza la patologia o le malformazioni, quale unico dato utile, ai fini della determinazione di un danno risarcibile.

Diversamente, il medico è da reputare, certamente, responsabile nei diretti confronti del nato, là dove abbia provocato o non evitato⁹¹ la patologia o la malformazione o, ancora, abbia provocato o non evitato un danno all'embrione o al feto; e in questo caso, sarà l'evento dannoso (patologia, malformazione, danno all'embrione o al feto) a disegnare i confini del danno risarcibile.

Ed è evidente che, a questi differenti fini, condivisibilmente, può operare la soluzione che identifica il danno non con la malformazione in sé considerata, bensì con lo stato funzionale di infermità, in ragione delle conseguenze negative, degli ostacoli e degli impedimenti che l'infermità è destinata a produrre su quella piena realizzazione della personalità umana che la Costituzione colloca all'apice della gerarchia dei valori giuridici⁹².

Questa richiamata impostazione, quanto al danno risarcibile, è comune a tutte le ipotesi di lesione di danno alla persona e consegue al confronto tra le differenti qualità dell'esistenza: con e senza lo specifico pregiudizio arrecato (nel caso ipotizzato: malformazione, patologia, danno all'embrione o al feto).

Nel caso di c.d. danno da vita indesiderata, quel che difetta non è né il danno, né l'interesse, costituzionalmente rilevante: è il riscontro dei presupposti – quanto all'individuazione del soggetto giuridicamente responsabile – per l'inconfigurabilità della situazione giuridica soggettiva, protetta dall'ordinamento.

L'esigenza di costruire un diritto a non nascere (o a nascere sano), pur in presenza di non trascurabili rischi di incongruenza argomentativa,

⁹¹ Là dove sia a ciò obbligato, secondo le regole di diligenza medica o, comunque, si tratti di evitabilità, sempre secondo lo stesso canone di valutazione della condotta debitoria, appena richiamato. In altri termini, là dove la regola contrattuale o extracontrattuale lo imponesse al servizio dell'interesse del nato ad una vita sana e dignitosa.

⁹² Come riferito, è la soluzione prospettata da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

per i sostenitori della tesi positiva, ha prefigurato una necessità dommatica, per sopperire alla delineata carenza.

Come già riferito, le confutazioni addotte dalla pronuncia delle Sezioni Unite ripercorrono l'analogo itinerario, già seguito in pronunce anteriori di oltre un decennio, salvo ad aggiungere, *ad abundantiam*, qualche ulteriore profilo di analisi e qualche argomento di persuasione.

Tuttavia, l'enfasi retorica, utilizzata nel contestare la fondabilità di un diritto a non nascere, consente di desumere che si è trattato di un puro esercizio dommatico giacché, ai fini del *thema demonstrandum*, oltre che sovrabbondante, quella confutazione doveva apparire anche inutile e, certamente, non decisiva; al punto che le pur incisive osservazioni della Corte sembrano orientate da un fine ulteriore e differente, rispetto a quello proprio della opposizione critica: il richiamo al rispetto del principio di legalità e di certezza delle situazioni soggettive.

Se il nato malformato può agire contro il medico che – con azione imperita sull'embrione o sul feto – gli abbia provocato la malformazione, ciò non deriva dalla lesione di un suo presunto diritto a nascere sano (o a non nascere, se non sano). Non si comprende, allora, l'utilità e, soprattutto, la congruenza dell'inferenza inversa, sottesa al ragionamento proposto dalle Sezioni Unite, secondo il quale l'irrisarcibilità del danno lamentato dal nato malformato, per ragioni ereditarie, dovrebbe discendere dall'inconfigurabilità di un diritto a non nascere, se non sano.

In realtà, la conclusione si giustifica, semplicemente, perché nell'un caso – a differenza che nell'altro – è sorto un credito da rapporto contrattuale o extracontrattuale, una situazione giuridica soggettiva al servizio del perseguimento o della salvaguardia dell'interesse ad una esistenza sana e dignitosa; corollario, quest'ultimo, delle disposizioni costituzionali, dettate in tema di tutela della salute nonché delle forme di realizzazione e di estrinsecazione della persona umana: quindi, innanzitutto, dell'art. 32, ma anche degli artt. 2, 3, e 29-31 Cost.

Né deve apparire singolare che queste stesse disposizioni siano state richiamate a supporto della soluzione confutata dalle Sezioni Unite⁹³ giacché il problema non è il giudizio di valore che queste disposizioni consentono di confortare, al servizio della finalità di tutela da esse prefigurata, bensì il riscontro dei presupposti per la configurabilità di un credito da fattispecie contrattuale o extracontrattuale.

La necessità di costruire un diritto a nascere sano (o, meglio, a non nascere, se non sano) deriva dalla circostanza che, nelle ipotesi che ci occupano, la corretta diagnosi avrebbe, semplicemente, informato su un reale stato dei fatti, attestante la irrimediabile lesione dell'interesse ad un'esistenza sana e dignitosa; dunque, attestante l'impossibilità di tutela di quell'interesse.

Il danno, in concreto, risarcibile non è la lesione di questo interesse bensì dell'interesse all'autodeterminazione della gestante tutelato dal c.d. diritto all'aborto il quale, per converso, non è situazione soggettiva preordinata alla protezione dell'interesse del nascituro ad una esistenza sana e dignitosa: di quell'interesse, cioè, la cui tutela ha assiologicamente giustificato il *revirement* giurisprudenziale.

La questione giuridica, enunciata all'avvio di questa ricostruzione (violazione del diritto di autodeterminazione della madre, come causa mediata dello stato di infermità del figlio, in quanto evitabile se egli non fosse nato), dunque, è affetta da un vizio logico e sarebbe superficiale, forse, anche banalizzante liquidarla come una questione mal posta.

In realtà, quella questione è posta nei termini necessitati dal rispetto (apparente) della logica sillogistica, perché unici, nella loro strumentalità al servizio della risarcibilità del danno da nascita indesiderata.

E questo costituisce, un po', il rischio indotto dall'operatività, in fatto, della precomprensione, la quale pure è preordinata ad apportare un

⁹³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

significativo contributo nell'individuazione della razionalità che presiede alla valutazione giudiziale.

Nel richiamato modello di argomentazione, come riferito⁹⁴, la valutazione anticipata dei risultati ermeneutici assolve alla funzione di verificare la congruenza della regola, in concreto, applicabile alle particolarità della questione controversa, di guisa da assicurare la rispondenza della valutazione giudiziale alla razionalità del sistema normativo, di là dal mero rispetto di canoni letterali e/o formali. Tuttavia, se nella direzione auspicata, fornisce l'utile apporto ad una migliore comprensione del problema concreto risolto nella disposizione normativa, là dove miri unicamente a recuperare all'operazione ermeneutica la dicotomia tra «giustizia e ingiustizia», la ingiustificata sovraesposizione verso l'interesse reputato meritevole di protezione rischia di promuovere l'elaborazione di «concetti che stravolgono aprioristicamente la fattispecie»; di guisa che «il risultato che si vuole ottenere, sotto forma di decisione, o che si vuol presentare come 'bene' o 'giusto', viene immesso già nelle premesse che poi sono introdotte nella fattispecie. Quel che non va d'accordo con queste premesse non viene preso in considerazione»⁹⁵.

Con tutti i limiti del richiamo ad una categoria ormai logora, come la fattispecie, e con la consapevolezza che il ragionamento giuridico conserva un carattere deduttivo senza, per ciò solo, coincidere con una neutrale applicazione del sillogismo, a noi pare che la pronuncia n. 16754 del 2012, della Cassazione, per le ragioni enunciate, sia una testimonianza di questi eccessi e di questo pericoloso sviamento dell'argomentazione giuridica; in relazione ai quali, le Sezioni Unite si sono prodigate in una serie di richiami al rispetto del principio di legalità.

In realtà, questo principio, il quale vuole il giudice subordinato alla legge (art. 101 Cost.), non è violato da una corretta precomprensione

⁹⁴ V. *supra*, note 12 e 79.

⁹⁵ Il virgolettato è tratto da R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Frankfurt a.M., 1968, tr. it. di L.R. Amirante, Laterza, Roma-Bari, 1975, 11.

giudiziale, anzi, ne esce esaltato, nella misura in cui la precomprensione miri a valorizzare la razionalità finalistica del dettato normativo, in relazione alle particolarità del problema concreto; e ciò, come riferito, hanno potuto dimostrare le evoluzioni giurisprudenziali in tema di teoria del contatto sociale, come fonte di obbligazione, e in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

Allo stesso modo, le alterne vicende del danno da vita indesiderata e del c.d. diritto a non nascere, se non sano (come equivoca e giustapposta proiezione del diritto a nascere sano) costituiscono una testimonianza di un diritto civile, come sistema complesso, risultato di un'esperienza giuridica, nel significato offerto da Giuseppe Capograssi e da Riccardo Orestano. Anche al fine di lasciar conseguire il maggior grado di persuasività, corsi e ricorsi contribuiscono a consolidare l'innovazione delle regole giuridiche, realizzata in virtù della sola opzione ermeneutica (là dove, le fonti normative siano rimaste inalterate).

Sta in fatto, per converso, che l'intervento delle Sezioni Unite sembra, pericolosamente, preclusivo di ogni risarcibilità nei confronti diretti del nato, ogni qualvolta la malformazione non consenta interventi medici rimediali.

Questa chiusura rischia, dunque, se non di precludere, quantomeno di condizionare, pesantemente, l'analisi delle possibili conseguenze giuridiche dei risultati scientifici dello studio del fattore di rischio teratogenico, connesso alla somministrazione dei farmaci (durante la gravidanza ovvero in funzione di incentivazione della fertilità o di una gravidanza), giacché l'effetto teratogenico produce una malformazione degli organi; e, dunque, prefigura una situazione assai simile – benché, per le ragioni esposte, non identica – a quella trattata in queste pagine.

A noi pare che lo spostamento dell'analisi da un inconferente diritto a nascere sano (o a non nascere, se non sano) alla tutela dell'interesse ad una esistenza sana e dignitosa – diversamente che nel caso dell'errore diagnostico, quanto a malformazioni genetiche – possa costituire il giusto

viatico per impostare su più solide e persuasive basi assiologiche il problema del risarcimento del danno al nato malformato, per l'effetto teratogenico di un farmaco: un medico che non abbia fornito adeguate informazioni su questo effetto ben potrà esser chiamato a rispondere del danno da impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa, per una malformazione, eventualmente, provocata da quel farmaco.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

MIKE WILKINSON

**Authoritarian Liberalism and European
Integration**

Authoritarian Liberalism and European Integration**

Thank you very much professor La Torre for the invitation to come here. Thanks to you all, for coming and for this very generous introduction and a very appropriate one, because my own work is inspired by the critical theory tradition of which Neumann was a very important representative in the inter-war period – and had this connection with LSE which I thought very few people were aware of, but apparently these things travel. So, I am going to present a paper entitled, “Authoritarian Liberalism: The Conjuncture behind the Crisis,” and maybe I should say a few words of introduction first. I am not going to read the paper, I understand it was circulated, but I am not going to read it word by word. I am going to try and take some pieces from it and present it, in a way which I hope is coherent, but it spans a lot of historical ground. So, inevitably, there are some gaps in the argument. I should also say that it is a work in progress, this is the third or fourth paper I have written on authoritarian liberalism and I am currently working on a monograph, which will put the whole thing together – I hope.

So, my first awareness of this idea of authoritarian liberalism came in about 2012 at the height of the Euro crisis. And I was asked in 2012 to comment on the Euro crisis for the *German Law Journal*, and I thought about what was happening in the process of European integration at the time. And it struck me that there was an odd combination of things. One

* Professor of Law at London School of Economics and Political Sciences.

** This article was not subjected to peer review, because it reproduces the lecture held by Professor Wilkinson in the framework of Ph.D. Programme in Law at the University of Catanzaro, on April 18th 2018.

was the emergence of politically authoritarian forms of governing (diktats, decrees, bypassing parliament, bypassing legality) in order to respond to the crisis – which has an authoritarian quality to it, also informally through political coercion between the member states as well as within the member states, between the institutions as well as within the institutions. But this political authoritarianism, pushing democracy increasingly to one side was aimed at maintaining a liberal economic order – an order, a material order of interests, which we associate with liberalism and capitalism. And then I thought, well, lets see if this combination had been conceptualised before, and it turned out that in 1932, Hermann Heller, a compatriot of Franz Neumann, a German constitutional theorist and member of the German Social Democratic Party in the interwar period, had identified precisely the same combination of phenomena in the period before the Nazis came to power in 1933, a period when centrist cabinets tried at all cost to maintain the economic order of liberalism and capitalism, pursuing austerity, pursuing devaluation, pursuing policies in favour of the interest of capital. And Hermann Heller, as a social democrat, coined the term to describe what was going on as “authoritarian liberalism.” It was authoritarian because it intended to bypass the normal legitimate procedures of democracy, and it was liberal because in essence it was aimed at maintaining the separation of politics and economics we associate with classical liberalism. In theory. In practice, it interfered strongly, but where it interfered, it interfered in favour of the interests of capital. So, this idea didn’t come out of nowhere, and I began to explore a little bit more.

And now this thesis in my mind has evolved. It is a slightly different thesis from the one that I originally wrote in the *German Law Journal* in 2013. Having done more historical research and thinking about European integration across the decades, my sense is actually that authoritarian liberalism is in some way written *into* the project of European integration; and that what we are experiencing currently is a crisis *of* authoritarian liberalism – and that is leading to all sorts of backlashes. Everyone now talks

about populism; this is too easy, just to talk about populism, but it is of course is a symptom of the backlash against authoritarian liberalism and indeed it can turn into authoritarian illiberalism, as we might identify in Hungary, now in Poland, with right-wing populism across Europe. But we are still in this inconclusive phase, this long conjuncture. Everyone now is citing Gramsci, of course, “the old is dead, but the new cannot yet be born. In this conjuncture, a variety of morbid symptoms occurs, and monsters appear.” And this is exactly what is happening. I do not need to quote Gramsci to you; it is like in English we say, “You do not teach grandmother how to suck eggs.” You all know Gramsci better than me; I am sure. But what this has done, this crisis period has opened up a crack in the ruling order—in the establishment – in many countries. And this crack has let the light shine through. And this is particularly the case with Brexit, but I won’t say more about Brexit until the end, possibly – I do not really want to talk about Brexit, but we can talk about Brexit in the discussion if you are interested.

A final word of introduction. It is important... I am sorry, I should say, the reference to Gramsci is significant, of course, because now again everyone is talking about the interwar period and the return of the monsters of fascism, which we experienced in this time. So, I should say that this crisis is not really a crisis of neo-liberalism. There is a lot of work done recently on the crisis as a crisis of neo-liberalism; ‘authoritarian neo-liberalism’ is sometime referred to the literature. My diagnosis is that the crisis is not merely a threat to the neo-liberal order but is a threat to the liberal order. It is properly speaking a crisis of authoritarian liberalism and not merely authoritarian neo-liberalism. What that means is that the crisis is deep, it is profound. It is a profound challenge. But it is also ambiguous, because this liberalism, postwar liberalism, not neo-liberalism, the post-war liberalism, which goes back right to the founding period, to the 1950s, was itself profoundly ambiguous in terms of its relationship with democracy, which is why I would conclude by saying that there is the possibility of some optimism. We will get there.

In the paper itself, I start in the introduction by very quickly setting out the crisis of the EU, a decade of multiple crises including the Euro crisis, but then of course succeeded by the refugee, the migrant crisis, and accompanied by a number of systemic and anti-systemic challenges. Systemic challenges to the system being in the form of the challenges through the German Constitutional Court and other domestic Constitutional Courts to the ‘rescue programs’ of the ECB and the ESM; anti-systemic challenges in the growth of Euro-sceptic parties and right-wing populism. And Brexit is the expression of the anti-systemic moment; not yet repeated elsewhere, but I should say not *yet* repeated elsewhere. There is also, of course, the rise of Euro-sceptics parties in the core of Europe – even now we see Germany with the Alternative für Deutschland obtaining members of the *Bundestag* for the first time in the postwar period. There is of course Syriza, the Greek party which was elected in 2015 on an anti-austerity platform. We can think of many examples of attempts (in the case of Syriza a failed attempt) at changing the system. Now, the authoritarianism itself is a mixture, it takes a mixture of forms; some, it has been suggested, are or can be captured by the term de-democratization (so, the decreasing ability of domestic parliaments to determine the course of their economic policies), but also de-legalization, which is significant because of the centrality of law to the integration project in its foundational period. People now use the terms, “a grey area of law” in this hybrid of the ESM, “the liminal legality,” and so on and so forth. But it is more than just a formal twist; it is captured also by the ideological insistence – associated more strongly with German Ordoliberalism – that there is no alternative to neo-liberal structural reform, in the case of the conditionality attached to the loans, for example. That is the so-called TINA narrative, “There Is No Alternative.” This is deeply authoritarian, but it is authoritarian in a way that attempts to preserve the status quo, and inevitably leads to a certain backlash of what is described as populism.

So, the challenge is not merely conjunctural, it is profound, I will

argue. Now, I want to make this argument in a number of steps. Firstly, I am going to say something about authoritarian liberalism as a concept, and then I am going to say something about why I think constitutional theory has missed a trick here, missed what is going on, in particular because of the influence of Rawls and Habermas and political liberalism. Then I am going to say something more historical about how the discourse of constitutional theory focused on, in my mind, the wrong phenomenon, namely the so-called democratic suicide, instead of the crisis of capitalism; and I will tell a story in terms of the impact of European integration and post-war reconstitution on that reaction, and by saying something about the present crisis phase and what we might make of the future.

In the paper, I suggest that authoritarian liberalism captures two symptoms. One is a political authoritarian nature to the government, particularly the governments of the Euro zone, and something which is underemphasized, which is firstly that this is not so much a departure from the previous period of integration but rather a deepening – and that reflects some change in my own thought. The second is that it is aimed at maintaining an order of economic liberalism. So, if we think about the two phenomena that have been identified in the literature, as part of the Euro crisis response – de-democratisation and de-legalisation—they seem at first sight to be novel but in fact if we dig a little bit deeper, we can see that the phenomena precede or predate the Euro crisis. I point out that the arguments on the democratic deficit of the European Union are far older than simply this Euro crisis period. Some of the main academic work on the democratic deficit goes back to the period after the Treaty of Maastricht – and if you follow the work of critical theorists and Marxist scholars, it goes back even much further. So, in some ways this notion of a crisis of democracy is misleading, because the EU was never about democracy. Law is a different matter; it was about law, and law played a central role in the process of integration. So, the move towards this grey area of law (the conditionality agreement, the bypassing of social rights, and so on) is a

significant phenomenon. But again, we can overstate it, because European integration had already begun to move away from a classic view of legality towards soft law, OMC (Open Method of Coordination), governance, long before the crisis. We cannot put this down simply to a crisis response. What is new is this identification of an ideological enemy, this is the quote from the Donald Tusk's speech when, at the height of the Euro crisis when SYRIZA was negotiating with the Euro group on the terms of the new bailout, Donald Tusk rejects the idea that there could be any alternative to austerity, and says that this was the dangerous illusion of crazy leftists. (I am paraphrasing at that point, but this is pretty much what he says.) And he describes as anti-German anyone who will contest the way in which the crisis has been resolved. The notional enemy now is anyone who calls into question the common sense of neo-liberal economic dogma; it even includes (from a different article) a former judge of the German Constitutional Court, Udo di Fabio, describing as bad Europeans, in his own words, those who disregard the economic stability criteria. Now, this is new—this idea of identifying an ideological core to European integration to which anyone who objects, or contests, is described as outside the pale. This is something that is new; it is a worrying phenomenon, but one which I think we should be careful to take note of. That is authoritarian liberalism in a nutshell.

In the next part of the paper, section 3, I ask myself why this aspect of liberalism, its authoritarian political support, is not more generally taken note of in the theoretical literature, apart from marginalised schools of critical theorists and Marxist legal scholars. I think the reason is that liberalism in the post-war period becomes associated with *political liberalism*, particularly through the work of Rawls and Habermas; and in constitutional theory, the key question becomes about how democracy can stop itself from committing democratic suicide. This is the classic notion of militant democracy that appears, again in the inter-war period, in the work of Karl Loewenstein, and constitutional scholars become obsessed with this counter-majoritarian dilemma – how to protect minorities in view of their

civil and political rights, how to prevent the tyranny of the majority. What that completely neglects is the inter-relationship between democracy and capitalism, and in particular the dangers, or the threat, that capitalism poses to democracy, because of the inequalities that it generates, the impact of economic domination on the political system, and the way in which capitalism itself can erode the public sphere on which democracy depends. So, in a word or in a sentence, political liberalism neglects capitalism. This is where Wolfgang Streeck comes in, because he has recently rejuvenated this debate, bringing back into the mainstream literature the tension between democracy on the one hand and capitalism on the other. And so now my project, in some ways, is to attempt to reintegrate this work by Wolfgang Streeck, but it goes back of course to the work of inter-war theorists like Franz Neumann, and also Karl Polanyi, the Hungarian sociologist who explained the collapse of the inter-war system precisely on this dynamic of democracy and capitalism, market-making in the liberal understanding followed by a backlash or a second movement where society tries to protect itself; and, of course, one way in which that might occur is through a turn to the right, and he explains why that may happen. This current period would have been absolutely no surprise whatsoever to Karl Polanyi.

So, what happens then if we reintegrate into constitutional theory the dynamic between democracy and capitalism? I should say that in Streeck's vision, democracy and capitalism stand for, or represent, dynamics that are not simply reducible to electoral politics and markets. They are, or they represent, two material forces where democracy is associated with solidarity and cooperation and to some extent socialism; and capitalism is associated not simply with capitalists but with the dynamic of competition, of accumulation. So, these two ideas are representative of two different drives within human nature. That is the level at which Streeck is presenting these twin drives of human nature. They are twin drives, but they are also in contradiction with one another, and so there is a continual evolution of the

State, as the conflict between democracy and capitalism takes different forms. That means that to pursue the question of constitutional development, we have to turn back to critical theory, because the categories, the abstract categories that Rawls and Habermas tried to develop, will not tell us enough about the historical conditions, about the material conditions in which the conflict between democracy and capitalism takes place.

In the next, part 4, of the paper, I turn to a diachronic or historical overview of the inter-war period. In short, authoritarian liberalism is the response of the State or the ruling class to the threats that democracy poses to the material order. We have to remember that in the inter-war period we are dealing with the first period in which there was universal emancipation, where there was class consciousness, where class conflict would reach in an apex; of course, there was also the Bolshevik revolution in the Soviet Union, a fact which scared the life out of the liberal elites. Authoritarian liberalism then is in a sense this reaction, this response. It is captured very neatly in Carl Schmitt's speech to the German *Langnamverein* in 1932. Schmitt entitled this speech, "Strong State, Sound Economy," and this was precisely the formulation reformulated by the ordoliberalists that would become so significant in post-war reconstruction.

As I said at the start, it was Hermann Heller who first made this diagnosis of the authoritarian liberals, those centrists in government that were attempting by all means possible to maintain a material order of economic liberalism and capitalism. Heller himself was using it as a term of critique not only to the political governments of the day (the cabinets of Chancellor Brüning), but also against Schmitt himself, who was advising them. And, of course, late Weimar Germany had a very particular set of historical conditions, but if we look at the work of Karl Polanyi it becomes clear that this was a much broader phenomenon. It was not restricted to Weimar Germany; it was a much broader phenomenon, and Polanyi himself describes how across the globe there was an attempt by liberals to maintain the gold standard, which meant obstructing socialism at all costs. And the

reaction to that was that the more that the liberal establishment attempted to maintain order by refusing projects of social democracy, the more dramatic would be the ultimate double movement, the backlash if you like. Heller, in his own constitutional theory, put it slightly differently. He simply said that for democracy to survive, the material problem was that democracy could only survive if there was a certain homogeneity amongst the population. This, of course, was the term that was grasped by the German Constitutional Court in its Maastricht decision to reject the possibility of a European democracy. But if you look at Heller's work, it is clear that the meaning was not an ethnic one or even a cultural one; it was a socio-economic one. His claim was that, in the presence of extreme socio-economic inequality, democracy simply cannot survive. Now, what happens, instead of taking seriously this story that was told by Hermann Heller, by Karl Polanyi, by Franz Neumann, constitutional theory in the post-war period becomes fixated on something else, on this idea of the internal contradiction of democracy in its tendency to turn into a tyranny of the majority against minorities. So, in a sense, the lessons that the inter-war theorists had tried to tell were forgotten. They were forgotten for two reasons. They were forgotten in part because of what I just mentioned – and Jan-Werner Müller in his account explains this well – they were forgotten because militant democracy becomes constrained democracy, associated with the building of institutions like the European Convention on Human Rights, associated with domestic constitutional reforms, in terms of rights as foundational of the new post-war order, in terms of the European integration project itself. But they were also forgotten because capitalist inequality, as Piketty has recently described, was managed in the post-war period in a much more (from his perspective) fruitful way. And yet it was still elite-driven. It was not a democratization of the economy, but it was a period, which now looks exceptional in the history of capitalism over the centuries; in the post-war period between 1945 and 1975, inequality was at least contained; the difference between the rate of return on capital versus

the rate of growth of the economy was not excessive in the way that it was in other periods. It was an exceptional period, the *Trente Glorieuses* as the French call it, the Golden Age as the English and American economists call it or *die Wirtschaftswunder*. There was a process which was managing inequality in a way which was turned over in the neo-liberal period, beginning in the 1970s. But fundamentally, the project was not one of democratization.

I said that was largely forgotten, but there was a tradition which put the relationship between the political and the economic at the center stage, and that was German Ordoliberalism. And we need to say a little bit more about this. Everyone now is talking about Ordoliberalism, but it is worth remembering that for four or five decades hardly anybody talked about Ordoliberalism; despite the fact that the ordoliberals, whose founding meeting in 1933 coincided precisely with Carl Schmitt's "Strong State, Sound Economy", were very influential in the re-building of West Germany in the post-war period. But they were not a subject of theoretical discussion until recently. Nevertheless, it is clear – it was clear for some, in particular Michel Foucault, but even earlier Carl Joachim Friedrich, a German constitutional theorist who in 1955 already, describing this as the new liberalism, the neo-liberalism, captured very well what was going on with this change, this ideological change in the meaning of freedom. No longer was political freedom the essence of the human condition, but economic freedom. And maybe I would just quote from my own article here, the bottom of p. 15, 'as Friedrich understood and as Foucault would later explore in his lectures on neo-liberal governmentality in 1979, the decisive theoretical turn triggered by German Ordoliberalism had been to replace constituent power, or popular sovereignty, with individual economic freedom, a freedom to participate in the market as the legitimating device for the whole constitutional order.' It is not only a question of delegating power to technocratic agencies, such as the Bundesbank or now the ECB, to avoid temporary democratic impulses, but a basic elision or denial of

political freedom. This reversed the original meaning of the economic constitution, which for Franz Neumann had meant the opposite; he had meant democratic control over the economy. Instead, in the ordoliberal imagination, the constitution itself becomes sovereign, emblematically in post-war Germany with the idea of an inviolable 'eternity clause' in the *Grundgesetz*. And this same idea then gets transplanted into the European constitution and further at Maastricht in the economic constitution of the Eurozone. In other words, the shift that was taking place in the post-war period (without the awareness of the grand liberal theorists such as Rawls and Habermas) was radical. It was a radical change in terms of the de-politicization of the economy, but also a new foundation of individual liberal freedom being a market-based understanding of the human condition. EU integration is central to this, but it is as much a domestic change as a European Union one. It is deep; *it's deep, man*, as I'd say in South London.

At Maastricht, this transformation is taken a stage further; it is deepened with the de-politicization of money itself, and now on a transnational scale. This was something new. Ordoliberalism was a philosophy intended for one country. Now with Maastricht, Ordoliberalism becomes a philosophy for a transnational polity of very different, heterogeneous economic cultures and countries with vastly different needs. The Maastricht Treaty, as I say in the paper, attempted to supranationalize ordoliberal principles designed for domestic constitutional consumption. And the new currency, a currency without a State, was not only democratically unaccountable, it also lacked the social and political bonds of community to sustain it, offering a symbol of the new economic messianism of the era to follow. But, to reiterate, this in my new understanding is not a departure but a deepening of a project or process that had already begun with the Treaty of Rome.

Section 6 of the paper. We are at the Euro crisis. Now, of course, a lot is going on. But what the Euro crisis essentially does, in my view, is simply make more explicit processes that had already been underway for some

time. Angela Merkel's famous "market-conform democracy" is a key motif for understanding what is going on. No longer should we think about markets being at the service of democracy, but the other way around; democracy has to be in conformity with the market. As I suggested at the start, this heightened 'authoritarian liberalism' – an attempt to maintain at all costs the *status quo* – has given rise to a series of reactions, most notably in the case of the Greek crisis, the *Oxi* referendum of 2015. But again in context we have to look at this in the context of a decade, or two decades, since Maastricht, when there have been a number of referenda against the Treaties; think about the French and Dutch 'No' to the constitutional treaty in 2005, think about the Irish rejection of Nice, where a 'No' was effectively ignored and interpreted to mean 'Yes,' which then happened again in Greece. So, there has not as yet been a *rupture* from this system, from the system of authoritarian liberalism. There is a complicating factor; the complicating factor is the increasing sense – to some extent economic reality, to some extent ideology – of German hegemony or domination. I had a discussion last week; one commentator said, "It is hegemony" the other that "is is merely domination". But we get the point.

In other words, the terrain on which the conflict between capitalism and democracy is being played out is not straightforwardly on the national playing field. It is increasingly a transnational process, particularly for those members of the Euro zone, and of course it is an uneven terrain because transnational classes, the transnational capitalist class in particular, can organize much more easily than can the democratic movements at the European level. It is very hard to coordinate, to make some kind of coordinated response, despite the efforts of Varoufakis now; let us see where this might go.

It would be rather depressing if the conclusion to the conjuncture would be German hegemony, so I will not end with that. But I say a little bit in conclusion about where I see the process currently. So, two things in conclusion. One, the tendency in particular of the critical left – the left that

is critical of the European project – is either to attempt a pan-European response, which is very difficult, as I just said, to organize, or, I think, to misdiagnose quite how deep the problem is. Étienne Balibar, for example, a very influential French Marxist philosopher, describes the Maastricht moment, where EMU constitutionalizes this neo-liberal hegemony, as being the end of the civil war between the left and right across the short 20th century, to use Eric Hobsbawm’s terminology. My sense is that actually this battle, to some extent – to a significant extent – was already lost in the post-war reconstruction, which is why the problems now are so deep.

The second point, with which I would like to conclude, is to think about where this leaves us. And in the final paragraph I say the following: If the constitutional implications of neo-liberal political economy are underscored by the reconstitution of Europe right from the beginning of the post-war period, the current conjuncture has thrown this settlement into doubt, but not yet into oblivion. It has been strongly contested, but there has been no definitive rupture, with the possible exception of Brexit. If the capitulation of Greece suggests authoritarian liberalism may survive, developments elsewhere, as right-wing Eurosceptic parties surge in popularity, suggests that the authoritarian liberal suppression of the democratic voice may, once again, tend not only to the victory of capitalism, but also to the resurgence of reactionary forms of authoritarian illiberalism. Whether any reprisal of the inter-war breakdown of liberal democracy will more closely resemble tragedy or farce remains to be seen. However, it seems presently as if it is the right in Europe which is profiting from this crisis of liberal centrism. And this is barely contested by the center, if indeed we look at the contrasting reactions of the ruling order in Europe, including the EU elites, to an attempt at an anti-austerity movement in Greece, which was pretty ruthlessly punished, even in the words of Jürgen Habermas, compared to the reaction of the same elites to the rise of right-wing nationalism in Poland, in Hungary, and elsewhere, which are increasingly appeased by the EU, it seems as if the balance is tipped. The left, ironically

still tied to a system which does them no favours, is essentially dead, it is floundering. So, I will conclude by saying that the development of a serious Lexit position – in other words, a left-wing exit from the European Union – is an imperative to develop. But this would depend in its practical manifestation upon local political circumstances, and therefore would differ from country to country.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

MASSIMO DONINI

Garantismo penale oggi

ABSTRACT – The paper deals with the analysis of the criminal guarantees in current penal system through a preliminary historical reconstruction of the epistemologies guaranteed by politics and science. The limits to criminal law are what make it a legitimate law and it is not a state violence translated into *leges* and current criminal science defines itself, on an epistemic level, as a guarantor, since the law needs substantial legitimacy, which a majority will is not enough to insure. Nowadays, compared to the past, criminal guarantees must face a marked weakness of the legislative power and its extreme differentiation in multilevel sources. Therefore, it presents two specific profiles that are related to the recipients of the reduction of the criminal characteristics of a right that sanctions without restoring the rights and the constructive role assumed by the interpreter. An always guaranteed criminal law could coexist with a more liberal society, but with an authoritarian and intolerant tool by nature. Criminal law is certainly a policy, but it is not just politics. Criminal science is, however, only a small part of this policy.

KEYWORDS – Criminal guarantees, criminal law, liberal society, Constitution, public blame.

Garantismo penale oggi**

SOMMARIO: 1. *Epistemologie garantiste dichiarate del sistema penale* - 2. *Garantismo in the facts e dottrina dello Stato* - 3. *Il garantismo penale tra politica e scienza. Vincoli giuridico-costituzionali e programmi politico-costituzionali* - 4. *Culture garantiste del secondo Novecento italiano. Scienza e politica del diritto da Bricola a Baratta* - 5. *(segue). Il paradigma del garantismo penale di Luigi Ferrajoli* - 6. *Contro il normativismo integrale e il separatismo Sein/Sollen: l'unica base epistemologica del diritto oggi possibile* - 7. *Dalla Costituzione-legge alla Costituzione-fonte* - 8. *Lex e ius in un paradigma post-illuministico, tra vittimo-centrismo e giurisprudenza-fonte* - 9. *Il garantismo penale a tre soggetti, tra leges minusquam perfectae e limiti ermeneutici* - 10. *Prassi e garantismo: a) le colpe della dottrina penalistica; b) la passione estensivo-punitiva della magistratura; c) i doveri ermeneutici del giudice* - 11. *Perché il diritto penale è una politica, e la scienza penale solo una piccola parte di questa politica.*

1. Epistemologie garantiste dichiarate del sistema penale

Il garantismo è *un carattere della legalità e della giurisdizione penale* e riguarda la tutela di tutti i consociati – imputati, colpevoli, vittime, terzi – dall'incontro con le potenzialità liberticide del diritto e del processo penale anche qualora non sia puramente orientato a un saldo negativo (male + male) nella risposta al delitto, perché l'intrinseca lesività dell'arma penale

* Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

** Contributo non sottoposto a valutazione.

la rende necessariamente sottoposta a una serie di “limiti” universalmente previsti in tutte le legislazioni¹.

*Lo scritto, destinato agli *Studi in onore di Alessio Lanzi*, è il testo riveduto della relazione svolta a Scandicci, al Corso della SSM su “Filosofia del diritto e ruolo della giurisdizione al tempo della modernità”, 2-4 dicembre 2019.

¹ Cfr. *ex plurimis* F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo* (1864-63), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I⁵, Firenze, Casa ed. libreria Fratelli Cammelli, 1898, 169 ss.; H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968, tr. it. *I limiti della sanzione penale*, Milano, Giuffrè, 1978; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, (1973), 7 ss. e *passim*; ID., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitala*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, 107 ss., 117 ss., 133; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, (a cura di) M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, Padova, Cedam, 1984; J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 vol., New York-Oxford, Oxford University Press, 1984 ss.; A. BARATTA (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, Esi, 1986; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; W. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, 137 ss.; I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998; W. NAUCKE, *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, in *GA*, 1998, 263 ss.; K. LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 5 Bände, Baden-Baden, Nomos, 1998; ID., *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1991, 395 ss.; K. LÜDERSSEN/ C. NESTLER-TREMEL / E. WEIGEND (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt am Main, P. Lang, 1990; T. VORMBAUM, “Politisches” *Strafrecht*, in *ZStW* 107 (1995), 750 ss.; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Prinzipien*, Tübingen, Mohr, 1996; M. DONINI, *L’art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, 95 ss.; ID., *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1652 ss.; M. PAVARINI, *Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1998, spec. 149 ss.; ID., *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, Giuffrè, 2000, 563 ss.; M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta*



costituzionale. *Il significato dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss., poi in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003, 65 ss.; AA.VV., *Diritto penale minimo*, (a cura di) U. CURI e G. PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 86 ss., 183 ss.; M. PAVARINI, *Para una critica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta*, in *Anthropos*, 2004, n. 204, 67 ss.; M. PAVARINI, *Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta*, in *Anthropos*, 2004, n. 204, 67 ss.; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino, 2006, 223 ss.; G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006; nonché ID., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, 1021 ss.; U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, in *ZStW*, 119, 2007, 1 ss.; D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford Univ. Press, 2009; W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, BUP, 2011, 79 ss.; T. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, tr. it. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2015, 51 ss., ora anche in ID., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 145 ss.; G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.; L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale²*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 3 ss., 26 ss., 61 ss., 209 ss.; ID., *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129 ss.; K. TIEDEMANN/U. SIEBER/H. SATZGER/C. BURCHARD/D. BRODOWSKI (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, Nomos, 2016; M. DYSON, B. VOGEL (Edts.), *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2018; C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss.; T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 2018, 9 ss.; G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, Giappichelli, 2018.

La disciplina giuridica del diritto penale non si occupa solo dei limiti della pena (*Strafbegrenzungswissenschaft*)², perché deve fondarlo nella sua inevitabile valenza afflittiva, commentarlo, spiegarlo senza “farlo fesso”; tuttavia la delimitazione dei confini punitivi è un tratto epistemico della ricerca e dell’applicazione di un diritto penale *costituzionalmente orientato*.

Il garantismo è dunque un carattere in parte descrittivo e in parte prescrittivo rispetto alle leggi, perché questi due momenti corrispondono ai distinti livelli, ordinario e costituzionale, di legge e giurisdizione.

In sintesi alcuni tratti.

Leggi certe e determinate, non retroattive. Interpretazioni parimenti non retroattive se sfavorevoli e imprevedibili, ma doverosamente tassativizzanti. No analogia, esigenza di conoscibilità della legge, ma anche del diritto che spiega e interpreta la legge. Riserva di legge non relativa. Costituzionalizzazione della retroattività della *lex mitior*. Divieto di responsabilità per fatto altrui e requisito della personalità della responsabilità penale: solo fatto proprio e fatto quanto meno colposo. Diritto penale del fatto e non d’autore. No pene per fatti solo immorali. Principio di offensività. Principio di tipicità, principio di colpevolezza (no presunzioni di dolo e colpa, no inversioni dell’onere della prova, attenzione alle verifiche soggettive, no forme di responsabilità oggettiva occulta). Tendenza rieducativa-risocializzante della pena. Sua individualizzazione e proporzionalità, no pene fisse. No pene esemplari. Proporzione come limite e non come fondamento della pena. No bis in idem sostanziale. Prescrizione del reato come limite alla potestà punitiva e diritto soggettivo dell’imputato. *Extrema ratio* come base dell’*an*, del *quantum* e del *quo modo* della pena e del carcere. E via discorrendo.

² T. VORMBAUM, “*Politisches Strafrecht*”, cit., 734 ss., 744 ss., e gli scritti di Naucke ivi cit. Ma v. pure l’analogia posizione di E.R. ZAFFARONI, *La critica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica* (già in Libro-Homenaje Baristain, 1989, poi) in ID., *En torno del cuestión penal*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, Julio Cesar Faira, 2005, 97 ss.

E poi, tutti i principi del giusto processo: presunzione di innocenza, terzietà e imparzialità del giudice, sua naturalità, durata ragionevole del processo, diritto di difesa con parità delle armi, diritto alla prova, al contraddittorio, no misure cautelari sostitutive o anticipatorie rispetto alle pene, no sanzioni cripto-punitive ma processuali e retroattive sotto il mantello del *tempus regit actum*, divieto di *bis in idem* processuale, responsabilità provata oltre ogni ragionevole dubbio, etc.

Sono tutti *limiti* al diritto penale come arma, spada, male. Ma sono ciò che lo rendono *diritto legittimo* e non il *ius* di una violenza di Stato tradotta in *leges*. Di un diritto non legittimo in quanto tale sono pieni i trattati penalistici: sono le categorie e gli istituti che dall'età preilluministica formano i mattoni del nostro universo precostituzionale. Una "pre-scienza" rispetto al garantismo, che molti hanno confuso con la scienza descrittiva in sé: dogmatica, sistematica *old fashioned*.

La *stessa scienza penale odierna* si autodefinisce, sul piano epistemico, come *garantista*, perché il diritto penale, o meglio la legge penale, ha bisogno di legittimazione *sostanziale*, che una volontà maggioritaria non è sufficiente ad assicurare³.

Infatti, all'origine di tutto c'è *un'idea basilare*: l'intervento punitivo è *uno strumento giuridico* di difesa sociale *a forte finalità politica*, non di "giustizia definalizzata", o etico-stigmatizzante, oppure orientata alla mera soddisfazione morale delle vittime o della società⁴. Esso ha molteplici obiettivi concreti: realizzare la pace sociale e l'esclusione di sentimenti diffusi di ingiustizia per effetto di una doppia legittimazione, delle pene e del processo, che sono entrambi istituzioni violente e autoritarie; realizzare *ex ante* (prima del giudizio o della condanna: come norma-precetto e

³ Illustrazione in M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 95-136, anche in M. DONINI, L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale tra scienza e politica. In ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, Bologna, BUP, 2015, 75-124.

⁴ C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966, poi in) ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 1 ss., spec. 12 ss.

minaccia di sanzione, ma anche come misura cautelare) obiettivi impellenti di impedimento dei reati, di eliminazione dei pericoli in atto di condotte criminose, ed *ex post* (a fatto o a giudizio avvenuti) la riparazione di offese e danni da reato e di risocializzazione o al limite di neutralizzazione temporanea delle persone pericolose. La legittimazione del processo deve inoltre impedire che i consociati siano sottoposti per anni a giudizi penali prima di essere liberati da quel peso opprimente, assicurando a tutti, colpevoli e non, la certezza che il giudice sta *dalla parte del diritto*, non dell'accusa o della difesa, e che non è “in lotta *contro*” il colpevole. Sono dunque in gioco autore, vittima, consociati e Stato in questa partita. Essa può riguardarci tutti, tanto più a fronte di un diritto penale oggi differenziatissimo⁵ e “normalizzato”⁶ a disciplinare soglie di illiceità di attività di per sé del tutto consentite e regolate.

Si tratta poi di uno strumento a forte valenza politica per un'altra ragione fondamentale: perché sa che potrebbe e anzi dovrebbe venire meno se si trovassero altri strumenti adeguati sufficienti a sostituirlo; esso è *extrema ratio* esattamente perché la sua afflittività, il suo necessario aumento di male nel sistema è tollerabile per ragioni di necessità: ma ha nel suo statuto costituzionale (non nella sua tradizione storico-politica effettuale) la *disponibilità a poter scomparire*, trasformandosi in un distinto e meno invasivo strumento di controllo sociale e apparato sanzionatorio.

2. *Garantismo in the facts e dottrina dello Stato*

⁵ M. DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 235 ss.

⁶ Descrizione in M. DONINI, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *dis Crimen*, 30 maggio 2019, 1 ss..

Che il “quadro” descritto risponda davvero all’identità attuale e realizzata del sistema punitivo, è ovviamente discutibile e in parte falso, ma certo rappresenta un obiettivo riconosciuto, dichiarato.

Senonché, non è per nulla garantista il sistema penale che abbia i principi sopra enunciati.

È garantista il sistema che li osserva e li attua, in quanto traduce in prassi la tutela dei diritti del consociato verso lo Stato: lo Stato punitivo, infatti, oggi esteso a regolare le più vaste aree di contesti leciti di base per poi definirne i limiti di liceità con presidi penalistici, costituisce tanto un apparato di protezione dal crimine, in primo luogo per i reati in contesto illecito di base, quanto un rischio per la libertà collettiva, non solo di quella di chi delinque e che deve essere dimostrato colpevole prima di questo *label e public blame*.

La definizione del garantismo non può prescindere dal tipo di Stato in cui si inserisce la macchina punitiva: in uno Stato liberale dell’Ottocento, o in uno sociale-interventista del secondo Novecento, o a forte connotazione vittimo-centrica e di disciplina diretta del sociale e dell’etica pubblica, con marcati fenomeni di supplenza giudiziaria, come nei primi due decenni del XXI secolo, il garantismo verrà declinato in modo differente, sino a porsi in tensione con le forme politiche dello Stato, in varia misura sempre un po’ in tensione con i diritti di garanzia.

Poiché è lo Stato ad avere il potere punitivo, il garantismo che lo limita è una *dottrina dello Stato, non solo dei diritti*.

Prima di uno sguardo sulla realtà, secondo *un approccio più realista* (§ 9-10), vediamo alcuni sviluppi del garantismo penale nel secondo Novecento.

3. Il garantismo penale tra politica e scienza. Vincoli giuridico-costituzionali e programmi politico-costituzionali

Alcuni penalisti dubitano che il garantismo sia un tratto che identifica la scienza penale, ma semmai la politica del diritto, in quanto la valenza garantista degli istituti obbedisce a una opzione *valutativa* di per sé più politica che scientifica. La scienza, come tale, dovrebbe essere più “ricognitiva”⁷.

Questa obiezione poteva sollevarla Arturo Rocco, che aveva di fronte solo la legge ordinaria e, da giuspositivista, era tenuto a espungere punti di vista non positivi nella ricostruzione “dogmatica” del diritto vigente.

Oppure Kelsen, che voleva la scienza del diritto “pura” da contaminazioni politiche, sociologiche etc. e ammetteva che fosse politica l’interpretazione giudiziale, ma non la teoria “pura”.

Già il modello del diritto penale a orientamento costituzionale stile anni ’70 ha dovuto prendere atto che non poteva presentarsi in forma semplificata come paradigma a struttura logico-formale e pensare che il diritto penale vigente o sarebbe garantista, se osserva la Costituzione (v. il § 1 supra), oppure se non la osserva, non sarebbe neppure valido: così da immaginare di poter decidere tutto mediante sillogismi di invalidità o validità desunti dalle norme sovralegislative⁸. L’esito illusorio di questa conclusione semplificante e *tranchant* che si immagina una Costituzione-codice da cui “dedurre” tutta la *lex poenalis* “costituzionalmente conforme”⁹, discende dal carattere “ottimizzabile” e politico di tanti principi superiori, tali per cui la loro osservanza può conoscere diversi stadi di realizzazione: ciò che implica valutazioni insuperabili e irriducibili a sillogismi.

⁷ D. PULITANÒ, ‘Dommatica’ e giurisprudenza, in *Cass. Pen.*, 2015, 4282, nota 37.

⁸ Lo stesso Ferrajoli, che tende a presentare in tali termini il suo modello di garantismo a base costituzionale, sa bene quanta valutazione sia presente nell’ermeneutica della Carta fondamentale. V. *infra*, il § 5.

⁹ Sui rapporti tra Costituzione-codice e codice-Costituzione M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giustizia*, 2004, 487 ss.

Al punto di vista “descrittivista” va poi obiettato che la legittimazione del sistema è un aspetto tra i più valutativi, ma resta un problema *fondante la stessa disciplina* del diritto penale (e dunque anche la sua “scienza”), che ha bisogno di legittimazione prima ancora di essere descritto e conosciuto nella sua valida vigenza. Il profilo costituzionale, tanto essenziale al garantismo, quanto necessariamente valutativo, è ineliminabile dai postulati di quella piccola parte del diritto penale come scienza che dà giustificazione teorica alla *magna pars* del diritto penale come politica.

La stessa ricostruzione scientifica può essere puramente “descrittiva” solo se avviene da un *punto di vista esterno*, come quello del sociologo o del criminologo “empirico”. Ma la scienza giuridica (civile, penale, amministrativa etc.) adotta un necessario *punto di vista interno* al sistema giuridico, e come tale condivide il programma politico-costituzionale, o per es. politico-eurounitario ed euro-convenzionale, o internazionale delle fonti superiori alla legge, oltre al loro contenuto normativo giuridico-costituzionale. Profili politici e giuridici sono compresenti.

Il garantismo penale si suddivide dunque in un *programma di politica costituzionale*, in un *vincolo giuridico-costituzionale*, e in una dimensione di *legge ordinaria* che attua, o magari sottovaluta e in parte tradisce, queste normative superiori, perché è sempre possibile un *disorientamento costituzionale della politica* che attui programmi antitetici ai disegni di un modello costituente non tradotto in regole cogenti, dimostrative, e dunque suscettibile di essere declinato e disatteso da indirizzi di segno contrastante¹⁰, ma non sol per questo di essere dichiarato invalido.

¹⁰ Sul carattere dimostrativo, o anche solo di indirizzo politico, dei principi costituzionali in materia penale, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, cap. I.

4. *Culture garantiste del secondo Novecento italiano. Scienza e politica del diritto da Bricola a Baratta*

Il diritto in generale ha una dimensione istituzionale e decisoria, non quella solo legislativa di un testo¹¹. È *lex*, ma è anche *ius*, dentro a un complesso istituzionale¹².

L'approccio costituzionalistico, che ha introdotto nella dialettica del penalista il momento ermeneutico costituzionale e quello istituzionale del suo controllo di legittimità, non è stato da subito consapevole di questa mutazione genetica della *lex* in *ius* anche in questo ramo del diritto pubblico più giuslegalista. Occorreva superare il lascito dell'osservanza religiosa del *verbum legis* del tecnicismo più tradizionale, che già conosceva da sempre espressioni più brillanti e costruttive tra esegesi e dogmatica, pur restando "inutilmente critico" (senza vincoli superiori) rispetto al discorso interno alla legge ordinaria scritta nel campo più specifico dell'autoritarismo penalistico.

Si guadagnò la possibilità di promuovere l'inosservanza della legge ordinaria grazie a una nuova osservanza superiore: il testo costituzionale. *Nova lex*.

I giuspositivisti erano tranquillizzati: non cambiava il metodo, ma solo l'enunciato da cui dedurre i nuovi sillogismi. Di fatto il nuovo enunciato, la Carta fondamentale, introduceva valori e ideologie del tutto

¹¹ Da Santi Romano, o da Schmitt in poi, nessuno deve dubitarne. In termini, M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1998, 43.

¹² In forma di ricostruzione di "teoria generale" M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in corso di pubblicazione in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, 2/2019; v. pure i cenni sparsi in M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. Dir.*, Annali, VI, (2013), 371 ss., spec. 376 s. e nota 55, 379, nota 70, 381, 420 nota 293, sulla concezione "bidimensionale" della legalità, sia come rule of law o principio (*ius*) e sia come atto sovrano (*lex*).

confliggenti col passato legale, ma l'interprete restava un esegeta, e la sua esegesi produceva una nuova dogmatica fondata sull'esegesi.

*Era questo il metodo di Bricola*¹³: un tecnico assai raffinato della legge ordinaria, che essendo politicamente avverso al codice Rocco, si reinventa esegeta rivoluzionario della nuova Costituzione. La dogmatica restava per lui un linguaggio classico¹⁴, ma subordinato rispetto alla sostanza politica dei nuovi valori proteggibili e dei nuovi limiti al *ius puniendi*. Principi *vs.* dogmatica e anche al posto della vecchia dogmatica si ritrovano poi esemplarmente nel *Diritto penale* di Ferrando Mantovani, o in *Diritto e ragione* di Luigi Ferrajoli, prima che i prevalenti indirizzi accademici di ascendenza tedesca replicassero analisi divenute più in voga nel secondo Novecento mediante la fusione di categorie sistematiche *deutsche* orientamento ai principi del *mos italicus*.

Il garantismo era peraltro implicito in tutta l'innovazione dell'orientamento costituzionalistico, comunque esso venisse declinato nei testi anche didattici della scienza accademica¹⁵.

Ancora non si capiva la portata di questa *nova methodus*, ma sarebbe presto divenuto più chiaro quale esplosione dei limiti del ruolo di interprete e giudice fosse contenuta nella costituzionalizzazione: l'età delle Carte fondamentali è sorta dopo Hiroshima e Nagasaki, ma anche dopo l'Olocausto, per tutelare i cittadini dalla legge, e gli uomini da se stessi di fronte a vittimizzazioni planetarie, non per ripiombarli nelle sabbie mobili dei vecchi giuspositivismi del *ius quia iussum*. Da allora in poi il giudice

¹³ Si consenta il rinvio al nostro *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *DPC Riv. trim.*, 2012, 51 ss.

¹⁴ Al linguaggio della dogmatica hanno pagato il tributo tutti i professori penalisti, anche quelli che se ne sono poi allontanati. Illustrazione in M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127 ss.

¹⁵ Già per tempo G. FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1187 ss.

sarebbe stato sempre più libero “*erga Deos*”, cioè rispetto al vincolo sacrale della *littera legis* e della *voluntas Principis*, il dio mortale di Hobbes.

Nasceva una nuova “legalità”, che però aveva come *attori* anche i giudici¹⁶.

L’interpretazione conforme costituisce oggi l’espressione più evidente della libertà costruttiva dell’interprete. E non a caso ha cominciato, nell’attuale fase di neo-dirigismo dell’ermeneutica da parte delle Corti superiori (Sezioni Unite, C. cost., Corti UE) a essere oggetto di critiche, più che di vere prassi, limitative.

La svolta metodologica dell’approccio costituzionalistico per come declinato dalla voce “Teoria generale del reato” di Bricola¹⁷, ma anche dalle sue “Istituzioni di diritto penale”¹⁸, era riassumibile in poche direttive volte a superare gli eccessi di uno studio di categorie sistematiche e a cambiare il diritto vigente, sviluppando una teoria di principi sovraordinati alla legge. Bisognava smetterla con la ermeneutica del diritto ordinario precostituzionale come scienza, perché occorreva rifondarlo integralmente dalla Costituzione: e in questo il suo non era un mero garantismo dei limiti, perché additava nei valori o beni costituzionali gli unici oggetti di tutela legittimi¹⁹; l’opposizione al tecnicismo avalutativo era netta, dovendo

¹⁶ Come la giurisprudenza della Corte costituzionale abbia poi preso il posto della Costituzione era molto evidente per es. già nella panoramica di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss. È in quella cultura che è sorta una rivista come *Diritto penale contemporaneo*.

¹⁷ *Op. cit.* a nota 1 *supra*.

¹⁸ Oltre alle edizioni della seconda metà degli anni ’70, cfr. F. BRICOLA, *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA e F. SGUBBI, Bologna, Litografia Lorenzini, Anno Acc. 1981-82, 54 ss.

¹⁹ L’impostazione di Bricola non era dunque *meramente* “garantista”. Il garantismo penale traccia *limiti* al diritto penale. La tgr di Bricola voleva essere anche “fondante” nell’indicare al Parlamento l’obbligo di tutelare penalmente solo beni o valori di rilevanza costituzionale almeno implicita. La Costituzione diventava anche *fondamento* del diritto penale e tale è rimasta nella lettura “forte” dell’approccio, che non è peraltro maggioritaria. Cfr. M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit.; ID., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e*

l'interprete rivalutare costantemente i prodotti delle leggi parlamentari. Se ancora negli anni '40 Calamandrei continuava a proporre la sua "fede nel diritto" come fede nella legalità²⁰, e anche in seguito rispetto alla Costituzione rimasta sulla carta delle disposizioni "programmatiche" il suo imperativo sarà quello delle "leggi per attuarla"²¹, ora la legalità si era ormai sdoppiata in legge e diritto costituzionale (una forma, tra le varie, della dialettica millenaria tra *lex* e *ius*) e la fede nella legge *sine glossa* non era più un valore indiscusso, certo non un valore "unitario".

A questa premessa del giurista si unì come noto quella del filosofo-criminologo Alessandro Baratta nell'esperienza contemporanea della rivista *La Questione criminale*. La sua stagione breve ma travolgente dal 1975 al 1981, di impronta dichiaratamente marxista, può a sua volta compendiarsi in pochi principi direttivi²²: superare l'ideologia di un sapere scientificamente e criminologicamente neutrale, al fine di mutare le basi sociali della disuguaglianza, e dunque trasformare i rapporti di forza politica che sono alla base del diritto vigente; presa d'atto di un diritto penale di classe, protetto dalla criminologia e dal diritto penale liberale; direttiva per il giurista a riconoscersi scienziato solo se è scienziato sociale, essendo altrimenti un mero "tecnico"; primazia del sapere delle scienze sociali, l'unico capace di dare al giurista legittimazione epistemologica a costruire le sue tecniche normative.

programma, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 421 ss.). Che in questo fondamento fossero almeno futuribili i rischi degli obblighi di tutela penale lo ha dimostrato anni più tardi l'uropeismo giudiziario, "*nova Constitutio*".

²⁰ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), (a cura di) S. CALAMANDREI, Roma-Bari, Laterza, 2008; ID., *Non c'è libertà senza legalità* (1943), ora sempre (a cura di) S. CALAMANDREI, Roma-Bari, Laterza, 2013.

²¹ P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), Milano, Giuffrè, 1999, 25 ss., 55 ss.

²² Una sintesi in A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982.

Quel progetto si dissolse in pochi anni. Il preteso dominio delle scienze empiriche su quelle giuridiche apparve intollerabile e segnò *la rottura tra Bricola e Baratta*²³: sia perché non appariva corretta la definizione come classista di tutto il diritto penale, e sia perché la scienza penale ha una premessa epistemica prescrittiva, e non è vero che il diritto penale diventi mera tecnica se non accetta di sottomettersi al dominio della criminologia “critica”, essendo invece portatore di valori, principi e regole autonomi, di una sua “dommatica”²⁴, anche se la gestione di questi principi conosce un *dialogo epistemologico con altri saperi extragiuridici, che non sono più subordinati, ma neppure possono diventare tiranni*²⁵.

Le divergenze che condussero alla rottura tra Baratta (la scienza è punto di vista esterno, l’orientamento costituzionale è soprattutto politica del diritto,) e *Bricola* (impegno costituzionale come *progetto tecnico-scientifico*, non solo politico) portarono il criminologo a nuove elaborazioni di un progetto di diritto penale minimo a sicura valenza politica²⁶, come progetto di alternativa alla “cultura del penale” non necessariamente abolizionista, ma riduzionista. La successiva *traduzione filosofica* dell’innovazione teorico-costituzionale del metodo giuridico, per come

²³ Cfr. A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.*, 1975, spec. 55 s., poi in ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., spec. 156 ss.; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 5 ss.

²⁴ F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., 3 ss.

²⁵ V., sul punto, W. HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser*, München, Beck, 2005, 115 ss.; M. DONINI, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, cap. III. Per una diversa lettura, che tenta di mettere insieme la scienza penale integrata di Baratta con il programma berlinese di Roxin del 1970, F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, Napoli, Esi, 2012, 119 ss.

²⁶ Rinvio alla accurata analisi di A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per una alternativa alla “cultura del penale”*, in *Arch. Pen.*, 3/2018, 1 ss.

articolata nell'opera di Luigi Ferrajoli²⁷ si innesta su quel progetto iniziale comune di un diritto penale minimo²⁸.

Anche qui assistiamo a una (non dichiarata, ma evidente) *marcata politicizzazione del modello costituzionale*.

5. (segue). Il paradigma del garantismo di Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli ha rifondato il garantismo nel dibattito giusfilosofico²⁹ come una filosofia politica dello Stato costituzionale di diritto e come una teoria generale del diritto, sviluppata oltre l'opera di maggior successo penalistico: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), poi in altri numerosi interventi fino alla *summa* *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007) e nella più recente

²⁷ Ex plurimis L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza, 2007; ID., *Il paradigma garantista*, cit.

²⁸ In particolare nel volume che si riannoda alla stagione de "La Questione criminale": A. BARATTA (a cura di) *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, Esi, 1986, in particolare i contributi di A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, ivi, 443 ss.; e di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, 493 ss..

²⁹ Ex plurimis, AA.VV., *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, (a cura di) L. GIANFORMAGGIO, Torino, Giappichelli, 1993; M. CARBONELL, P. SALAZAR (cur.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2005; S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2011; L. BACCELLI (a cura di), *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2012; AA.VV., *Un debate sobre el Constitucionalismo*, N. monográfico Revista *Doxa*, 34/2012. V. pure A. RENTERÍA DÍAZ, *Garantismo y neoconstitucionalismo*, in *Derechos y Libertades*, 2011, 145 ss.; T. MAZZARESE (a cura di) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

raccolta di saggi su *Il paradigma garantista* (2016²). *Diritto e ragione* resta una lettura fondamentale per ogni penalista, sia nella parte storica che in quella teorica espressiva di un neoilluminismo costituzionale ancorato a un giuspositivismo critico: cioè, in realtà, un giusrazionalismo argomentato attraverso principi e regole. Con riferimento al garantismo penale, peraltro, la *pars construens* del suo discorso presenta una linea di discontinuità “teorica” apparente con quella di Bricola e dei penalisti “tecnici” là dove assume il garantismo come una teoria dei diritti fondamentali, come tale semmai filosofica e non politica, né scientifica e tantomeno dogmatica.

La costruzione di Ferrajoli si impernia sulla distinzione tra la *vigenza* di una legge (se conforme al sistema delle fonti legittime di produzione) e la sua *validità* (se conforme alla superiore legge costituzionale)³⁰.

Poiché la legge incostituzionale resta invalida anche se non ancora dichiarata tale dal giudice delle leggi, va da sé che i parametri del giudizio di (in)validità fuoriescono da vincoli formali di competenza definitoria. La spinta ricostruttiva del sistema diventa così fortissima presso qualunque interprete e dunque il giudice in generale, e non può celare l’evidente politicità del garantismo *penale*³¹ se si osservano non solo la sua fondazione

³⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 912 ss.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 525 ss.

³¹ Che la stessa distinzione tra validità e vigenza conduca Luigi Ferrajoli al neocostituzionalismo (*rectius*: alla rottura di una legalità garantista in nome di una legalità principialista che meglio assicuri la critica della legge attraverso l’impiego diretto di principi costituzionali, usati non come regole, ma fonti normative più aperte), pur sostenuto da vari studiosi (per es. M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2011, 233 ss.; analisi critica in L. PRIETO SANCHÍS, *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in *Doxa*, 31, 2008, 325 ss.), è nettamente contestato dall’A. (L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2771 ss., spec. 2794 ss.). Tuttavia ciò che conta è l’applicazione di una teoria, e se sia impossibile applicarla secondo i suoi postulati. In effetti il desiderio di trattare i principi *come le regole*, così “salvando” i paradigmi di una lettura sillogistico-chiusa da fattispecie normative, viene smontato pezzo a pezzo dall’impiego dei principi in materia penale, dove da sempre (e non solo nella

teorica, ma anche i *contenuti* di cui è riempito, e che radicalizzano alcune indicazioni provenienti dal programma bricoliano del 1973, ma che di fatto si era già attenuato e ridimensionato nel 1984³², sì che già nel 1989 esso appariva un po' "superato" allo studioso tecnico e anche all'accademia italiana che era in cerca di percorsi più moderni di sviluppo³³.

Infatti Ferrajoli declina concretamente il garantismo attraverso il progetto politico del *diritto penale minimo*³⁴, il cui programma, se attuato,

versione di Ferrajoli!) entrano nelle regole costituzionali contenuti semplicemente ineducibili da quegli enunciati: sono stati quasi tutti "messi dentro" *ex post*. I filosofi del diritto, peraltro, non intendono quasi mai veramente testare un pensiero sulle norme a cui le teorie si riferiscono: come se fossero teorie di livello superiore o "separate". Invece, dato che una qualunque filosofia del diritto o teoria generale deve essere utile o utilizzabile per il privatista o per il penalista o per il pubblicista (o per tutti e tre), quando sia costruita specificamente su una materia disciplinare, come il garantismo *penale* di Ferrajoli, essa deve essere collaudata sulle norme (o la normativa) di quella disciplina. E nel caso di specie emerge quanto detto nel testo.

³² F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitala*, cit., 107 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 3 ss..

³³ V. del resto, quanto al dibattito italiano, le riflessioni di Fiandaca e Padovani sul libro di Ferrajoli in G. FIANDACA, *Quando proibire e perché punire? Ragioni di "concordia discors" con Luigi Ferrajoli*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, (a cura di) L. GIANFORMAGGIO, Torino, Giappichelli, 1993, 263 ss., 267; T. PADOVANI, *Un percorso penalistico*, *ibidem*, 307 ss., 318 ss.

³⁴ Cfr. A. BARATTA (a cura di), *Il diritto penale minimo*, cit., e in particolare i contributi di A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, *ivi*, 443 ss.; e di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, *ivi*, 493 ss.; da ultimo ID., *Il paradigma garantista*, cit., *passim*. In vari altri scritti Ferrajoli identifica sempre garantismo *penale* e diritto penale minimo. In contesto monografico ciò è descritto esemplarmente in *Diritto e ragione*, cit. Vero che il garantismo non è solo penale, nella sua lettura. Ma è vero anche che nella sua dimensione *penalistica* questa teoria politica, o filosofia politica, o teoria del diritto, si concretizza nella versione più compiuta in un programma tutto *de lege ferenda*. In particolare i *contenuti* di questo programma legislativo non sono più "norme" o elaborazioni basate su norme, perché *quei*

sarebbe travolgente per il Parlamento anche del 2020 e impensabile nel 1948: *l'abolizione della legislazione penale complementare con una riserva di codice vincolante* (la maggior parte delle incriminazioni è ancora oggi lì, *extra codicem*³⁵), *l'eliminazione o trasformazione dei reati di pericolo astratto* (la maggior parte dei reati è di pericolo, e di pericolo astratto), *l'abolizione delle contravvenzioni* (non le contravvenzioni, ma i reati a struttura contravvenzionale sono ancora oggi un modello internazionale assai diffuso di illeciti penali minori) *e delle pene pecuniarie, e la reintroduzione del principio ignorantia legis neminem excusat* (l'autoassoluzione dello Stato autoritario rispetto al cittadino presunto colpevole senza possibilità di prova contraria)³⁶. Il progetto è autoreferenziale e sconta un *mancato confronto* dialettico vero con, e anche *la distanza* del modello dalla realtà istituzionale e tecnica del diritto penale vigente a livello internazionale³⁷. Qui sta il suo radicalismo, ma anche il suo limite storico, che nel 1989 non intercetta un vero *trend* in atto, ma censure penalistiche di quasi vent'anni prima, e non si misura con la comparazione penale o con la teoria del reato più recente, e soprattutto non fa i conti con l'ermeneutica penale e con una teoria dell'interpretazione *odierna* dalla quale dipende tutta la possibile gestione, ma la stessa identità storica del paradigma costituzionale.

È quindi *un vero progetto politico ideale nella sua essenza*. In parte esso ha *basi normative* sì, ma solo nella misura limitata delle norme che possono vincolare organi dello Stato alla loro applicazione nel sistema:

contenuti non sono scritti in nessuna 'norma'. Come si possa fondare una scienza *giuridica* del diritto *vigente*, anche costituzionale, su tale modello, pare difficile spiegare.

³⁵ Cfr. M. PAVARINI, D. BERTACCINI, *L'altro diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

³⁶ Questo progetto originario è solo lievemente attenuato in alcune formulazioni in L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 377 ss.

³⁷ V. peraltro L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, 125 ss., e a nota 5 un elenco di vari interventi dell'A. sul tema.

quello che qui definiamo *garantismo giuridico-costituzionale*, di competenza *giurisdizionale*, con vincoli di costituzionalità stringenti per la Consulta; mentre in larga parte il futuro di quei principi è destinato al solo Parlamento ed è un *garantismo politico-costituzionale (extrema ratio*, attuazione legislativa non autoritaria-coatta dell'offensività), di competenza prevalentemente *parlamentare*, e non lascia che spazi ridotti di applicazione diretta alla Corte costituzionale o al magistrato-interprete.

Del resto, lo stesso Ferrajoli da tempo precisa: «se è vero che il garantismo è un modello teorico e normativo del diritto, ossia un insieme di tecniche normative volte ad assicurare effettività a diritti e principi fondamentali, *la sua effettività non può dipendere a sua volta da norme di diritto positivo*. Sarebbe illusorio, in altre parole, pensare che le garanzie di effettività delle garanzie giuridiche siano a loro volta garanzie giuridiche. Queste garanzie sono bensì garanzie politiche e sociali»³⁸.

Ma non si tratta della sola effettività: è proprio l'elaborazione teorica del diritto "valido"- costituzionalmente conforme, che dipende dalle evoluzioni storiche.

Se è vero che il mondo si appoggia su una tartaruga, la tartaruga dunque su che cosa si appoggia? Può il contenuto di "validità" delle norme desunte dalla Costituzione dipendere in realtà dai partiti politici?

Eppure questo garantismo, che in diritto penale coinciderebbe col diritto penale minimo, si basa in definitiva sulle forze politiche e sociali che possono sostenerne il programma. Considerazione realistica in termini di filosofia politica, e di politica del diritto, ma è chiaro che *non è questo il*

³⁸ L. FERRAJOLI, *Garantismo e diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1998, 121. D'altro canto il garantismo non è certo solo penale nel modello teorico di Ferrajoli. Nel paradigma garantista in senso lato, infatti, esso diventa sinonimo di una teoria dei diritti fondamentali, di una particolare teoria del diritto, ma anche di una filosofia politica o sinonimo di Stato costituzionale di diritto e dunque di giurisdizionalizzazione di tutti i diritti: L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 3 ss., 61 ss. Molte cose insieme, forse troppe per conservare al termine una identità precisa.

*garantismo quale contrassegno epistemologico della scienza penale, nel significato di cui discutiamo nel testo*³⁹. E che è in primo luogo costruito sul garantismo *giuridico-costituzionale*.

Del diritto penale e della “scienza penale come garantismo” fa dunque parte il progetto *giuridico-costituzionale*, ma in misura assai meno stringente – meno coercitivo sul piano giuridico – quello *politico-costituzionale* ancorato a qualche principio sovralegislativo, in definitiva (giustamente) più libero da esso nel suo svolgimento e programma.

Nello stesso tempo Ferrajoli *distingue teoria del diritto e dogmatica*: la *teoria del diritto* sarebbe descrittiva, formale e tendenzialmente avalutativa⁴⁰, mentre invece “*le tesi giuridiche della dogmatica non sono [sarebbero] confutabili fattualmente*”⁴¹.

Asserti che avrebbe potuto scrivere Bobbio negli anni '50, quando spiegava che la scienza giuridica era praticamente solo analisi del linguaggio, sì che non correva il rischio di sporcarsi con la realtà, a

³⁹ Ferrajoli non si richiama alla scienza giuridica in modo puntuale. Ci sono soprattutto filosofia (politica, del diritto, della giustizia etc.), o teoria generale, o dogmatica, interpretazione, o “scienze” empiriche come la sociologia. Tuttavia, la “scienza giuridica” entro la quale si articola il suo discorso, in “*Principia iuris*”, è quella del “*modello integrato*” di scienza, che si richiama alla dogmatica quale disciplina normativa, ma di carattere più nazionale, alla sociologia del diritto quale scienza empirica e alla teoria del diritto quale disciplina astratta capace di mettere in dialogo le altre: *Principia iuris*, vol. I, cit., 8, 39 ss., 43 ss.

⁴⁰ Sul carattere astratto, formale e tendenzialmente avalutativo della teoria del diritto, ben distinta sia dalla dogmatica, sia dalla sociologia del diritto, sia dalla filosofia della giustizia (parrebbero quasi distinzioni da tecnico giuridico... se l'A. non usasse il termine tecnicismo in senso solo, e penso troppo, negativo) v. ora la ponderosa ricerca di L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., 9 ss., 21 ss., 33 ss., 39 ss.

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., 11 (corsivo aggiunto).

differenza di chi faceva di mestiere interpretazione e politica del diritto, ma di “scientifico” non aveva più nulla⁴².

Peraltro non è mai facile fotografare un pensiero *in action*, e anche nell’opera di Ferrajoli si possono trovare affermazioni contrastanti, rivelatrici di un dissidio filosofico mai veramente superato. Egli non accoglie certo una concezione “avalutativa” dell’interpretazione — che non è “teoria del diritto”, infatti — e ammette che la dogmatica⁴³ dipende geneticamente da un determinato ordinamento, a differenza della teoria del diritto che ne astrae; riconosce che queste divisioni concettuali di discipline, sono peraltro ampiamente superate nei fatti della vita concreta del diritto: dove dogmatica, sociologia e filosofia della giustizia si mescolano anche nel lavoro quotidiano dell’interprete⁴⁴.

E tuttavia Ferrajoli, dopo aver scritto pagine *univoche* di critica alla “illusione” kelseniana e bobbiana di una teoria pura o formale del diritto “avalutativa” o “descrittiva”⁴⁵, e aver ripetutamente criticato anche in *Principia iuris* la tradizione (sempre da Kelsen a Bobbio) e la tesi “prevalente” che assegna alla teoria del diritto un carattere avalutativo rigoroso⁴⁶, non denuncia di certo la “grande divisione” tra proposizioni descrittive e prescrittive (il primo comandamento del filosofo analitico), e precisa che la teoria del diritto, pur tendenzialmente avalutativa, conserverebbe una dimensione “prescrittiva”, legata al carattere stipulativo delle sue definizioni⁴⁷. Approfondendo queste precisazioni correttive,

⁴² N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, 168 ss., 215 ss.; ID., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), poi in *Diritto e analisi del linguaggio*, (a cura di) U. SCARPELLI, Milano, Ed. di Comunità, 1976, 287 ss..

⁴³ Di cui l’A. segue una nozione restrittiva: *Principia iuris*, vol. I, cit., 69, nota 9.

⁴⁴ *Ivi*, 21 ss., 70 nota 10.

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 102 ss.

⁴⁶ ID., *Principia iuris*, vol. I, cit., 21 s. Parimenti, più di recente, ID., *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, 200 ss.

⁴⁷ *Principia iuris*, vol. I, cit., 21 ss.

qualche anno più tardi si lascia andare a una *ben diversa accezione* di una teoria del diritto “rigorosamente avalutativa” affermando chiaramente: “La teoria del diritto, come io la concepisco, non comporta alcuna valutazione”⁴⁸. Semplicemente, non sarebbe descrittiva perché “il suo linguaggio, essendo un linguaggio artificiale, è prodotto da una serie di assunzioni – in *Principia iuris* sono i 16 postulati e le 274 definizioni, da cui derivano circa 1.700 teoremi – che sono prescrittive come tutte le assunzioni teoriche”⁴⁹.

Prescrittiva ma non valutativa *come* la dogmatica, potremmo dire. E pur sempre a suo modo “valutativa” perché *non descrittiva*.

Come uno studioso di teoria e pratica del diritto penale possa comunque riconoscersi in questa “diversa separatezza” (a)valutativa/prescrittiva al medesimo tempo, non è facile comprendere. A coloro che sono abituati a visioni più realistiche o anche a certe filosofie della prassi, è sempre stato chiaro che la pretesa scientificità della dogmatica potrebbe essere confutata o collaudata proprio sulla base della sociologia e della criminologia⁵⁰, cioè dei fatti (ma Ferrajoli lo nega); gli studiosi delle singole materie, del resto, usano spesso come sinonimi dogmatica e teoria generale (del reato, del negozio giuridico, del provvedimento amministrativo etc.) (ma Ferrajoli lo esclude); viceversa, le posizioni ricordate che perpetuano della scienza giuridica una funzione soprattutto ricostruttiva, oppure “astratta” da confronti col reale, la mantengono prigioniera in una sorta di normativismo integrale,

⁴⁸ Così L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, 58.

⁴⁹ *Op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ V. per es. le citate posizioni, nel dibattito italiano, di Baratta e Pavarini. Ne ho discusso in *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, in *Studi sulla questione criminale*, 1-2/2017, 39-60; anche in *Il diritto penale messo in discussione. L'opera di Massimo Pavarini tra teoria ricerca empirica e impegno sociale*, (a cura di) L. STORTONI, D. BERTACCINI, Bologna, BUP, 2018, 163 ss..

impermeabile ai fatti. Mentre le teorie del diritto “*more geometrico demonstratae*” se non coinvolgono chi il diritto lo opera, non interessano davvero nessuno, quelle di impianto veramente separatista certo non possono dire nulla a chi vive la vita del diritto. Tra questi dilemmi alienanti si è sviluppata la storia della filosofia del diritto in Italia lungo gran parte del Novecento in alcune sue correnti di grande influenza culturale *generale*, ma non *dentro* alle diverse discipline.

Il punto di osservazione della filosofia della prassi, di matrice marxiana e poi francofortese, adottato per il penale nelle versioni critiche di Baratta, di Massimo Pavarini e altri criminologi, ma anche quello dell’ermeneutica giuridica contemporanea, per non parlare dei giusrealisti o dei giusnaturalisti di matrice cattolica, o dei classici studiosi separati in casa: giuristi tecnici e studiosi di scienze empiriche, hanno sempre offerto un linguaggio più chiaro e immediato per il dogmatico, ma non sempre hanno detto una verità che *oggi* va pronunciata: se la legge penale è politica, la sua critica e la sua riduzione scientifica costituiscono un obiettivo a cui tendere, non una premessa, un presupposto epistemico come se la scienza fosse già “dentro” alla *lex*, e bisognosa di venire semplicemente “scoperta”. Le teorie *oggi* non si costruiscono mai a prescindere dai testi positivi esistenti, ma neppure come il loro precipitato intellettuale che farebbe del *ius* il sinonimo della *lex*.

Anche il giusrazionalismo (*soi disant* giuspositivismo) critico, dunque, in tutte le sue numerose elaborazioni degli enunciati legali dei principi, “mette dentro” a quei testi contenuti che non sono in essi precostituiti, e dunque è solo in apparenza un giuspositivismo, perché prima pensa ed elabora i suoi paradigmi, e poi li aggiusta al *verbum legis*⁵¹.

⁵¹ Senonché, è questo un destino storico del rapporto tra *iura et leges*: cfr. M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, cit..

6. *Contro il normativismo integrale e il separatismo Sein/Sollen: l'unica base epistemologica del diritto oggi possibile*

Ci siamo sempre ritrovati a osteggiare il normativismo integrale, che produce la sterilizzazione della scienza giuridica in formalismo e tecnicismo in senso deteriore⁵².

Uno studio del diritto penale a base costituzionale ha sì un'insopprimibile componente conoscitiva, ermeneutica, con un *background* di saperi empirici, ma al suo interno, nel ricostruire il sistema vigente (valido), esso attinge da principi superiori alla legge parametri che sono di garanzia e che pertanto rappresentano *un suo connotato epistemologico*. La metodologia del suo procedere ha quindi una natura complessa, composita, irriducibile ai più celebrati ma parziali modelli di scienza naturale o matematica, per la presenza di saperi empirici, normativi ed ermeneutici insieme, comunicanti, non separati da una insopportabile declinazione della *legge di Hume* che ci impedisca di far dialogare norme e realtà, fatti e valori: un dialogo fondante una disciplina come il diritto penale.

Se sono vere queste premesse, va da sé che dobbiamo *smettere l'ossequio secolare ai paradigmi epistemologici del primo Novecento*: quando illustriamo e giustifichiamo un diritto improntato a principi sovraordinati e dunque a criteri valoriali, a scelte di campo, *non diventiamo* dei tribuni, dei demagoghi o dei profeti (anziché dei maestri o degli scienziati), come invece obiettava Max Weber cent'anni fa⁵³.

⁵² Cfr. il nostro studio *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. 9. Il tecnicismo non è certo tutto esposto a questi limiti, conoscendo ben diverse forme di realizzazione anche presso Autori di straordinaria cultura giuridica (e non) complessiva. Esso peraltro postula separatismi tra realtà, saperi empirici e mondo delle regole che alla fine compromettono una vera apertura sostanzialista e scientifica del lavoro del giurista.

⁵³ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (1918), tr. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1971, 28 ss..

Un progetto teorico di diritto penale costituzionale e di principi, ma anche di verifiche empiriche e di regole legislative non è dunque un coacervo di antinomie epistemologiche (natura e fini, descrizioni e prescrizioni, *Sein e Sollen*, fatti e valori), quanto piuttosto *l'unica base epistemologica pensabile oggi per il giurista*. O così o niente.

È infatti compito della scienza giuridica, e del diritto penale in particolare, non solo conoscere e interpretare il ius, ma anche *porre il tema della propria legittimazione al suo interno*, perché la pena criminale, la cui storia è stata per millenni la storia della pena di morte, *non si giustifica da sé*, priva com'è di ogni episteme, di ogni parametro costante di corrispondenza di valore tra delitto e castigo; essa semplicemente si realizza⁵⁴, ed è impossibile “spiegare” un sistema normativo orientato giuridicamente a valori superiori ma anche a risultati che lo fondano o invalidano, senza porsi il tema della “giustificazione” di quel sistema in ordine ai criteri di costruzione e anche di realizzazione del suo programma.

Non mera *spiega-zione* scientifica (*explanation*), dunque, ma anche *giustifica-zione* (*justification*), dovendosi render giusto il sistema spiegato.

Tornando così al *filo storico del discorso*, si trattava, alla fine degli anni '90 del secolo passato, di rendere attuabili o di invalidare i caratteri rivoluzionari del metodo compendiato nel sodalizio (iniziale) di Bricola e Baratta, poi rivisitati e in parte dissimulati filosoficamente nel giusrazionalismo critico di Ferrajoli. Tali caratteri, sopra descritti, erano in sintesi i seguenti: a) critica anche radicale del diritto positivo già dal suo

⁵⁴ Cfr. l'elenco, riconosciuto incompleto, ma pur sempre della maggior parte delle possibili finalità/funzioni della pena, in F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), tr. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, Adelphi, 1989, Seconda dissertazione, 69 ss. e qui, in precedenza, la anticipata conclusione: «si punisce viceversa, allo stesso modo con cui ancor oggi i genitori castigano i loro figli, per ira di un danno sofferto, alla quale si dà sfogo sul danneggiante – una collera, tuttavia, mantenuta nei limiti e modificata dall'idea che ogni danno abbia in qualche modo il suo *equivalente* e realmente possa essere soddisfatto, sia pure mediante una sofferenza di chi lo ha provocato» (*ivi*, 51).

interno, per effetto di controlli costituzionali; b) critica e verifica del diritto mediante le scienze sociali e criminologiche; c) spinta verso una forte politicizzazione dell'interprete.

Il *terzo punto*, come vedremo, ha innescato, senza che ce lo si fosse immaginati prima, *un momento di crisi o di 'rottura' dell'intero paradigma costituzionale penale di matrice illuminista*.

7. Dalla Costituzione-legge alla Costituzione-fonte

Dopo aver messo tra parentesi la dialettica tra le varie scienze, e anche il modello di una scienza penale integrata che fosse "dominata" dalla criminologia critica, anziché liberalmente aperta alle diverse integrazioni culturali⁵⁵, i giuristi hanno continuato a seguire in genere percorsi estremamente normativistici. Essi si occupano soprattutto di norme, e le norme, magari quelle costituzionali o delle diverse fonti UE, producono altre norme.

È una *dialettica incestuosa* quella del normativismo integrale.

Ciononostante, la magistratura e gli studiosi hanno seguito interpretazioni sempre più evolutive dei testi costituzionali, ma anche di legge ordinaria.

Altro che testualismo o originalismo! Hanno detto a se stessi: il diritto siamo noi!

Come osservato in altra occasione, «le Costituzioni sono le forme moderne della costruzione di un testo sacro obbligante la società civile. I padri fondatori del resto vincolano con poche parole oracolari molteplici

⁵⁵ Ne ho discusso in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., cap. III. V. pure W. HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, cit., 115 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Derecho penal*, parte gen.², Buenos Aires, Ediar, 2005, spec. 153 ss. (cap. sull'interdisciplinarietà dei saperi); H. LEFERENZ, *Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft?*, *ZStW*, 93, 1981, 199 ss..

generazioni successive, in virtù di un potere ineffabile e imbarazzante⁵⁶, che sembra davvero sovrumano⁵⁷». Mentre il volontarismo delle fonti divine si è tradotto nel positivismo giuridico, il costituzionalismo, invece, ha ereditato l'approccio critico del giusnaturalismo razionalista. Questa rivincita storica del giusnaturalismo, soprattutto dopo la seconda Guerra mondiale, sconfessa la cultura giuridica che ha dominato il secolo scorso. Il vecchio giusrazionalismo si è assicurato uno strumento critico "dentro" alle fonti positive statali; ma *non in chiave di mera critica (etico)-politica*⁵⁸, quanto piuttosto di *critica in primo luogo giuridica*⁵⁹. Se nonché, questa trasformazione culturale ha introdotto *uno stile ermeneutico* di libertà dal testo che, una volta applicato alle Costituzioni, sgretolava un basamento del giuspositivismo⁶⁰: la soggezione dello stesso giudice alla legge. È stato davvero ingenuo affidarsi alle Carte fondamentali quali garanti del modello illuministico di interprete. Tutti apprendisti stregoni.

⁵⁶ S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di) *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 167 ss..

⁵⁷ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019.

⁵⁸ È la lettura della funzione *storica* del giusnaturalismo secondo N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 190 ss.

⁵⁹ Questo il recupero *tecnico* del giusnaturalismo critico in chiave positivista secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 850 ss.; ID., *Principia iuris*, vol. II, cit., cap. XII. Che tuttavia gli spazi per una politica costituzionalmente orientata o anche disorientata fossero e siano assai ampi, tali da precludere un vincolo giuridico-normativo giustiziabile in termini di costituzionalità, lasciando campo aperto al gioco dei partiti politici, è ciò che queste posizioni hanno sempre cercato di sottodimensionare o di lasciare inespresso.

⁶⁰ Questo il problema *politico* del c.d. "neo-costituzionalismo". Cfr. sul conflitto tra positivismo e neo-costituzionalismo S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, cap. I e *passim*; T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit.. E sul dibattito successivo G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, 965 ss., (spec. il cap. 4); G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. Dir. Annali IV*, (2011), 749 ss.

La Costituzione ha generato una quantità di principi non espressi, ma frutto di una ermeneutica evolutiva inimmaginabile *ex ante*, che occupano oggi la maggior parte dei principi costituzionali penali. Essendo *in bonam partem*, nessuno ha potuto obiettare nulla.

Però il paradigma era ormai generalizzante. Non più “Costituzione-legge”, cioè testo stringente e tassativo da cui dedurre, ma “Costituzione-fonte” di nuove ermeneutiche da cui inferire nuovi principi in uno spazio storicamente aperto⁶¹.

8. *Lex e ius in un paradigma post-illuministico, tra vittimo-centrismo e giurisprudenza-fonte*

Non c'è stata invero solo una opportuna riconquista del *ius* quale prodotto giusrazionale che almeno dall'età romana accompagna consapevolmente la *lex*⁶².

La Costituzione non era più l'unica fonte superiore, e dalle Carte europee che la stessa Costituzione assorbe al proprio interno, l'uropeismo giudiziario ha prodotto il vittimo-centrismo, dentro e accanto alla *lex* maggioritaria e positiva, sconvolgendo il garantismo classico tutto incentrato sulla dialettica tra Stato e individuo, tra cittadino e pubblici poteri, ma meglio ancora tra imputato e istituzioni punitive⁶³. La vittima

⁶¹ È una questione ermeneutica sottintesa – ma allora non discussa – all'interno del tema “politico” trattato dai penalisti italiani dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso sugli ampi margini politici di attuazione della Costituzione in materia penale: per tutti – e non è solo “storia” – D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, (a cura di) Pizzorusso e Varano, tomo I, Milano, Giuffrè, 1985, 545, 578 ss., 586 ss.; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giust.*, 1991, spec. 35 ss.

⁶² Uno schizzo storico in M. DONINI, *Iura et leges*, cit., 2 ss..

⁶³ Evidenza bene questo passaggio M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 414 ss..

quale terzo incomodo della dialettica penale binaria ha prodotto esiti confliggenti dello stesso metodo: garantisti e giustizialisti insieme.

E tutto ciò in una con l'esplosione del ruolo mondiale del potere giudiziario e delle sue interpretazioni quale polo dialettico del legislatore.

Ecco allora che le *preoccupazioni garantistiche* che sostenevano il modello illuminista del divieto di interpretazione⁶⁴ sono tradite oggi proprio dalla sua conservazione: si può essere garantisti solo se si descrivono e rielaborano tutti i limiti del progetto dell'*Aufklärung*⁶⁵.

È infatti solo partendo da *un modello inevitabile di giudice-interprete* – e non dalla sua negazione contro la “natura delle cose” – che si possono indicare una serie di *doveri ermeneutici per il giudice penale* che siano presidio al garantismo penale nella fase interpretativa: un problema oggi tra più cruciali, forse il primo problema oggi, pregiudiziale a ogni discussione su singoli temi, istituti, ambiti disciplinari di tutto il *ius puniendi* “*in action*” e anche del garantismo nei fatti.

⁶⁴ Cfr. M. DONINI, “*Interpretazione delle leggi*” (*Dei delitti e delle pene* (1764), § 4) in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, 245 ss. v. pure il quadro storico di P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e “riferimento al legislatore” nell'illuminismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000.

⁶⁵ Che ci troviamo in un contesto per molteplici aspetti “post”-illuministico, è illustrato (ma il tema merita altri approfondimenti) in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 41 ss., 45 ss.. L'esigenza di discutere del *ius* “da penalista” costituisce un momento decisivo per la “tenuta” complessiva del discorso che gli storici, i civilisti, i pubblicisti, i filosofi del diritto non possono condurre generalizzando arbitrariamente le loro prospettive e limitandosi a dire o sottintendere che il penale «fa eccezione», perché le sue eccezioni sono oggi circoscritte ai profili “di garanzia”, ma non di “essenza” della dialettica tra legge e diritto: nel senso che il penale, una volta rispettate le garanzie di legittimità (divieto di analogia etc.), resta poi diritto/*ius* a ogni effetto come tutti gli altri rami dell'ordinamento; non è un diritto diverso, e non è mera *lex*. Ma i profili di diversità che pur presenta, restando diritto, impongono che ogni discorso sul diritto “in generale” si misuri col penale come banco di prova.

9. *Il garantismo penale a tre soggetti, tra leges minus quam perfectae e limiti ermeneutici*

A differenza del passato, *il garantismo penale* a fronte di una marcata debolezza del potere legislativo, delle sue capacità e prestazioni definitorie e alla sua estrema differenziazione in fonti multilivello, presenta due profili oggi centrali, uno relativo ai soggetti *potenziali destinatari della riduzione dei caratteri penali* di un diritto che *sanziona senza restaurare i diritti*, e uno relativo al *ruolo costruttivo dell'interprete*.

Sotto il profilo dei *destinatari* si richiede che del paradigma costituzionale sia attuato l'obiettivo di limitare il più possibile il livello di sofferenza di *autori e vittime*; questa è una declinazione dell'*ultima ratio*: una sintesi di solidarismo e utilitarismo umanistico della pena bilanciati in chiave riduzionista; vale a dire l'obiettivo di limitare sanzioni o strumenti che tendono a moltiplicare la sofferenza già prodotta con l'illecito, anziché ripararne gli effetti; di limitarli in vista di un beneficio per la vittima, cioè di un *saldo positivo* quale effetto dell'intervento penale⁶⁶.

Ciò che può trasformare il ruolo del diritto penale da *lex minus quam perfecta*⁶⁷ che sanziona senza restaurare mai nulla, quale macchina produttrice di un male aggiunto (la proporzione "simmetrica" al delitto, per accrescere la perdita o la limitazione di diritti) in *un ius che costruisce*

⁶⁶ Fondazione di questo progetto in M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPC, Riv. trim.*, 2015, 236-250.

⁶⁷ ULPIANO (170 circa-228 d.C.), all'inizio delle *Regulae* (I,1-2) definisce "perfetta" la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; "imperfetta" la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; "meno che perfetta" la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito. Evidente che il diritto penale è da sempre una legge meno che perfetta, non preoccupandosi del momento riparatorio-ripristinatorio, ma solo di quello sanzionatorio negativo (il raddoppio del male).

asimmetrie tra l'offesa e la pena a cui sono "sottratti" (nel calcolo) una riparazione o un risarcimento.

Ciò significa che occorre *ripensare al garantismo in chiave non solo reo-centrica (il trattamento del 'reo' come risposta al problema del reato!), ma «nel rapporto autore/vittima», oltre che Stato/cittadino, come nota epistemica differenziale di un diritto penale orientato alla riduzione del male, e non alla sua duplicazione*, che richiede oggi di essere riformulato su nuove basi, triadiche, rispetto al passato, guardando alla rimozione delle cause del delitto, del danno e dell'offesa. Un garantismo orientato alla minima sofferenza per autore e vittima mette in gioco, di fronte allo Stato, *almeno tre soggetti* da considerare "dentro al paradigma garantista" (autore, vittima, consociati estranei a quel rapporto, ma suscettibili di "rischio penale") e deve necessariamente puntare sulla riparazione, su una pena agita e non subita, che restauri una situazione positiva, anziché raddoppiare semplicemente il male, e su quelle basi ricostruire anche una nuova scala delle pene edittali⁶⁸.

Sul piano della costruzione ermeneutica, invece, *il giudice produce sì diritto, ma questo è in primo luogo individualizzante, laddove se è diritto generalizzante lo produce in funzione limitatrice*⁶⁹, e non espansiva della

⁶⁸ *Amplius*, M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit. Il modello della giustizia riparativa, insieme a quello del diritto penale internazionale, costituisce la novità politico-criminale più rilevante e rivoluzionaria degli ultimi lustri a livello mondiale. Recuperata una diversa credibilità nel settore della pena, anche la teoria del reato risulterà complessivamente più credibile, e capace di inserire il diritto penale nel contesto di una disciplina più consona ai modelli culturali prevalenti.

⁶⁹ A parte casi "inevitabili" di interpretazione estensiva della regola astratta in chiave di *ragionevolezza*, l'estensione della punibilità appare legittima in chiave di concretizzazione individualizzante del precetto. Solo per effetto della *somma di nuove sottofattispecie così prodottesi nel tempo*, risulta possibile una rilettura complessiva della norma *astratta* di tipo estensivo, in coerenza col criterio della prevedibilità del nuovo diritto di formazione giurisprudenziale.

sofferenza penale, sia dell'autore e sia della vittima. La sofferenza della vittima non si riduce estendendo in via interpretativa il penale a nuovi soggetti o situazioni da proteggere – compito semmai legislativo⁷⁰ –, ma accrescendo i momenti di “positività” della sanzione a favore delle vittime già contemplate.

L'«*interpretazione limitatrice del penale*» è dunque il *vero contrassegno del garantismo*, che promuove *passione non per il punitivismo, ma per il riduzionismo punitivo*: una scienza e una politica dei limiti alla pena – ma non alla responsabilità giuridica! – per un'applicazione misurata e moderata delle pene e delle reazioni in vista di condotte riparatorie e risarcitorie o di significato equivalente, che come pena agita e non subita rappresentano la forma più autentica di recupero risocializzante⁷¹.

10. Prassi e garantismo: a) le colpe della dottrina penalistica; b) la passione estensivo-punitiva della magistratura; c) i doveri ermeneutici del giudice

Quando dai principi scendiamo nel reale, la temperatura teorica scende tantissimo, e ci ritroviamo ad aver legittimato quasi tutto quello che è uscito dal Parlamento (*lex*) e anche dalla concretizzazione giudiziaria (diritto giurisprudenziale), a parte puntiformi declaratorie di illegittimità. Il

⁷⁰ Ciò che differenzia il penale dagli altri rami dell'ordinamento. Il tema è affrontato ampiamente in M. DONINI, *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2005, 403 ss..

⁷¹ Il penale è pena, ma la pena subita non risocializza, solo la pena agita. Dunque solo un programma di un penale recuperatorio-risarcitorio-restaurativo, come tale asimmetrico rispetto all'offesa, può raggiungere gli scopi politici della prevenzione speciale positiva che nel sistema costituzionale italiano sono previsti all'art. 27, comma 3, Cost..

suo *complessivo* accoglimento rende inoffensivo il contropotere critico della dottrina, che resta pura critica, certo, come nel programma tecnico-giuridico di Rocco.

a) *Le colpe della dottrina penalistica*

Se si prescinde dal programma di un diritto penale minimo, di per sé utopico anche perché privo di un corredo tecnico adeguato, ma seriamente espressione del principio di *ultima ratio*, la dottrina penalistica non ha mai preso davvero sul serio la sussidiarietà penale⁷².

L'ha sempre trattata come un mito delle origini, una tecnica argomentativa, un topos, una figura retorica: un racconto natalizio.

Neppure il 10% delle migliaia di fattispecie è oggetto di un progetto di depenalizzazione. Le potenzialità deflattive della *riserva di codice* (art. 3-bis c.p.), nonostante sia contenuta in una regola legislativa di valore sub costituzionale (che attua la Costituzione), non persuadono i tecnici del diritto⁷³, cioè tutti gli “scafati” o rassegnati osservatori del reale-razionale in sé, gli “apoti” che in realtà si bevono quasi tutto quello che entra in Gazzetta

⁷² Una volta ridimensionate le pretese “atecniche” del diritto penale minimo, anche l’idea – non contrapposta, ma convergente e operativa – di costruire una scienza della sussidiarietà (M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit, 84 ss.), capace di meglio “differenziare” i numerosissimi piani di intervento di una depenalizzazione in astratto e in concreto, è rimasta ignorata nel dibattito penalistico. L’ermeneutica dell’esistente o la raccolta di doglianze hanno occupato le riviste, insieme a nuove passioni punitive a tutela dei diritti fondamentali.

⁷³ Cfr. sul tema, ma non in chiave di rassegna all’esistente, M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. Pen.*, 2018 (20.11.2018, approfondimenti), 1-28; ID., *L’art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Diritto penale e processo*, 4/2018, 429-445; v. pure in vario senso M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *DPC*, 5/2018, 145 s.; E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 397 ss..

ufficiale. Ci si lamenta (in realtà *dai primi del Novecento*, come sanno i cultori della materia) dell'espansione del diritto penale o di un diritto penale oggi infinito⁷⁴, ma che cosa si propone per cambiarlo? Più di tanto non sono servite neanche le *depenalizzazioni di fatto* costituite un tempo da amnistie, e poi da timide forme edulcorate di discrezionalità dell'azione penale, da prescrizioni orientate dai criteri di priorità, e dalle numerosissime tecniche di degradazione e forme di non punibilità o estintive *ex post*: tutti strumenti capaci di realizzare la sussidiarietà in concreto, ma non di depenalizzare, e soprattutto di “deprocessualizzare” (l'unico, vero sogno della magistratura) più di tanto. Ora che si ama dire che ogni sanzione “afflittiva” sarebbe penale, si da estendere a ogni ramo dell'ordinamento le garanzie processuali del diritto penale, ed è in atto un movimento “politico-giudiziario” contro la prescrizione, l'esplosione del sistema diventerà ancora più assurda; e se mai i processi dovessero paradossalmente essere tanti e brevi, la qualità del giudizio – già oggi modesta – colmerà ciò che manca per l'affossamento dell'amministrazione della giustizia. Ciò significa che non si sono cercati davvero i parametri per rendere operativa *l'extrema ratio*, abbandonata a una gestione politica prima, giudiziaria poi, senza controllo, sotto la copertura dell'obbligatorietà dell'azione penale. Se è *extrema ratio* la criminalizzazione di ogni piccola violazione patrimoniale, etico-amministrativa, di ogni modesto abuso, di ogni diffamazione, di ogni bacio non desiderato, di ogni spinello ceduto, se la stessa magistratura ravvisa un contrasto tra la non punibilità per irrilevanza penale del fatto (art. 131-bis c.p.) e *l'ultima ratio* – perché non comprende che ogni delitto anche grave può essere *concretamente esiguo* e *per questo* non “merita” la criminalizzazione⁷⁵ – ciò vuol dire che siamo ancora al punto zero.

⁷⁴ D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, cit.; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, Il Mulino, 2019.

⁷⁵ Sull'art. 131-bis c.p. cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 92 ss. Sull'esiguità in generale C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985. La

In astratto non abbiamo armi per sanzionare costituzionalmente la violazione della sussidiarietà⁷⁶, e anche in concreto siamo prigionieri del diritto penale del ‘fatto’, perché si vuole che ogni fatto tipico resti delitto per ragioni di pretesa eguaglianza.

Mettere tutto nel codice ed eliminare contravvenzioni e leggi complementari – il modello spagnolo – non riduce di per sé l’area punibile, se il codice rimane pieno di “delitti” (contravvenzionali) in bianco che rinviano a migliaia di precetti extrapenali sanzionando comunque il pericolo astratto⁷⁷. Ma il solo pericolo concreto è ingestibile: dall’economia, all’ambiente alla salute pubblica, tutte le ricerche ne danno atto⁷⁸. La maggior parte dei reati resta di pericolo astratto (non presunto), e chi propone di riconvertirli in fattispecie di pericolo concreto in via ermeneutica⁷⁹ fa un’operazione ideologica consapevole che rischia costantemente il conflitto con la riserva di legge⁸⁰.

categoria dell’esiguità era già in von Liszt ai primi del Novecento. In Germania è stata attuata da tempo, ma insieme a forme di discrezionalità dell’azione penale. Da noi invece i giudici – che hanno compreso che l’esiguità di per sé non ha effetti deflativi rilevanti, non è concepita per questo, ed è anche mal disciplinata nel codice, non incentivando le archiviazioni, ma le sentenze – discutono ancora (dato che non sottrae lavoro) se metta in gioco l’*ultima ratio* (che invece realizza in concreto!), e il loro ruolo di sacerdoti di una giustizia “uguale” a tutto tondo.

⁷⁶ *Extrema ratio* e sussidiarietà, pur usati come sinonimi, non sono espressioni dal medesimo significato politico-culturale, perché solo la sussidiarietà impone o implica come doverose indagini empiriche di verifica del rapporto con l’extrapenale.

⁷⁷ M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in ID. (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 3-59. Pubblicato anche in *Indice pen.*, 2/2000.

⁷⁸ Richiami bibliografici essenziali in M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in DPC 2013, *Riv. trim.*, 4/2013, § 10.2, 12.

⁷⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano, Giuffrè, 2019, 253 ss. (§ 7.5.2 s.).

⁸⁰ Sul conflitto tra una applicazione spinta del principio di offensività in chiave ermeneutica col principio di riserva di legge, M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., § 12.

Eppure, tra l'utopia minimalista che non ha soluzioni tecniche praticabili e il massimalismo punitivo attuale esiste una variatissima scala di grigi intermedi: perché non ci sono progetti seri – che operino su almeno 10-15 piani di intervento sostanziale-processuale – di riduzione penalistica? La nostra colpa è grande e investe più generazioni⁸¹. I penalisti “tecnici” che si sono schierati contro il diritto penale minimo e l'art. 129 del vecchio progetto di revisione della Costituzione non hanno proposto nulla di valido per *l'ultima ratio*, così lasciando tutto il garantismo nelle sabbie mobili dell'attuale espansione infinita, eticizzante e punitivista.

b) la passione estensivo-punitiva della magistratura

Che la giurisprudenza penale si possa qualificare garantista è un giudizio che troverebbe moltissimi dissensi e opinioni contrarie, soprattutto tra gli avvocati. Quando si trova un magistrato garantista è sempre una piacevole e sorprendente sensazione, perché l'osservatorio dell'avvocatura è quello di applicazioni giudiziali ispirate alla prevalente passione estensivo-punitiva delle fattispecie, anche se le pene restano basse per motivare poco e meglio. Il penale si espande in misura incontrollata nel tempo. Basta leggere un commentario. Ferma la fisiologica registrazione dei nuovi casi che semplicemente applicano la fattispecie (ne “estendono” la casistica, ma non la disposizione) e riempiono le rassegne⁸², c'è anche la giurisprudenza “costruttiva” che colma le lacune. Dalla causalità al dolo eventuale, dalla moltiplicazione dei superuomini cautelari alle forme atipiche del concorso di persone e al proliferare delle figure associative tipiche ed esterne, dalla

⁸¹ Proliferano ricerche europee tutte orientate all'espansione del penale, ma occorrerebbero progetti collettivi e interdisciplinari di riduzione del punitivismo di sistema.

⁸² V. le distinzioni esplicate in M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, 79 ss., spec. 84 ss..

disapplicazione dell'art. 114 c.p.⁸³ a quella “storica” degli errori di diritto⁸⁴, dalla corruzione ai disastri, bisogna trovarsi nelle condizioni di Piergiorgio Welby, di Eluana Englaro o di Fabiano Antoniani per suscitare qualche *pietas* giudiziale, e anche qui non senza infinite polemiche. Sempre con il sospetto che si sia trattato appunto di malinteso buonismo senza tecnica e senza legittimazione scientifica o etica. *Sic*.

Perché i tipi d'autore, i giudizi etico-sociali e le valutazioni extrapenali selezionano i ‘fatti’ (prima si decide che cosa merita di essere corruzione, “avvelenamento” di acque o aiuto al suicidio e poi lo si mette nel 319, nel 439 o nel 580 c.p.), ma una volta entrati nel ‘fatto’ non c'è più scampo: le clausole di esiguità trovano applicazioni modestissime e l'azione penale apparentemente obbligatoria fa il resto. L'opposizione ‘storica’ della magistratura italiana a forme maggiori di flessibilizzazione dell'esercizio dell'azione penale è espressione di una volontà punitivista dissimulata dietro l'autotutela della propria indipendenza. In realtà ciò consente di mascherare il carattere sempre politico della macchina punitiva, *facendo credere che si tratti di sola “giustizia”*: ciò che autolegittima chi l'amministra in misura superiore di quanto sarebbe il credere che sia una gestione politica delle pene criminali.

La passione punitiva a l'autolegittimazione “etico-politica” prevale così sul garantismo di un'ermeneutica orientata a deflazione, proporzione,

⁸³ Una rilettura della diminuyente dell'art. 114 c.p. in prospettiva di reale applicazione della norma ho proposto in M. DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell'associazione” e il principio di tipicità penale*, in *Studi Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, 345 ss., anche in www.penalecontemporaneo.it 13 gennaio 2017, 20 ss..

⁸⁴ Quanto tempo è trascorso da quando Alessio Lanzi segnalò, in una rassegna rimasta la fotografia dell'esistente – ma era il 1976... – la disapplicazione giurisprudenziale dell'art. 47, co. 3 c.p.! Cfr. A. LANZI, *L'errore su legge extrapenale. La giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47/3 c.p.*, in *Indice pen.*, 1976, 299 ss..

asimmetria tra illecito e pena⁸⁵: scelte politiche anch'esse, certamente, ma di opposto segno.

c) *regole deontologiche di ermeneutica penale*

I manuali penalistici non hanno ancora recepito il *diritto giurisprudenziale* come un dato fisiologico, quasi che il diritto che insegnano, in realtà molto differente dall'ossequio religioso a una Bibbia legislativa, fosse solo il *Professorenrecht*. Occorre dunque che il garantismo applicato all'interpretazione falsifichi *per sempre* i miti dell'illuminismo, proprio al fine di poter operare efficacemente su questo terreno⁸⁶. Solo così, partendo dal giudice-interprete, e non dal giudice macchina per sillogismi, si può costruire una deontologia nuova per il giudice penale: il civilista mal sopporta vincoli ermeneutici, ma il penalista deve averli. Quella deontologia che ammette che possano esistere "illeciti interpretativi", come il caso Contrada ha esemplarmente portato all'attenzione collettiva, ma che deve previamente ammettere che non esistono solo disposizioni ed enunciati legislativi, quanto norme scelte dall'interprete: i *prodotti*

⁸⁵ «*Ho segnalato che tra la pena e il delitto esiste una asimmetria e che il compimento di un male non giustifica l'imposizione di un altro male come risposta*». Così PAPA FRANCESCO, *Discorso del santo padre Francesco ai partecipanti al xx Congresso mondiale dell'associazione internazionale di diritto penale*. Sala Regia, Venerdì, 15 novembre 2019, riprendendo peraltro quanto già detto in termini nella Lettera ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia, il 30 maggio 2014.

⁸⁶ Un contributo decostruttivo in questo senso può trovarsi soprattutto negli scritti di Giovanni Fiandaca, di cui cfr. per tutti FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Esi, 2001, 299 ss., 303 s. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.); ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, 239 ss.; ID., *Prima lezione*, cit., 135 ss..

dell'interpretazione che devono essere sottoposti a vincoli e limiti sono realtà distinta dall'*attività* interpretativa.

Mentre proliferano abdicazioni parlamentari alla definizione dell'illecito, con deleghe illegittime attuate attraverso “semilavorati” legislativi⁸⁷, parte della magistratura penale italiana ha smarrito la cultura della legalità per seguire i sentieri del diritto libero, del *case law*, e del creazionismo giudiziario⁸⁸.

In questa situazione ci sono alcune *regole ermeneutiche* che il garantismo penale deve evidenziare, perché appaiono fondanti anche in chiave di recupero del principio di *ultima ratio* e di deflazione penale:

1) Occorre evitare l'argomento delle lacune da colmare. Le lacune in via interpretativa si colmano in diritto civile. In diritto penale, invece, esistono solo lacune nella non punibilità, non nella punibilità (analogia solo *in bonam partem*)⁸⁹. Occorre passione civile in questa cultura ermeneutica del garantismo, coltivando una pratica di messa in mora del legislatore “scritta in sentenza” e pubblicata su tutte le riviste giuridiche.

2) Esiste un *test* di prova dell'analogia vietata⁹⁰. L'interprete sa che se adotta una certa lettura della disposizione la sta riscrivendo: perché in realtà dovrebbe riscriverla il legislatore (se seguisse la vita dei suoi figli, anziché lasciarli orfani per sempre) per adattarla al suo nuovo contenuto. Quando possa ammettersi che si sarebbe costretti, onestamente, a riscrivere la stessa disposizione di legge adottando una certa sua estensione, è chiaro siamo ormai fuori dell'enunciato legislativo. La difficoltà di qualificare un'interpretazione come estensiva o analogico-creativa, cioè tale da

⁸⁷ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 123 ss.

⁸⁸ Cfr. l'illustrazione di D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 161 ss..

⁸⁹ T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit. (da *Studi di storia* etc.), 181.

⁹⁰ Descritto in *Fattispecie o case law?*, cit., § 12.

modificare la disposizione, dovrebbe imporre di ritenerla, nel dubbio, sempre analogica (*in dubio pro analogia*)⁹¹.

3) Questo *test* ha un riflesso sul tema della conoscibilità e prevedibilità della legge (*lex*) e del diritto (*ius*). In presenza di una mera innovazione normativa (che non altera la scrittura implicita della disposizione), potrebbe scusare non averla conosciuta (art. 5 c.p.), ma sarebbe come l'interpretazione autentica, che opera *ex tunc*; se invece essa modifica, o è dubbio che modifichi, la disposizione, allora o opera *ex nunc*, oppure si deve applicare la scusante, in caso di imprevedibilità: il fatto non era previsto dalla legge come reato, nel primo caso; il fatto non costituisce reato, nel secondo.

11. Perché il diritto penale è una politica, e la scienza penale una piccola parte di questa politica.

Siamo giunti così a una verità su chi siamo, noi penalisti.

Non tutto ciò che è illiberale viola le garanzie sopra descritte. L'aumento di pene, incriminazioni e carcere rendono la società più intollerante, violenta e meno liberale per definizione, ma ciò potrebbe avvenire osservando *tutte le regole del gioco*. Almeno in molti casi la censura resterebbe più politico-costituzionale che giuridico-costituzionale. O politica senza aggettivi.

Ma allora: può essere liberale il diritto penale in sé, una volta che si riduca per esempio del 50% e osservi tutti i principali principi indicati al § 1? Una volta che si riduca a un codice penale di mille incriminazioni con un ridotto novero di leggi complementari organiche al di fuori, al posto delle almeno 7000 fattispecie attuali?

⁹¹ Ho proposto questa regola pratica in M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 109 ss., 113.

Un diritto penale sempre garantista e altresì molto ridotto rispetto all'esistente potrebbe coesistere con, e semmai contribuire a rendere, una società più liberale, ma restare in se stesso uno strumento autoritario e intollerante quale è per natura⁹². Sarebbe un penale legittimo e ridotto, ma non liberale “in sé”. Eppure, di fronte all'attuale *punitivismo* si capisce che apparirebbe come un *trend* liberale della società⁹³.

Il diritto penale è sicuramente una politica. Fissa soglie di intolleranza. Ma non è solo politica. La scienza penale – che ha compiti ricostruttivi e conoscitivi, non solo di valutazione (*supra*, § 6) – è solo una piccola parte di questa politica, perché oltre a contribuire alla conoscenza del diritto e alla sua stessa elaborazione – del *ius* riconducibile alle *leges*⁹⁴ – esprime un contropotere critico nel segno della riduzione del penale quale contrassegno del suo statuto neoilluministico permanente, e rappresenta il *ius* nella sua funzione razionale e (de)legittimante⁹⁵.

⁹² Cfr. M. DONINI, *Perché il garantismo penale non rende liberali il diritto e la pena, ma solo legittimi*, *Cass. pen.*, n. 9/2019, già in *dis Crimen Rivista*, 2/2019, 55 ss. V. anche in senso del tutto conforme G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *dis Crimen Rivista*, 2/2019, 69 ss..

⁹³ Di qui il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo dell'UCPI*, commentato dagli scritti cit. alla prec. nota e da altri contributi nel 2/2019 di *dis Crimen*. Per approfondimenti di filosofia e storia del diritto penale su alcuni usi della categoria “liberal” in merito alla questione punitiva, cfr. A. SHUSTER, *Punishment and the History of Political Philosophy. From classical Republicanism to the Crisis of modern Criminal Justice*, University of Toronto Press, 2016; H. CARVALHO, *The preventive Turn in Criminal Law*, Oxford Univ. Press, 2017.

⁹⁴ Il *ius* è costituito dalla spiegazione e illustrazione dei precetti legislativi, dai commentari, ma anche dalla giurisprudenza, dal diritto extrapenale che codetermina il penale, dalle premesse istituzionali e di ordinamento dalle quali dipende l'operatività di ogni legge, e da tutto il discorso che rende razionale e non solo legittima la *lex*. *Amplius*, M. DONINI, *Iura et leges*, cit..

⁹⁵ Il carattere essenzialmente politico del diritto penale, detto con terminologia un po' diversa ma convergente, piuttosto che il carattere “scientifico” del suo contenuto, è un tratto ricorrente della riflessione sul tema di G. Fiandaca: lo si legga per es. in ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fior.*, 2007, 1247 ss.; ID., *Rocco: è possibile una de-*

Come indicazione di fondo di un indirizzo garantista, occorre cercare la “salvezza” dei nostri sogni, della nostra libertà e della nostra vita, e il loro “progresso”, fuori dai circuiti penalistici, e ridurre sempre più le *leges minus quam perfectae*, orientandole positivamente a forme riparatorie e di pena agita: progetti migliorativi e non di mera privazione simmetrica. Causalità (*rerum cognoscere causas*) *vs.* imputazione (*castigo*). Questo è il messaggio più vero che può risultare dal progetto del garantismo penale, che è, così declinato, una filosofia non solo del diritto, ma anche della società civile.

specializzazione della scienza penalistica?, in *Criminalia*, 2010, 179 ss. Sul punto ho sempre difeso il diritto penale come scienza, sottovalutato in alcune di quelle espressioni. Ma non ho mai pensato che il diritto penale sia solo scienza (sul “primato della politica criminale sul diritto penale” v. M. DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, cit., 75 ss.). La parte scientifica di esso è solo una trama interna a un *corpus* di leggi politiche che costituiscono la parte maggiore della *lex*. Ma di questa trama si occupano gli studiosi del penale come “*ius*”, non come mera “*lex*”, che senza il *ius* dell’intero sistema giuridico e scientifico (anche storico-comparato, socio-criminologico, integrato) non esiste come costruzione intellettuale, irriducibile a un nudo comando. Rammento comunque e sottoscrivo il seguente “programma” additato da Fiandaca sui rapporti tra scienza e politica (*Op. ult. cit.*, 191, § 4): «senza vantare alcuna pretesa di originalità, arrischiere l’ipotesi che una scienza penalistica adeguata al tempo presente dovrebbe soprattutto prefiggersi compiti funzionali a poter contribuire a quattro obiettivi di fondo, così sintetizzabili: a) approfondire l’analisi dei rapporti tra diritto penale e politica; b) migliorare l’interazione tra l’elaborazione dottrinale e la prassi applicativa; c) indagare più a fondo le modalità di collaborazione con le scienze empirico-sociali; d) fare più luce sui persistenti aspetti irrazionali e oscuri del fenomeno della punizione». Analogamente ID., *Prima lezione*, cit., 191 ss..



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

PERSIO TINCANI

Il romanzo e la realtà. Una lettura del *Chisciotte*

ABSTRACT – The structure of the *Don Quixote* is well-known: a *hidalgo*, don Quijana, read too much romances of chivalry and goes crazy, and thinks to be himself a knight errant. So, he wanders around the countryside in search of some adventure, mistaking real objects, persons and situations for things belonging to the world of those romances, with often shattering and laughable outcomes. In this essay I hold that this reading is, at least partially, wrong, and that the *Quixote* is a meta-romance, in which the main story is written with the actions by Quijana who pretend to be Don Quixote. So, Quijana isn't a madman, but maybe he has a fool idea: to write a romance in flesh and blood. And so, Quijana-Chisciotte takes his cue from reality to invent a novel reality on which to intervene, with the result that if in that reality he does justice in this one he often does nothing or even commits serious crimes. The law and the justice, always evoked, never really make their entrance. In the *Quixote* the two worlds intersect, but the law lives only in the world of the fiction.

KEYWORDS – romance, meta-romance, Don Quixote, law, justice, adventure



Il romanzo e la realtà. Una lettura del Chisciotte**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il cavaliere errante e la legge - 3. La liberazione dei galeotti - 4. L'eroe, la giustizia e la questione della follia - 5. Ancora sulla metanarrazione - 6. La vita e la storia.

1. Introduzione

Il capitolo ventiduesimo della prima parte del *Don Chisciotte* si apre con il valoroso cavaliere errante e il suo scudiero Sancio che stanno andando per una strada in cerca di avventure, quando

don Chisciotte alzò gli occhi e vide che sulla stessa strada che percorreva avanzavano a piedi dodici uomini infilati come conterie, per il collo, a una gran catena di ferro, e tutti quanti con le manette ai polsi. Erano con loro due uomini a cavallo e due a piedi; quelli a cavallo con archibugi a ruota, e quelli a piedi con frecce e spade. E Sancio Panza, come li vide, disse:

– Quella è la catena dei galeotti, forzati del Re, che vanno a servire alle galere.

– Forzati? Come sarebbe a dire? – domandò don Chisciotte –. È possibile mai che il Re usi forza a qualcuno?

– Non ho detto questo – rispose Sancio –, ho detto che è gente che è stata condannata pei suoi reati a servire il Re, per forza, sulle galere.

* Professore in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Bergamo.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

– Perciò, in definitiva – replicò don Chisciotte –, e comunque stiano le cose, questa gente la portano, ma va per forza, non di sua volontà.

– È così – disse Sancio.

– In tal caso – disse il suo padrone –, è qui che interviene l’esplicazione del mio compito: abbattere la prepotenza e soccorrere e prestare aiuto agli oppressi¹.

La follia del Chisciotte è stata oggetto di centinaia di studi. La mia opinione è che si tratti di una cosa molto semplice e forse nemmeno troppo folle: l’hidalgo Quijana crea un personaggio – don Chisciotte della Mancia – che è il protagonista di un romanzo che via via va inventando sul canovaccio dei romanzi cavallereschi, ma la cui trama dipenderà da come il mondo accetterà di farsi piegare ai modelli della narrazione. Una sorta di gioco, dunque, nel quale Chisciotte dovrà riuscire vincitore perché è il *modello* del personaggio che lo impone: il cavaliere errante dei romanzi che non viene sconfitto mai.

Si potrà dire che questo gioco, per chiamarlo così, non riesce sempre. Per esempio, nel caso dei mulini a vento – conosciuto anche da chi non ha mai aperto né questo né altri libri – non riesce e Chisciotte finisce a terra, disarcionato e malconcio. E riesce solo in parte nel caso dei galeotti fortunatamente liberati, che subito si ribellano al loro liberatore che pretenderebbe che andassero a rendere omaggio all’impareggiabile Dulcinea del Toboso, l’amata del Chisciotte, per raccontarle della valentia mostrata dal cavaliere.

Qualcuno afferma che tutte le imprese di Don Chisciotte sono fallimenti, perché ogni tentativo di incarnare il libro nella realtà non può che portare al fallimento. Perché fallimento? Le lotte di Don Chisciotte contro i mulini a vento o contro le greggi-eserciti sono un trionfo grandioso

¹ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte della Mancia* (trad. V. Bodini), Einaudi, Torino, 2015, 212.

dell'immaginazione, che Cervantes sottolinea con cura, sebbene il suo eroe rimanga ferito e percosso in maniera farsesca².

Anche in quanto le circostanze lo sconfiggono, Chisciotte aggiusta la sconfitta con una spiegazione che salva il *proprio* personaggio e il *proprio* romanzo: nell'episodio dei galeotti il disastro è dovuto all'umana ingratitudine, in episodi come quelli dei mulini-giganti e delle greggi-eserciti è colpa degli incantatori nemici, dei maghi, che nell'economia del romanzo di Chisciotte hanno «la funzione di tradurre l'ordine del regno della fantasia in quello dell'esperienza di senso comune: per esempio di trasformare i reali giganti attaccati da Don Chisciotte in fantasmi di mulini a vento»³. L'incantamento, l'illusione causata dai maghi nemici di Chisciotte (che pure da qualche parte avrà la sua Urganda), fa sì che Dulcinea appaia ai suoi occhi come una rozza contadina (nei capitoli 36 e 37 della seconda parte). Ed è ancora per incantamento che il *Cavaliere degli Specchi*, sconfitto da Chisciotte in duello per una combinazione di fortuna e di oggettiva scorrettezza, appaia quando gli vien tolto l'elmo con le fattezze del baccelliere Carrasco, un giovane valente mandato dagli amici di Quijana per sconfiggere Chisciotte nel tentativo di ricondurlo alla ragione⁴. Insomma, «una volta che il lavoro dei maghi è riconosciuto come elemento costitutivo del mondo, nulla rimane inspiegato, paradossale o contraddittorio», tanto più che «per Don Chisciotte l'esistenza dei maghi è molto più di una semplice ipotesi. Si tratta di fatti storici provati da tutti i sacri testi che trattano della cavalleria»⁵.

Tuttavia, talvolta le vicende non si possono spiegare neppure con l'azione di questi maghi e incantatori, perché non trovano un riscontro nei

² P. CITATI, *Il Don Chisciotte*, Mondadori, Milano, 2013, 16-17.

³ A. SCHÜTZ, *Don Chisciotte e il problema della realtà*, (trad. e a cura di P. Jedlowski), Armando, Roma, 2008, 31.

⁴ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 701 ss.

⁵ A. SCHÜTZ, *Don Chisciotte*, cit., 31-32.

romanzi cavallereschi che Chisciotte intende come descrizioni della realtà. In questi casi, entra in gioco il ricorso all'ipotesi, come nel capitolo quarantanovesimo della prima parte. Chisciotte, rinchiuso nella gabbia sul carro, afferma di essere incantato, ma Sancio lo contraddice. «Da quel che voi stesso mi avete insegnato» – afferma – «le persone incantate non mangiano, non dormono, non sentono quegli altri bisogni naturali. Voi chiedete che gli sia dato da bere e sentite quei bisogni naturali di far la cosa grande e quella piccola. Quindi tutto ciò prova che voi non siete incantato, e sono proprio i vostri testi a dimostrarlo».

– Dici il vero, Sancio – rispose don Chisciotte –; ma io ti ho già detto che ci son varie specie d'incantamenti, e potrebbe darsi che fossero mutati col tempo, e che ora usi che gli incantati facciano tutto quello che faccio io, anche se prima non lo facevano. Di modo che, contro l'uso dei tempi, non c'è nulla da eccepire né da trarre illazioni⁶.

E ancora, in un passaggio celebre:

Forse la cavalleria e gli incantesimi dei nostri tempi devono seguire altre vie che non quelle seguite dagli antichi. E potrebbe anche darsi che essendo io un tipo nuovo di cavaliere, e il primo che abbia risuscitato il già obliato esercizio della cavalleria d'avventura, analogamente siano stati inventati anche nuovi tipi d'incantamenti⁷.

La realtà si affaccia nel romanzo: non sono più i tempi dell'antica cavalleria errante. Ma non appena si è affacciata, essa vien subito rimodellata: forse «l'attuale mondo cavalleresco è un incantesimo che si rinnova continuamente»⁸.

⁶ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 545.

⁷ *Ivi*, 525.

⁸ P. CITATI, *Il Don Chisciotte*, cit., 45.

Don Chisciotte è un personaggio letterario; non nel senso (ovvio) che è un personaggio di fantasia, ma nel senso che *il Chisciotte* è un metaromanzo. Il *libro* è il romanzo scritto da Cervantes che racconta del romanzo creato da Quijana il quale, inebriato dalla lettura di altri romanzi che narrano le gesta dei cavalieri erranti (Amadigi di Gaula in testa a tutti), decide di inventarsi un romanzo dove egli stesso è il protagonista. Anzi, lo stesso Cervantes si nasconde in quanto autore (anche se in modo intermittente) quando afferma che l'autore del *suo* libro è un certo Cide Hamete Benengeli, un moro che lo ha scritto in arabo e che lui, Cervantes, ha comprato da un venditore ambulante per mezzo reale e che si è fatto tradurre in spagnolo da un morisco per un po' di uva passa e un po' di grano – quello del manoscritto ritrovato, del resto, è un *cliché* tipico del romanzo cavalleresco⁹. Quijana, poi, non ha davvero scritto un libro, ma ha creato un personaggio e ha deciso di impersonarlo, immedesimandosi in esso. Così che, alla fine, nemmeno le vicende che leggiamo nel libro di Cervantes sono inventate da Quijana, bensì da Chisciotte stesso che agisce seguendo il modello del cavaliere a immagine del quale Quijana lo ha creato e impersonificato.

Un gioco di scatole cinesi, in un certo senso, nel quale un romanzo ne contiene un altro (e nel secondo *Chisciotte* di Cervantes il gioco si complica ancora, includendo nella narrazione-metanarrazione il *Chisciotte* di Avellaneda – Lope de Vega). A partire da Cervantes, che comincia il libro scrivendo in prima persona, avanti verso Quijana e via infine con don Chisciotte, tutti a scrivere una narrazione che, in definitiva, è già scritta da uno storico, Cide Hamete, un moro che giura di aver scritto il vero come giura un cristiano (e dunque giura il falso?) che forse può essere visto come «il segno della radicale ambiguità del *Don Chisciotte*, dove tutto è, al tempo stesso, assolutamente falso e assolutamente vero: dove il vero, senza cessare di essere vero, è assolutamente falso, e dove il falso, senza cessare di essere

⁹ Cfr. R. GONZÁLEZ ECHEVARRÍA (a cura di), *Cervantes' Don Quixote: A Casebook*, Oxford University Press, New York, 2005, 6.

falso, è assolutamente vero»¹⁰, nei tanti livelli delle tante narrazioni che lo compongono.

Conviene però trattare i livelli come separati, quando è possibile farlo, e qui concentrarsi soltanto sul romanzo *di Quijana*. Quijana, l'hidalgo annoiato che trascorre ore interminabili a leggere romanzi di cavalleria, e che «stava sveglio la notte per capirli e cavarne fuori un senso, dove non avrebbe saputo cavarnelo e capirci nulla nemmeno Aristotele in persona, se fosse risuscitato apposta»¹¹. Spesso le cose non tornavano: le ferite di Belianigi, per esempio, avrebbero dovuto ridurlo sfregiato da mille cicatrici ma così non era, perché ogni volta che l'eroe ricompariva era sempre più bello che mai. Storie interminabili, con i libri che finivano con la promessa dell'autore che quella meravigliosa avventura avrebbe presto avuto un seguito, così che molte volte a Quijana «venne il desiderio di prendere la penna e scriver lui la fine, prendendo alla lettera l'invito dell'autore»¹². Ed è proprio quello che alla fine ha fatto: proseguire le avventure lasciate in sospeso creandone una di suo pugno non con la penna ma con la lancia, la spada, l'amata, il cavallo e lo scudiero.

2. *Il cavaliere errante e la legge*

Il *Chisciotte* si apre con una lunga sfilza di poesie dedicategli dai personaggi dei grandi romanzi: Urganda, Amadigi, Belianigi, Orlando Furioso, il Cavaliere di Febo, Oriana che scrive a Dulcinea, Gandalino che scrive a Sancio, perfino Babieca (il cavallo del Cid) che scrive a Ronzinante. Questo prova che don Chisciotte è entrato nel mondo dei romanzi amati da Quijana e, ciò che più conta, che i suoi cittadini più illustri lo hanno accettato come un loro pari. Tuttavia, il problema che Quijana si trova ad affrontare è

¹⁰ P. CITATI, *Il Don Chisciotte*, cit., 6.

¹¹ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 30.

¹² *Ibidem*.

che il mondo nel quale vive non è più quello dei cavalieri erranti, se mai un mondo del genere è esistito. Il suo romanzo vivente – un romanzo dove i personaggi non sono fatti di carta e di inchiostro, ma di persone in carne e ossa che agiscono fisicamente le vicende che costruiscono la storia narrata – può così procedere soltanto attraverso finzioni, creazioni funzionali alla storia nelle quali oggetti e persone vere divengono qualcosa d'altro. È così, per esempio, che i mulini diventano giganti. Il personaggio don Chisciotte, come i cavalieri dei romanzi, deve annoverare tra le sue imprese un combattimento con i giganti. Ma i giganti non esistono, così quel romanzo di persone in carne e ossa prende quel che lì intorno assomiglia loro di più, e i mulini vanno benissimo: sono grandi come giganti e le loro pale, con un po' d'immaginazione, possono valere per enormi braccia che roteano minacciose.

Tutto il mondo della Mancia viene rimodellato in funzione del protagonista e del ruolo che questi deve assumere nella storia. Infatti, «il protagonista del romanzo, prima di caratterizzarsi per ciò che è [...], si caratterizza per ciò che aspira a essere. Il romanzo, così, si costruisce a partire dalla mania romanzesca del personaggio, dalla sua invenzione di sé e, di conseguenza, da tutto ciò che lo muove»¹³. Del resto, questo è espresso in modo più o meno letterale in alcuni passaggi del testo, come per esempio in questo dialogo con il contadino che accompagna Chisciotte al paese dopo la sua prima e disastrosa spedizione:

– Badi, signore, che io non sono né don Rodrigo de Narváez né il Marchese di Mantova, ma Pietro Alonso, il suo vicino; né la signoria vostra è Baldovino o Abindarráez, ma l'onorato gentiluomo signor Quijana.

– Io so bene chi sono – rispose don Chisciotte –, e so che posso essere non solo quelli che ho nominato, ma tutti e dodici i Pari di Francia e i nove della

¹³ M. ZAMBRANO, *Il sogno creatore* (trad. V. Martinetto; a cura di C. Marseguerra), Bruno Mondadori, Milano, 2002, 131.

Fama, perché le imprese che essi insieme o separatamente compirono, io le supererò tutte con le mie¹⁴.

Chisciotte inventa se stesso strada facendo, in una storia che ha tra i pochi punti fermi che lui è un cavaliere errante da manuale, o meglio da romanzo. E che Quijana sia conscio del fatto di muovere Chisciotte nell'invenzione priva di confini è evidente, forse più ancora che dal passaggio appena citato, da un episodio verso il finale della seconda parte. Stanco di questo romanzo, Chisciotte all'improvviso ne progetta un altro:

– Questo è il prato dove incontrammo quelle eleganti pastorelle e quei bei pastori, che in esso volevano ripristinare e imitare l'Arcadia pastorale, idea così peregrina quanto intelligente, a imitazione della quale, se ti sembra bene, io vorrei, o Sancio, che ci convertissimo in pastori, non foss'altro che durante il periodo che debbo star ritirato. Comprerò alcune pecore, e tutte l'altre cose che il pastorale mestiere richiede, e io col nome di *pastore Chisciottigi*, tu con quello di *pastore Panzino*, ce n'andremo pei monti, per le selve e i prati, cantando di qua, dando di là in lamenti, bevendo ai liquidi cristalli delle sorgenti, oppure ai limpidi ruscelli o a fiumi gonfi d'acque. Ci offriranno con generosa mano il oro frutto dolcissimo le querce, sedile i tronchi dei durissimi sugheri, ombra i salici, olezzo le rose, tappeti screziati di mille colori i vari prati, respiro l'aria tersa e pura, luce la luna e le stelle, nonostante l'oscurità della notte; piacere il canto, allegrezza il pianto, Apollo i versi, l'amore concetti, con cui potremo diventare eterni e famosi, non solo nei secoli presenti, ma nei futuri¹⁵.

E così, facendo ritorno per l'ultima volta a casa, Chisciotte spiega a Sancio che rientrano con i migliori auspici in paese, «dove daremo libero

¹⁴ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 59.

¹⁵ *Ivi*, 1134-1135.

campo a ciò che abbiamo pensato e un piano da seguire nella nostra vita pastorale»¹⁶.

Il problema, come dicevo, è che il mondo nel quale Quijana lascia che il personaggio-Chisciotte si sviluppi non dispone di tutto l'occorrente, perché è un mondo diverso da quello nel quale vivevano i cavalieri erranti (o i pastori dell'Arcadia, che del resto son vissuti soltanto nella fantasia di chi di loro ha scritto), e a Chisciotte tocca industriarsi, per così dire, o far di necessità virtù. Le stesse sue armi sono recuperate da un salone polveroso, e in un mondo nel quale gli elmi sono ormai lì a giacere nei musei una bacinella da barbiere va bene, purché ci si convinca che essa valga per l'elmo di Mambrino (un altro personaggio letterario, da altri romanzi). Vagando in lungo e in largo per la Mancia non c'è modo di incontrare oppressi ai quali prestare soccorso né di imbattersi in avventure degne di nota. Insomma, «nella Mancia non accade assolutamente nulla di straordinario; tutto è volgare, normale, anodino e routinario, e don Chisciotte lo sublima e lo idealizza in stile cavalleresco»¹⁷, così che una dozzina di galeotti incatenati può servire alla bisogna, in mancanza di meglio.

Il cavaliere errante (come spiega lo stesso Chisciotte a don Lorenzo, il figlio del Cavaliere dal Verde Gabbano) è perito di diritto, perché la cavalleria errante

è una scienza [...] che abbraccia in sé tutte o la maggior parte delle scienze del mondo, perché chi la professa deve essere giurisperito e conoscere le norme della giustizia distributiva e commutativa, per dare a ciascuno ciò che è suo e che gli compete; dev'esser teologo, per poter dar conto della legge cristiana che professa in maniera chiara e distinta, dovunque ve ne fosse richiesto; dev'esser medico, e soprattutto erborista per riconoscere, in mezzo a luoghi disabitati e deserti, le erbe che hanno la virtù di guarire le ferite [...]; e lasciando da parte che dovrà essere ricco di tutte le virtù

¹⁶ *Ivi*, 1171.

¹⁷ M. DE RIQUER, *Don Chisciotte e Cervantes* (trad. P. Collo), Einaudi, Torino, 2005, 152.

teologici e cardinali [...]. Di tutte queste qualità grandi e piccole è formato un buon cavaliere errante, e giudichi lei ora, signor don Lorenzo, se quello che impara il cavaliere che la segue e la professa sia roba da ragazzini, o se si può paragonare alle più alte discipline che insegnano nei ginnasi e nelle scuole¹⁸.

Le armi, infatti, sono superiori alle lettere (alle leggi), sebbene le lettere sostengano che sia il contrario, perché anche la guerra è soggetta alle leggi e che, pertanto, senza le leggi non sarebbe possibile l'uso delle armi e della forza. Ma a questo

Rispondono le armi che son le leggi che non potrebbero sussistere senza di loro, perché è con le armi che si difendono gli stati, si conservano i regni, si proteggono le città, si rendono sicure le strade, si spazzano i mari dai corsari e, insomma, se non fosse per loro, le repubbliche, i regni, le monarchie, le città, i percorsi di mare e di terra sarebbero soggetti alla crudele confusione che porta con sé la guerra per tutto il tempo che dura e che le è concesso di usare dei suoi violenti privilegi¹⁹.

E proseguendo la sua “lunga concione”, Chisciotte spiega che

È un fatto provato che ciò che costa di più, si stima, e dev'esser stimato, di più. Perché uno arrivi a essere eminente nelle lettere, gli costa tempo, veglie, fame, nudità, giramenti di testa, cattive digestioni, ed altre cose analoghe [...]; ma perché arrivi, coi suoi propri mezzi, a essere un buon soldato, non soltanto gli costa tutto ciò che costa allo studente, ma in misura tanto maggiore che non ha paragone, perché a ogni momento rischia di perder la vita²⁰.

¹⁸ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 731-732.

¹⁹ *Ivi*, 429-430.

²⁰ *Ivi*, 430.

Le armi, quindi, sono superiori al diritto in due sensi: in questo ultimo, perché costa più fatica diventare provetto nelle armi che provetto nelle lettere; e nel primo senso, perché senza le armi il diritto non esisterebbe. Il diritto si fonda sulla forza: i reami e le repubbliche non esisterebbero senza la forza degli eserciti e dei funzionari che mantengono l'ordine, rendendo così credibili le leggi attraverso l'esecuzione delle punizioni che minacciano.

Se sull'ultima affermazione possiamo esser facilmente d'accordo, solleva subito almeno qualche perplessità che sia più arduo diventare provetto nelle armi che diventare provetto nel diritto, cioè saggio legislatore o giudice. Ma le perplessità svaniscono se si pensa che anche in questo – l'uso e il ruolo della forza e delle armi – l'economia della narrazione di Chisciotte deve farla da padrona, così come il suo autore vuole e come la storia pretende. Chisciotte è il cavaliere errante dei romanzi, cioè l'armato che deve egli stesso riparare i torti che incontra e che spesso si trova nell'impossibilità materiale di ricorrere alla guida e al giudizio di altri. Egli è legislatore, giudice ed esecutore di giustizia, e assume su di sé la responsabilità delle sue scelte. Chisciotte ne è conscio – d'altra parte, la sua spedizione è proprio compiuta per cercar torti da riparare – ma, cavaliere errante raffazzonato, la faccenda la riassume così:

chi è costui che non sa che sono esenti da ogni competenza giudiziaria i cavalieri erranti, e che la loro legge è la spada, le loro sentenze il coraggio, e le procedure la loro volontà?²¹

Il cavaliere errante, quindi, come completamente libero dai vincoli del diritto, *legibus solutus*, non amministra ma decide la giustizia, sulle sole basi della propria forza fisica e della propria volontà. E infatti Chisciotte prosegue sostenendo che mai un cavaliere errante dovette pagare alcunché – tasse, pedaggi, abiti, alloggio. Da che si vota alla cavalleria, il cavaliere è

²¹ *Ivi*, 515.

egli stesso la legge, anzi la sua legge è la spada, perché con lo stesso atto egli la legge decide e amministra. I cavalieri sono sia difensori della giustizia che sostanzialmente estranei al diritto – questa è la lettura semplificata che dà Chisciotte del loro ruolo – essi «sono fuori da ogni giurisdizione [...]. Avete mai sentito di un cavaliere trascinato di fronte a un giudice, per quanti omicidi possa aver commesso? O di uno che abbia pagato tasse, dazi o gabelle? Quale sarto è mai stato pagato da un cavaliere per un vestito? Quale castellano lo accolse mai nel suo castello facendogli pagare l'ospitalità? E certamente nessuno di loro ha mai dato un soldo ai suoi scudieri. Li facevano governatori di qualche isola, o signori di questo o di quel regno conquistato»²². In effetti, Chisciotte promette spesso al fido Sancio che lo pagherà facendolo governatore di un'isola. Cosa che effettivamente avviene, grazie alla collaborazione di un personaggio – il Duca –, amante delle burle che comanda agli abitanti di una cittadina al centro dell'Aragona di fingere che il loro villaggio si chiami “Isola Barattaria” e di accogliere per qualche tempo Sancio come il loro governatore obbedendogli come se lo fosse davvero²³.

Sempre nominato, tuttavia, il diritto non entra mai davvero nella storia di Chisciotte. Sancio governa l'isola, ma quel governo – che si dimostra saggio, peraltro – è una burla (e quella che Sancio governa non è neppure un'isola); quando un soldato della Santa Confraternita riconosce don Chisciotte come l'assalitore che ha fatto evadere i galeotti, il curato lo convince a lasciar perdere perché «quand'anche lo avessero arrestato e portato via, avrebbero poi dovuto rilasciarlo come pazzo»²⁴, e dopo qualche timida obiezione dello sbirro che sosteneva che affar suo fosse solo arrestarlo e non giudicarlo, lui e gli altri sbirri lasciano cadere la questione e si mettono a far da pacieri tra Sancio e il barbiere che litigano per un basto

²² A. SCHÜTZ, *Don Chisciotte*, cit., 30.

²³ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 923 ss.; cfr. M. DE RIQUER, *Don Chisciotte*, cit., 145-147.

²⁴ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 536.

d'asino. Perito di diritto, esecutore in terra della legge, il cavaliere errante della moderna Mancina prende dall'uno e dall'altra solo quello che gli serve: l'idea, o forse solo il nome, ma in nessun modo viene mai preoccupato dalla loro sostanza.

3. La liberazione dei galeotti

Ritorniamo all'incontro con la colonna di galeotti scortati dalle guardie, che don Chisciotte incontra nel capitolo ventidue della sua storia. Avvicinatosi a loro, egli

li interrogò sui loro delitti e da tutto ciò che gli dissero dedusse chiaramente che, sebbene fossero puniti per loro colpe, tuttavia le pene che si recavano a scontare non erano troppo gradite e che anzi vi andavano assai contro voglia, e forse ingiustamente. Decise perciò di soccorrerli, in quanto bisognosi e oppressi dai più potenti, poiché gli pareva «una crudeltà rendere schiavi quelli che Dio e la natura crearono liberi; tanto più, signori guardie – aggiunse Don Chisciotte – che questa povera gente non ha commesso nulla contro di voi; là ciascuno se la veda col suo peccato; c'è un Dio in cielo che non si dimentica di punire il cattivo e di premiare il buono, e non va bene che gli uomini dabbene siano carnefici degli altri uomini, non avendovi nessun interesse», e così chiese pacatamente che li mettessero in libertà. Ma non vollero obbedirgli con le buone, e allora Don Chisciotte si scagliò contro di essi e, aiutato da Sancio e dagli stessi galeotti, riuscì a liberarli²⁵.

Il cavaliere errante libera gli oppressi, le vittime dell'ingiustizia. Ora, a meno che Chisciotte non voglia contestare il diritto del re, è evidente che quelle persone incatenate non siano vittima di nessuna ingiustizia: esse,

²⁵ M. DE UNAMUNO, *Vita di Don Chisciotte e Sancio e altri scritti sul Chisciotte* (trad. e a cura di A. Savignano), Bompiani, Firenze-Milano, 2017, 341.

infatti, sono state giudicate da un tribunale legittimo e, perciò, la loro condizione è giusta. La cifra che spiega la vicenda, a mio parere, è ancora la narrazione di sé che Chisciotte va costruendo, una narrazione che prende spunto da eventi del mondo reale che trasfigura nel romanzo di persone in carne e ossa che Chisciotte racconta. Il fatto di quelle persone incatenate contro la loro volontà occupa per intero la scena di quel romanzo dal quale vengono rimossi tutti gli elementi disturbanti; le colpe commesse, le sentenze di condanna: in breve, tutto il senso giuridico della situazione viene eliminato e rimane solo il fatto, indubbio, che quelle persone sono incatenate contro la loro volontà²⁶. Esse sono, senza dubbio, molto più simili alle vittime di un'ingiustizia di quanto i mulini siano simili a giganti, e pertanto costituiscono il punto di partenza ideale per la costruzione di un perfetto episodio della storia della quale Chisciotte è protagonista. Subito Chisciotte domanda ai galeotti se siano felici della loro condizione e, ottenuto un no come risposta, si rivolge al commissario chiedendogli di liberarli. Essi, sostiene, non vi hanno fatto alcun male, «e non è bene che degli uomini onesti siano aguzzini di altri uomini, quando non ne guadagnano proprio nulla»²⁷. Come prevedibile, il commissario non ne ha la minima intenzione e Chisciotte, come del resto aveva avvertito, passa alle vie di fatto e libera lui stesso i prigionieri:

– Che bella spiritosaggine! – rispose il commissario –. E con che freddura è venuto fuori! Vuole che gli diamo i forzati del Re, come se noi avessimo l'autorità per scioglierli, o lui quella di ordinarcelo! Vada via, signore, se ne vada pei fatti suoi, e si raddrizzi quel bacile che porta in testa, invece di cercar rogne.

– La rognate voi, e voi siete la scabbia e il gran lazzarone! – rispose don Chisciotte.

²⁶ A. CLOSE, *A Companion to Don Quixote*, Tamesis, Woolbridge, 2008, 79.

²⁷ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 220.

n. 2/2019

E detto fatto, lo attaccò con tale rapidità che senza neanche dargli il tempo di difendersi lo stese al suolo malamente ferito dal colpo di lancia; e gli andò bene, perché era proprio quello armato di schioppo. Le altre guardie rimasero attonite e perplesse per l'inatteso incidente, ma ripresesi, misero mano, quelli a cavallo alle spade e quelli a piedi alle frecce, e assalirono don Chisciotte che con gran calma stava ad aspettarli; e sarebbe finita male per lui se i galeotti, vedendo l'occasione che gli si offriva di acquistare la libertà, non l'avessero aiutata cercando di spezzare la catena in cui erano infilati. Lo scompiglio fu tale che le guardie, per gettarsi sui galeotti che si scioglievano e per assalire don Chisciotte che li assaliva, finirono per non combinarne una buona²⁸.

Uno dei galeotti (Ginesio di Passamonte, che Chisciotte incontrerà di nuovo in seguito nei panni di Mastro Pietro) afferra subito lo schioppo del commissario, gli altri mettono mano alle pietre e tempestano le guardie con una gragnuola di sassate. In un attimo le guardie scappano e i prigionieri son liberati. La prima parte dell'episodio del romanzo *di Chisciotte* si conclude: il cavaliere ha liberato gli oppressi e ha fatto giustizia, come la sua missione impone e pretende.

Vale la pena di soffermarsi sull'argomento che Chisciotte utilizza per cercare di persuadere (invano) il commissario a liberare i prigionieri: queste persone non vi hanno fatto alcun male. Indubbiamente, Chisciotte dice la verità: nessuno di loro, infatti, ha mai fatto niente al commissario e alle altre guardie. Certo, esse qualcosa di male hanno fatto – sono stati condannati per vari reati, e per questo si trovano adesso in catene – ma il male lo hanno fatto ad altri, non a loro. Pertanto – questo è l'argomento di Chisciotte – non esiste una ragione per la quale le guardie debbano tenere costoro in catene, tanto più che a farlo non ci guadagnano niente.

²⁸ *Ivi*, 221.

Chisciotte, come ho detto, non è interessato alle questioni del mondo reale, a lui interessa solo che i condannati *assomiglino* abbastanza a degli oppressi per poterli usare da base per la costruzione del suo romanzo.

L'incontro con i galeotti mette Don Chisciotte in grado di esercitare la propria missione cavalleresca – “aquí encaja la ejecución de mi oficio: *desfacer* fuerzas y socorrer y acudir a los miserables!” – sebbene egli soddisfi la lettera più che lo spirito di questa vocazione. Don Chisciotte non trasforma la realtà; piuttosto, interpreta la realtà secondo la propria preferenza, strettamente letterale²⁹.

In altre parole, il suo argomento è materialmente corretto, ma altrettanto sbagliato se si considera, come si deve fare, che le guardie non hanno bisogno di ragioni personali per eseguire la pena inflitta ai condannati. La violenza nella quale la pena consiste è infatti violenza *legittima*, sanzione stabilita dalle leggi e comminata dai giudici. Le guardie, come il commissario ricorda a don Chisciotte, non hanno il potere di liberare i condannati perché, al contrario, hanno il dovere di tenerli legati e di condurli al luogo della loro prigionia. Infatti, se nella loro materialità la violenza usata dai delinquenti e la violenza usata dai pubblici funzionari sono identiche, esse sono però estremamente diverse nella qualificazione che ricevono da parte dell'ordinamento giuridico.

Don Chisciotte – forgiato sul modello dei romanzi cavallereschi che non può che intendere per racconti veritieri, *dato che dalla loro verità dipende la sua stessa esistenza* (si pensi, per l'esempio più evidente, alla sua pretesa che le gesta di Amadigi di Gaula siano fatti storici) – non mostra però di aver capito bene quale sia il ruolo del cavaliere errante nel far giustizia. Il cavaliere che ha la legge nella sua spada e che legittima le sentenze soltanto con il proprio coraggio perché possiede ogni competenza

²⁹ H. MANCING, *Knighthood Compromised*, in H. BLOOM (a cura di), *Miguel de Cervantes*, Chelsea House, Philadelphia, 2005, 22.

giudiziaria è al massimo un'iperbole retorica, non certo una precisa descrizione della sua autorità, che è sempre fondata sul diritto il cui decisore e custode rimane sempre il sovrano. Si pensi, per esempio, a questo passaggio dell'*Érec et Énide* di Chrétien nel quale Artù ribadisce il ruolo del re nella produzione e nella difesa del diritto:

Je sui rois, si ne doit mantir,
Ne vilenie consantir,
Ne fauseté ne desmesure;
Reison doi garder et droiture,
Qu'il apartient a leal roi
Que il doit maintenir la loi,
Verité, et foi, et justise.
Je ne voldroie an nule guise
Fere deslëauté ne tort,
Ne plus au foible que au fort³⁰.

Come spesso accade, Cervantes lascia il lettore nel dubbio se Chisciotte finga o se davvero non comprenda. Sia in un caso che nell'altro, però, «se Don Chisciotte è il primo cavaliere di una nuova epoca della cavalleria errante, è anche un pessimo cavaliere, malgrado le parole di esaltazione che dedica continuamente a se stesso»³¹, dato che il risultato della sua impresa è comunque il paradosso del cavaliere errante che si pone in conflitto con la legge del Re, del cavaliere che anziché difendere il diritto lo viola apertamente.

Don Chisciotte, interpretando in modo elementare uno dei fini della cavalleria medievale (ridare la libertà al forzato o allo schiavo), quantunque ciò presupponga dimenticarsi dei principî di giustizia e di pena per i

³⁰ C. DE TROYES, *Œuvres complètes* (a cura di D. Poirion), Gallimard, Paris, 1994, 44 (vv. 1757-1766).

³¹ P. CITATI, *Il Don Chisciotte*, cit., 45-46.

delinquenti, che costituivano una delle missioni essenziali del cavaliere, restituisce la libertà ai galeotti, cosa che gli riesce relativamente facile potendo contare sulla loro collaborazione³².

4. *L'eroe, la giustizia e la questione della follia*

In realtà, Chisciotte non fraintende soltanto il ruolo della cavalleria medievale, ma in generale travisa anche l'idea della giustizia che è suo dovere proteggere. Quando decide di partire, armato, per vagare *disfacendo ogni specie di torti*³³, cioè per far giustizia,

don Chisciotte non cerca la giustizia della compensazione, che soddisfa l'offesa col dolore dell'offensore. Non pensa a vendicare un torto subito da lui: anzi, non pensa in generale a vendette o punizioni. Certo, egli parte armato: non esclude di esercitare la violenza, e talvolta (generalmente a sproposito) effettivamente la esercita. Ma non è attratto dal piacere di infliggere dolore, neppure col sostegno a l'autorizzazione delle leggi. Non vuole punire, ma *disfare* il torto. E il più grave dei torti è proprio l'uso brutale e vendicativo della legge³⁴.

Nella *sua* narrazione, come abbiamo visto, don Chisciotte non inventa mai qualcosa completamente; ogni episodio del *suo* romanzo, come ho mostrato, prende dal mondo reale lo spunto, l'occasione dalla quale partire, e dal mondo reale viene preso soltanto ciò che serve perché funzionale alla tenuta della storia.

La mia legge è la spada, la legittimazione di questa legge è il mio coraggio: questo, va ripetendo a ogni piè sospinto. Ciò ha fatto ipotizzare

³² M. DE RIQUER, *Don Chisciotte*, cit., 111.

³³ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 31.

³⁴ D. CORRADINI, *La «straziante» giustizia*, in L. ALFIERI, D. CORRADINI (a cura di), *Abissi. Meditazioni su Nietzsche*, Giuffrè, Milano, 1992, 321.

che la storia che Chisciotte va inventando sia una tragedia, con lui eroe tragico legato al proprio compito e al proprio ruolo negli eventi che proseguono ineluttabili, e con lui solo che assume su di sé ogni responsabilità perché è questo che l'eroe tragico fa perché non potrebbe fare altro. Secondo questa interpretazione, nell'episodio dei galeotti

la giustizia supera il diritto: al diritto che uguaglia, che trascura l'individualità dei galeotti riducendoli alla categoria del condannato, che in quanto tale *deve* soffrire, don Chisciotte contrappone la giustizia che distingue, che considera il singolo nella sua peculiarità ["Quale male vi hanno fatto *questi* uomini?", domanda al capitano (N.d.A.)], e al singolo rimette il giudizio su se stesso. La giustizia tragica non richiede la punizione, ma l'assunzione di responsabilità. Che ciascuno riconosca i propri atti e li consideri per quello che sono: *che il proprio peccato se lo porti ciascuno con sé*. Il paradosso, la comicità, stanno qui nel fatto che l'eroe tragico tratta i galeotti come se fossero eroi tragici a loro volta, come se essi potessero vedere nella libertà che viene loro offerta qualcosa di più che l'insperata fortuna di sfuggire alle galere³⁵.

Questa lettura, con tutto il rispetto, mi pare difettosa. Se prendiamo alla lettera il testo di Cervantes per accettare la tesi della pazzia di Quijana che diviene Chisciotte, allora sulle cause di quella pazzia e sugli intenti di Quijana Cervantes è chiaro: Quijana avrebbe voluto prendere carta e penna per scrivere lui stesso la continuazione delle avventure che gli autori avevano lasciato in sospeso; ma Quijana ha perduto il senno per aver letto troppi di quei romanzi senza senso, così anziché scrivere le gesta di un qualche eroe si convince di essere lui stesso quell'eroe. Visto che le cose stanno così,

si deve dunque accettare l'idea che questo prudente e colto gentiluomo di campagna impazzisce non in seguito a una scossa terribile, come Aiace o

³⁵ *Ivi*, 322.

Amleto, ma perché ha letto troppi romanzi cavallereschi [...]. Qui non vi è nulla di tragico. Nell'analisi della sua pazzia dobbiamo lasciar da parte l'elemento tragico come pure il tipico legame, proprio di Shakespeare e dei romantici, fra saggezza e follia, in cui l'una non è pensabile senza l'altra.

La saggezza di don Chisciotte non è quella d'un pazzo; è l'intelligenza, la nobiltà, la costumatezza e la dignità d'un uomo prudente ed equilibrato; egli non è né demoniaco né paradossale, non è tormentato dal dubbio e dalla contraddizione, dal sentirsi senza patria in questo mondo, anzi è sempre uguale e ponderato, sensibile, benevolo e discreto anche nell'ironia, è anche piuttosto conservatore e in ogni modo consenziente con lo stato di cose esistente. Questo si rivela in tutti i suoi rapporti con gli uomini, e specialmente con Sancio Panza, ogni volta che, per un tempo più lungo o più breve, la sua idea fissa si trae in disparte³⁶.

È vero che Chisciotte assume su di sé la responsabilità, ma è anche vero che lo fa nel contesto di un romanzo cavalleresco, nel quale l'assunzione di responsabilità del cavaliere-eroe è molto diversa da quella dell'eroe tragico. La sua responsabilità è quella di fare giustizia perché, più di ogni altra cosa, egli serve la giustizia e di essa è strumento. Come abbiamo visto, in un mondo nel quale i cavalieri erranti non ci sono più il romanzo di Chisciotte può svilupparsi solo se il mondo reale si piega alla "teoria", per chiamare così lo schema narrativo che Chisciotte impone al mondo (i mulini a vento divengono giganti, la locanda diventa un castello, il locandiere un signore, le prostitute delle damigelle).

Ma anche la "teoria" deve a volte cedere di fronte alla realtà. Come abbiamo visto, i galeotti diventano oppressi perché la storia pretende che il cavaliere ne liberi qualcuno. Il capitano delle guardie spiega che quelli sono condannati per aver violato la legge del re, e che perciò non sono oppressi ma delinquenti. La spiegazione del capitano regge, anche nel romanzo cavalleresco e nelle regole della cavalleria. A quel punto, perché l'occasione

³⁶ E. AUERBACH, *Dulcinea incantata*, in E. AUERBACH (a cura di), *Mimesis. Il realismo nella letteratura occidentale*, vol. II, Einaudi, Torino, 2000, 104-105.

per la narrazione non sfumi, Chisciotte modifica queste leggi, le reinterpreta, le fraintende a bella posta in modo che il cavaliere possa compiere la sua missione come il romanzo pretende. Così ancora Auerbach:

L'idea fissa di don Chisciotte si guarda bene dal sentirsi responsabile di ciò ch'egli combina, eliminando così ogni tragico turbamento della coscienza. Egli ha agito secondo le leggi della cavalleria errante, come abbiamo visto [da lui fraintese e riscritte (N.d.A.)], e con ciò la sua coscienza è a posto [...]. Non si sente colpevole quando il parroco, al principio del capitolo 30, per metterlo alla prova, gli espone le cattive conseguenze prodotte dalla liberazione dei galeotti; allora risponde adirato che è dovere del cavaliere errante d'aiutare gli oppressi, ma non anche l'esaminare se soffrano a ragione o a torto; e con ciò la questione per lui è risolta³⁷.

L'epilogo della vicenda, tra l'altro, è disastroso per lo stesso Chisciotte. Liberati i prigionieri, comanda loro di andare dalla sua Dulcinea del Toboso per raccontarle tutto quel che è successo. Ovviamente, loro trovano più saggio darsi alla macchia perché, a differenza di Chisciotte, sanno bene che sono appena diventati ricercati e reagiscono alle insistenze di Chisciotte prendendolo a sassate, aggredendolo e fuggendo. Il romanzo *di Chisciotte* cede qui il posto al romanzo *di Cervantes*: la realtà ha smesso di farsi piegare alla fantasia e Chisciotte-Quijana si ritrova a terra, malconcio e derubato da coloro che aveva appena liberato e conclude deluso «che far bene a villani è come gettare acqua al mare»³⁸. Tuttavia, non c'è in questa sua constatazione un'ombra di ripensamento, men che mai di pentimento. Il cavaliere deve liberare gli oppressi e gli oppressi ha liberato compiendo così il suo dovere. Non importa che essi non gli sian stati grati «poiché, se si potesse far conto in anticipo sulla loro riconoscenza, la nostra impresa sarebbe priva di ogni valore»³⁹.

³⁷ *Ivi*, 102.

³⁸ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 224.

³⁹ M. DE UNAMUNO, *Vita di Don Chisciotte*, cit., 355.

Ma è poi folle, don Chisciotte? Forse è folle Quijana, anche se la sua follia non va intesa nel senso letterale di malattia di mente ma nel senso metaforico di eccesso, di impresa azzardata (creare un personaggio letterario in carne e ossa e farlo agire nel mondo), ma don Chisciotte folle non è di certo. Anzi, la “follia” di Quijana scompare ogni volta che egli diventa Chisciotte, dove il personaggio fa esattamente ciò che il cavaliere errante deve fare secondo il modello sul quale il personaggio è costruito. Non è vero, come è stato sostenuto, che «la follia di don Chisciotte lo pone radicalmente al di fuori, sia fisicamente che moralmente, del mondo nel quale abita»⁴⁰, perché il mondo nel quale don Chisciotte abita non è il mondo che vediamo intorno a noi, ma un mondo che prende dal mondo nel quale viviamo ciò che gli serve per costruirne un altro, nel quale sarebbe posto radicalmente al di fuori Quijana e dal quale siamo radicalmente posti al di fuori anche noi, che non siamo personaggi di un romanzo.

Considerando l'intero episodio (o meglio, l'intero capitolo, che come abbiamo visto consta di due parti distinte) stupisce che parte della critica possa vedere in esso l'espressione di un Chisciotte in qualche modo “rivoluzionario”, ostile al potere costituito che denuncia con le azioni come ingiusto e oppressivo. Infatti,

la critica romantica ha interpretato questo episodio in modo totalmente arbitrario. In esso ha visto un don Chisciotte paladino della libertà e coraggioso avversario della tirannia. Sicuramente in quest'episodio don Chisciotte rivela uno scardinamento del concetto di giustizia in quanto difende non cause giuste ma le più ingiuste possibili, come ridare la libertà a persone socialmente pericolose, e che poi, prendendo a sassate don Chisciotte e Sancio, dimostreranno la viltà delle loro azioni. L'avventura dei galeotti costituisce una delle maggiori «quijotadas» di don Chisciotte, dando alla parola il senso che in spagnolo ha acquisito⁴¹.

⁴⁰ R. GONZÁLEZ ECHEVARRÍA (a cura di), *Cervantes' Don Quixote*, cit., 7.

⁴¹ M. DE RIQUER, *Don Chisciotte*, cit., 112.

Numerosi passaggi del libro contraddicono la lettura di un Chisciotte rivoluzionario. Al contrario, egli si mostra ben saldo nella convinzione che le regole sociali e giuridiche, prime tra tutte quelle che stabiliscono le gerarchie, siano qualcosa da tenere nel massimo rispetto. Don Chisciotte è un conservatore. Anzi, più che un conservatore è un restauratore: l'idea stessa del suo romanzo regge per intero su un mondo che non esiste più, e pertanto perché la narrazione regga questo mondo che appartiene al passato deve essere imposto sul presente, se necessario anche con la forza. Non c'è niente di rivoluzionario in questo, così come non ha niente di rivoluzionario il codice di regole della cavalleria – ora vere, ora fraintese a bella posta, ora inventate sul momento da Chisciotte stesso – secondo il quale Chisciotte agisce e sul quale modella la sua vita.

5. Ancora sulla metanarrazione

È pur vero che nel *Chisciotte* la realtà aiuta spesso la fantasia. Come ho mostrato con qualche esempio in apertura, le coincidenze fortuite che fanno sì che gli episodi del romanzo *di* Chisciotte abbiano l'esito voluto dal suo autore sono frequenti. Colpi di fortuna, insomma, che consolidano il personaggio nella propria convinzione di vivere in un pieno contesto di realtà.

Nella seconda parte dell'opera di Cervantes don Chisciotte viene spesso riconosciuto dalle persone che ne hanno letto le gesta raccontate nella prima parte (che divengono anch'esse, così, personaggi di romanzo, entrando nella narrazione). E quando il libro si avvia verso la conclusione, don Chisciotte incontra addirittura un personaggio del *Secondo Chisciotte* di Avellaneda – don Álvaro –, al quale spiega che il don Chisciotte che ha incontrato in quel romanzo apocrifo era un impostore. Viene poi finalmente riconosciuto da tutti quando, assieme a Sancio, entra a Barcellona.

Da un lato, queste sono tutte conferme che don Chisciotte è diventato un *reale* personaggio dei romanzi, cioè che *il suo* romanzo ha funzionato. Nel contempo, è però un gioco che fa entrare Cervantes nella storia. Un gioco che compare fin dal principio, nel capitolo sesto, quando il barbiere trova nella biblioteca di Qujiana un libro di Cervantes: *La Galatea*. Il curato commenta che si tratta di un libro che promette molto e che conclude poco, dicendo che però si deve sospendere il giudizio attendendo di leggere anche la seconda parte, che l'autore ha già annunciato da tempo ma che ancora non si è vista⁴². E che, aggiungo, non si vedrà mai, perché Cervantes finì per non scriverla. O nel racconto dello schiavo, dove «un certo de Saavedra» (cioè lo stesso Cervantes, che qui si cita con il cognome della madre) viene ricordato come il soldato spagnolo che, nel bagno penale di Algeri – dove Cervantes fu effettivamente detenuto – nonostante la sua indisciplina riuscì, non si sa come, a scampare sia la morte che le punizioni⁴³. Ma oltre a questo vezzo dell'autore che aggiunge un altro livello di metanarrazione, la seconda parte rafforza la tenuta narrativa del *romanzo di Chisciotte* proprio perché questi viene riconosciuto da molte delle persone che incontra: “voi siete don Chisciotte!”, esclamano in diversi, aggiungendo realtà alla realtà che don Chisciotte stesso possiede in quella storia. Qui il punto è che «prima che Don Chisciotte parta per la sua terza spedizione la storia delle sue avventure precedenti è già stata raccontata in un libro che la maggior parte delle persone che incontra ha già letto»⁴⁴ – tra la pubblicazione della prima parte del *Chisciotte* e la pubblicazione della seconda parte passano dieci anni.

Questo gruppo anonimo di lettori si è formato un idealtipo della personalità di Don Chisciotte e dei modi in cui agisce e reagisce; si aspettano da lui un certo tipo di comportamento, che include le sue aspettative a proposito delle loro reazioni, e sono preparati a orientare il loro comportamento in

⁴² M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 72.

⁴³ *Ivi*, 445.

⁴⁴ A. SCHÜTZ, *Don Chisciotte*, cit., 40.

modo che egli possa interpretarlo come una risposta adeguata alle sue azioni. Un po' per prenderlo in giro e un po' per entrare in contatto con lui, costruiscono all'interno della realtà del loro mondo della vita quotidiana un mondo di gioco, di scherzo, di far credere e di "far finta" che – così sperano – sarà preso per realtà da Don Chisciotte all'interno del suo sotto-universo privato. Ma poiché non appoggiano mai il proprio accento di realtà sul loro mondo di finzioni, non possono riuscire a stabilire un universo di discorso in comune con Don Chisciotte e, di conseguenza, non entrano in una vera relazione con lui⁴⁵.

“Accento di realtà” è un'espressione con la quale Schütz rende il concetto di “sotto-universo” reale teorizzato da William James nei suoi *Principi di psicologia* del 1890. Tutto ciò che possiamo pensare in modo non contraddittorio – questa la tesi di James – viene creduto e, pertanto, diventa reale. Chisciotte, lo abbiamo visto, dispone di mille modi per far quadrare tutto ciò che accade nel suo mondo di romanzo, perché questo mondo gli offre decine e decine di episodi dai quali attingere per rendere una sua conferma ogni cosa che dovrebbe contraddirlo e falsificarlo (e poi, quanto tutta la storia sembra in procinto di sgretolarsi, ci sono sempre gli incantatori, e sono incantatori moderni che non è detto seguano le stesse pratiche di quelli antichi). I suoi lettori, quelli che lo riconoscono e che cercano di entrare in contatto con lui, vivono nel mondo della quotidianità e in questo mondo rimangono: per loro Chisciotte è uno scherzo, un gioco, un'occasione di burla. Ma non importano le loro intenzioni, perché don Chisciotte li accalappa e li traduce nel proprio mondo, il mondo del romanzo, nel quale entrano trasfigurati così come il modello che Chisciotte mette in atto pretende.

La complessità della metanarrazione è dunque variabile, perché non si struttura sempre nello stesso numero di livelli. Essa, alla fin fine, si può cogliere nel suo massimo livello di complessità ponendosi nella prospettiva

⁴⁵ *Ibidem*.

di Cervantes, che poi è, in definitiva, quella dell'autore del solo romanzo, tra questi, che possiamo tenere in mano. E la prospettiva di Cervantes, come di don Chisciotte, è quella, quale «il suo mondo diventa un giuoco in cui ogni personaggio» – tra i quali Cervantes stesso, quando entra nella storia – «è giustificato soltanto dalla sua vita collocata al suo luogo»⁴⁶.

Che don Chisciotte viva una storia che inventa man mano seguendo il canovaccio dei romanzi è evidente, e i passi che ho citato più sopra (il dialogo con il contadino che lo riporta a casa, la decisione di cambiare tutto, anche i nomi, e di diventare pastori dell'Arcadia) lo confermano abbastanza. Ma la forza di attrazione dell'idea originaria di Quijana – il romanzo cavalleresco – è sempre la più potente e prevale sia sul ritorno al mondo quotidiano (che poi è l'idea di smettere di scriverlo) sia sulle tentazioni di cambiare registro e narrazione.

Si pensi all'episodio (nella seconda parte) del teatrino di Mastro Pietro, dove viene messa in scena "La liberazione di Melisendra", una storia che Quijana conosce bene e che rientra nel mondo di Chisciotte, un mondo nel quale quella storia non è romanzo ma realtà. Chisciotte osserva lo spettacolo delle marionette e, «vedendo i Mori che inseguono i fuggitivi, [...] pensa che sia suo dovere correre in aiuto di un re tanto famoso e di una così bella dama. Sguaina la spada e lascia cadere furiose sciabolate sul teatro dei pupazzi, sordo alle esortazioni di Mastro Pedro, che lo scongiura di riflettere, che non sono veri mori ma solo figurine di cartapesta»⁴⁷. Chisciotte non riconosce in Mastro Pietro il bandito Ginesio di Passamonte – uno dei galeotti che aveva liberato e che, oltretutto, aveva capitanato l'aggressione verso il cavaliere liberatore dando mostra di ingratitudine – perché nella sua storia Ginesio non c'è né c'è mai stato: questi prima era una vittima dell'oppressione e adesso è un narratore del quale, come di Quijana, Chisciotte vede solo la storia che racconta.

⁴⁶ E. AUERBACH, *Dulcinea incantata*, cit., 113.

⁴⁷ A. SCHÜTZ, *Don Chisciotte*, cit., 45.

«Noi, il pubblico, siamo impotenti rispetto alla realtà dell'opera d'arte o del teatro; come spettatori possiamo soffrirne o goderne, ma non siamo nella posizione di poter interferire, di modificarla con le nostre azioni»⁴⁸. Il punto è che di fronte al teatrino di Mastro Pietro don Chisciotte non è pubblico, perché quella che per noi è una recita per lui è invece qualcosa di reale che sta accadendo davanti ai suoi occhi: personaggio di romanzo lui e personaggi di romanzo i Mori e Melisendra in fuga, irrompe nella storia come il suo personaggio esige. Così l'eroe attacca i Mori, li mette in fuga e salva la dama con un gesto eroico che, nel nostro mondo di osservatori, è solo uno sfacelo di giocattoli.

Potrebbe sembrare che «nei molteplici incontri di don Chisciotte con la realtà non si produce mai una situazione che ponga in dubbio il diritto alla vita di tale realtà. La realtà ha sempre ragione contro di lui, e dopo qualche allegra confusione continua indifferente e integra»⁴⁹. Potrebbe sembrare, certo: i mulini a vento lo fanno rovinare a terra, i danni al teatrino di Mastro Pietro vengono pagati, ma questo non riguarda Chisciotte né il suo romanzo; sono accidenti esterni alla storia che – in quanto esterni, appunto – non la riguardano. In realtà, il punto è che «l'intelaiatura del pannello che Mastro Pedro mostra è la frontiera di due continenti spirituali, all'interno, il pannello trattiene un mondo fantastico, articolato dal genio dell'impossibile: è l'ambito dell'avventura, dell'immaginazione, del mito. All'esterno, si fa spazio una locanda in cui si raggruppano alcuni uomini»⁵⁰ tra i quali sbagliremmo a contare don Chisciotte perché lui non appartiene al continente al di qua del pannello, ma sempre e soltanto a quello al di là di esso, assieme a tutti gli altri personaggi di fantasia che lo abitano. Don Chisciotte rimane fermo entro la legge della letteratura, perché «il suo

⁴⁸ *Ivi*, 46.

⁴⁹ E. AUERBACH, *Dulcinea incantata*, cit., 100.

⁵⁰ J. ORTEGA Y GASSET, *Meditazioni del Chisciotte e altri saggi* (a cura di G. Cacciatore, M.L. Mollo), Guida, Napoli, 2016, 122.

blasone è la costanza»⁵¹, e questa sua fedeltà prosegue nonostante le molte interruzioni causate dalle intromissioni dei tanti personaggi che irrompono nel suo mondo⁵², cercando di ricondurre don Chisciotte nel loro, nel nostro. Il teatrino di Mastro Pedro viene ripagato, e molto più generosamente di quanto vale, così che si finisca presto di discutere, che questa intromissione cessi e che don Chisciotte possa tornare giustamente a gloriarsi di aver sgominato i mori e tratto in salvo la bella Melisendra.

6. *La vita e la storia*

Secondo la tesi della follia, il buon hidalgo Quijana ha nel suo delirio dei momenti di lucidità. Uno di questi momenti l'abbiamo incontrato nel dialogo con il contadino che lo riconduce a casa al termine della sua prima, disastrosa spedizione. «Io posso essere chi voglio!», risponde l'hidalgo al suo compagno di viaggio che voleva persuaderlo di non essere un cavaliere. Lì non è don Chisciotte a parlare, ma Quijana, appunto, che svela il gioco senza che il suo interlocutore capisca: questo personaggio è il frutto della mia fantasia, e come ho creato questo posso crearne quanti altri mi pare.

In tutta onestà, mi pare difficile far rientrare questo episodio nella logica folle/savio. Piuttosto, come ho cercato di mostrare in apertura, si tratta della pura e semplice spiegazione che Quijana sa di essere Quijana, ma nello stesso tempo sa di poter essere anche chiunque altro perché non ci sono limiti a ciò che la fantasia e l'invenzione artistica possono creare. Si potrebbe obiettare che, invece, questi limiti ci sono e che è il mondo stesso che li pone: nessuno può cavalcare un ippogrifo fuori dall'*Orlando Furioso* e nessuno può combattere giganti fuori da qualsiasi romanzo, per la semplice ragione che né l'uno né gli altri esistono né nella Mancia né altrove.

⁵¹ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 1068.

⁵² Cfr. C. GOOD, *Don Quijote and the Law of Literature*, in *Diacritics*, 29.2/1999, 44.

L'obiezione è ineccepibile, certo, ma è l'obiezione che faremmo noi, che non siamo Quijana e che i romanzi ci limitiamo a leggerli.

Si pensi a quel che Giuliano Imperatore dice di Alessandro nella quarta *Consolazione* (scritta nel 359 in occasione della partenza di Salustio, un suo amico e maestro):

si racconta che Alessandro auspicava un Omero. Non per approfittare della sua compagnia, ma per diffondere la sua fama [...]. Solo che quest'uomo [Alessandro] non ha mai avuto occhi *per il presente*; non era mai soddisfatto di quel che gli veniva accordato *nel suo proprio tempo* e non si accontentava dei beni che gli venivano [effettivamente] dati. Anche se gli si fosse presentato un Omero, egli avrebbe certo provato la nostalgia della lira di *Apollo*, con la quale quello cantava le nozze di Peleo. Infatti Alessandro considerava queste storie [...] non come mere creazioni dello spirito poetico di Omero, ma come qualcosa di reale, che Omero aveva introdotto nella trama del suo poema⁵³.

Quijana credeva nell'*Amadigi* e Alessandro credeva nell'*Odissea*? Niente affatto: «Alessandro credeva ai miti omerici *come a eventi reali*, scrive [...] Giuliano. Certo non ne ignorava l'origine poetica, né che fossero stati composti per il divertimento, e non per un'utilità filosofica o etica. Eppure, li prendeva tanto per veri da desiderare che lo stesso Apollo ne componesse per lui, per dare alle sue gesta la stessa fama eterna di quelle di Achille. E che cosa lo induceva a una tale paradossale credulità, se non il fatto che, per quanto primo fra i Greci, era sempre inappagato da ciò che aveva e bramoso di ciò che non era in suo potere?»⁵⁴. Quijana (e Chisciotte) non ignora che la storia che si va costruendo tra modello, intenzioni

⁵³ 250d-251a, in A. KOJÈVE, *L'imperatore Giuliano e l'arte della scrittura* (trad. L. Ginzburg), Donzelli, Roma, 1998, 56.

⁵⁴ R. ESCOBAR, *Eroi della politica. Storie di re, capi e fondatori*, Il Mulino, Bologna, 2012, 79-80.

originarie, contingenze che ne impongono una riscrittura, procede tortuosa e chiede al lettore di forzare i limiti della normale condiscendenza. Tuttavia, nel caso di don Chisciotte, quei limiti che son le “cose che in un romanzo sarebbero tacciate d’inverosimile” si spostano in avanti, perché la prospettiva di osservazione (e di giudizio, di valutazione dell’inverosimiglianza) non è il mondo reale ma già un romanzo. «Anche nel sotto-universo del mondo privato di Don Chisciotte sono possibili infatti il sogno e l’immaginazione, un mondo fantastico dentro a un mondo fantastico»⁵⁵, e quindi è possibile che l’immaginazione e il fantastico escano dal seminato e divengano inaccettabili. Così, non è inverosimile che esistano gli incantatori, ma è inverosimile che gli incantatori agiscano in modo diverso dagli incantatori dei romanzi del modello; ed è qui che don Chisciotte forza (di poco, concediamolo) il limite della condiscendenza: forse i moderni incantatori agiscono in modo diverso da quelli antichi.

Questa ipotesi lo soddisfa e ciò che più conta soddisfa il romanzo, che sulla base di essa, subito presa come dimostrata, ingabbia la contingenza e la rende parte dell’ossatura della trama. Fin dal principio, don Chisciotte ha accettato ingenuamente che il suo mondo cavalleresco includa qualche anomalia prosaica: riconciliare queste anomalie ricorrendo agli incantamenti e alle loro trasformazioni, cosa che Chisciotte fa molto spesso, non significa metter quel mondo in questione⁵⁶; al contrario, significa rafforzarne la realtà.

È follia, quella di don Chisciotte (e di Alessandro)? È difetto di razionalità o mancanza d’intelligenza? Come scrive Kojève,

dato che si tratta in questo caso di Alessandro, non può trattarsi di “ingenuità” o di mancanza di intelligenza. Giuliano indica infatti tutt’altra ragione. Cioè un desiderio di *fama* (o di riconoscimento, nel senso hegeliano del termine) non soddisfatto dalla celebrità acquisita quando era

⁵⁵ A. SCHÜTZ, *Don Chisciotte*, cit., 43.

⁵⁶ A. CLOSE, *A Companion*, cit., 199.

vivo. E poiché Giuliano parla di Alessandro e di Omero, egli vuole senza dubbio dirci che il desiderio di fama o di “riconoscimento” che spinge gli uomini a trasformare delle finzioni poetiche in miti [...] che essi accettano come *veri* è tale che esso non sarà soddisfatto da alcuna azione svolta sulla terra, né dalle lodi di qualunque genere che essi vi si procureranno. Del resto, Giuliano si preoccupa di sottolineare che nulla di ciò che avviene *nel tempo* potrebbe soddisfare Alessandro⁵⁷.

Come succede all'insoddisfatto Alessandro, nulla che avviene *nel tempo* può accontentare Quijana che, infatti, per noia e per totale disinteresse, si inventa in don Chisciotte in altro tempo e in altro luogo. Nel tempo del romanzo e nel suo spazio, due spazi concettuali nei quali tutto è contemporaneo e tutto è insieme prossimo e remoto, dove il cavaliere che sta per soccombere in Inghilterra viene soccorso da un cavaliere amico suo che si trovava fino a un istante prima nelle Fiandre, tempestivamente trasportato nella battaglia da un incantatore, dove il libro aperto da Melissa presso il sepolcro di Merlino fa passare di fronte a Bradamante una processione di spiriti di antichi, di viventi e di futuri, e dove Chisciotte, calato per poco più di un'ora nella grotta di Montesinos, sostiene di avervi trascorso tre giorni e tre notti e, come afferma Sancio, di certo dice il vero, «poiché tutte le cose che gli son successe sono di incantesimo, e forse quella che a noi pare un'ora, laggiù deve sembrare tre giorni, e rispettive notti»⁵⁸. Il racconto di Chisciotte di ciò che ha visto nella grotta è impressionante: palazzi di cristallo, prati, Dulcinea, Durandarte che giace incantato da Merlino e mille altre meraviglie. Tirato fuori dalla grotta comicamente addormentato, si risveglia e racconta tutto ai suoi attoniti compagni, che forse pensano – come facciamo noi – che tutto questo esplorare e incontrare sia stato soltanto un complicato sogno (e il Cide Hamete, concludendo il capitolo, sbrigativamente chiosa che è probabile che questa avventura sia

⁵⁷ A. KOJÈVE, *L'imperatore Giuliano*, cit., 56-57.

⁵⁸ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 778.

apocrifa, perché troppo inverosimile). Tuttavia, sbagliano tutti: questa avventura, abbandonata dall'autore in mezzo a tante altre stravaganze, è invece centrale, è il principale asse tematico della seconda parte del libro⁵⁹. La discesa nella grotta di Montesinos, infatti, è il raggiungimento più perfetto della dimensione del romanzo. In quella grotta «Don Chisciotte penetrò nel mondo del mito, degli archetipi, della cavalleria, del mago Merlino, della tenebra, dell'Ade: mondo che stava lì incantato nella grotta, e che Don Chisciotte mise in rapporto col nostro spazio»⁶⁰.

Il punto è che questo spazio e questo tempo son ristretti nella misura, ed è proprio la misura che le rende insoddisfacenti per chi, come Chisciotte, Quijana e Alessandro, aspira a rimanere:

credere che in questa vita le cose debbano durare sempre nel loro stato è credere l'impossibile; pare anzi che in essa tutto proceda in tondo, voglio dire, in circolo: la primavera segue all'estate, l'estate all'autunno, l'autunno all'inverno, e l'inverno alla primavera, e così torna a girare il tempo con questa ruota incessante: solo la vita umana corre verso la fine più veloce del vento, senza speranza di ricominciare se non nell'altra che ha termini che la limitino⁶¹.

Così, scrive Cervantes, dice il Cide Hamete, non più storico e cronista ma *filosofo* maomettano. Che questa vita proceda o meno in un'altra poco conta, per Chisciotte e per Alessandro, perché se anche l'altra esiste essa, con questa, non ha nessun contatto. Muore Alessandro e muore Quijana, a meno che non trovino il primo un proprio Omero e il secondo un proprio Cervantes-Hamete che li trasformi nei personaggi di un romanzo, negli *eterni* personaggi di un altro mondo indifferente al tempo e allo spazio, indifferente alle stagioni che vanno in tondo. Perché quel mondo e questo

⁵⁹ A. CLOSE, *A Companion*, cit., 195.

⁶⁰ P. CITATI, *Il Don Chisciotte*, cit., 86.

⁶¹ M. DE CERVANTES, *Don Chisciotte*, cit., 1016.

hanno un contatto, anzi hanno la reciproca permeabilità che la pietra della tomba impedisce tra questa e l'altra vita. Ha ragione il Cide Hamete, *filosofo* maomettano, le stagioni vanno in tondo ma la vita va diritta. Fino a quando possiamo vedere, mentre l'inverno termina nella primavera, la primavera nell'estate e via così, la vita non termina in nessun'altra cosa che non sia altra vita e altra vita ancora, tanto che ci viene immediato immaginare che essa non finisca mai ma solo che continui da un'altra parte.

Scrive Borges di Pierre Menard, "autore" del *Chisciotte*, che «la verità storica, per lui, non è ciò che avvenne, ma ciò che noi giudichiamo che avvenne»⁶². Entrare nel romanzo, diventare reali personaggi di esso, fa sì che quella vita che lì si svolge possa continuare anche da *questa* parte, nelle vite di noi che quel romanzo leggiamo e che, leggendolo, portiamo quel mondo a mescolarsi con il nostro. Reale l'uno e reale l'altro a seconda di dove cada in un dato momento l'accento di realtà, il che è come dire a seconda di dove – nella Mancina dei giganti o nella Mancina dei mulini a vento – decidiamo di collocarci. Don Chisciotte, da parte sua, è sia da questa parte che dall'altra.

⁶² J.L. BORGES, *Finzioni*, in J.L. BORGES, *Tutte le opere* (trad. F. Lucentini; a cura di D. Porzio), vol. I, Mondadori, Milano, 1984, 657.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

MARCELLO MAZZUCA

Brevi note sulla nozione di «beni culturali» e sul relativo regime giuridico, tra ordinamento interno e norme comunitarie

ABSTRACT – The protection of cultural heritage is entrusted, in the Italian system, to a complex system of rules, which often arouse application uncertainties and, therefore, solicit the search for adequate reconstructive criteria. In this context, the European norms are generally given a limited importance: some recent legislative measures offer, however, an opportunity to rethink the role of European law in the matter.

KEYWORDS – Cultural heritage, restricted circulation, European norms.

Brevi note sulla nozione di «beni culturali» e sul relativo regime giuridico, tra ordinamento interno e norme comunitarie**

SOMMARIO: 1. *I beni culturali nel diritto italiano* – 2. *Segue. Regime vincolato e concorso di principi* – 3. *Beni culturali e norme comunitarie* – 4. *Qualche osservazione interclocutoria.*

1. I beni culturali nel diritto italiano

L'attenta preservazione e l'adeguata valorizzazione dei beni di interesse culturale¹ sembrano rappresentare esigenze sempre più ineludibili dell'era contemporanea².

* Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ La materia propone dubbi già riguardo la nozione di «bene culturale», che una insigne dottrina aveva definito, in tempi ormai risalenti, «liminale»: M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3 ss., il quale osservava che il relativo contenuto è rimesso alle determinazioni di discipline non giuridiche; i «nuovi» criteri dettati dal *Codice dei beni culturali* non sembrano, peraltro, aver ridotto la equivocità del concetto: v. A. C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. impr.*, 2013, 4-5, 1014 ss.

² Ne è testimone - oltre alle costanti iniziative del legislatore, altresì - il fiorire di studi, anche di ampio respiro, sulla materia: tra i tanti contributi si vedano, oltre a quelli citati nel prosieguo, A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; A. BUZZANCA, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà «obbliga»*, in E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e*

A presidio di tali obiettivi, il legislatore ha, per vero sin da tempi risalenti³, predisposto un apparato di regole di caratura speciale [oggi trasfuse per lo più nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*)], le quali - pur nella loro eterogeneità, essenzialmente - tracciano una molteplicità di vincoli e procedure che, per un verso, impattano sui tradizionali poteri proprietari di godimento; e per altro verso delineano, alla stregua di principio generale della materia, un peculiare regime di circolazione vincolata⁴, sì da incidere notevolmente anche sulle dinamiche di disposizione dei beni culturali.

Ma di là dalle regole generali dettate dal *Codice*, una lettura, sia pure superficiale, dei più recenti interventi normativi di natura – per così dire – operativa è in grado di testimoniare la costante attenzione del legislatore riguardo il rafforzamento delle misure di tutela, *lato sensu* intese, dei beni

tecniche di tutela, Roma Tre-press, Roma, 2017, 211 ss.; M.R. NUCCIO, *Innovazione e valorizzazione dei beni culturali: profili giuridici e prospettive di sviluppo*, in *Foro napoletano*, 2017, 2, 443 ss.; per qualche spunto v. anche F.S. PORCELLI, *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela. Cronaca di un convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, 1077 ss.

³ I vincoli oggi dettati dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 erano in gran parte previsti già dalla l. 20 giugno 1909, n. 364 (c.d. Legge Rosadi-Rava), poi confluita nella più nota l. 1 giugno 1939, n. 1089 (c.d. legge Bottai): per qualche riferimento v. da ultimo G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *I contratti*, 2019, 4, 462 ss.

⁴ I molteplici vincoli dettati dal legislatore imprimono alla proprietà dei beni culturali una funzione sociale irrefutabile: così già G. ALPA, *La definizione di beni culturali*, in AA.VV., *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Camerino, 1983, 19. Sulla funzione sociale della proprietà si rinvia, senza ovviamente alcuna pretesa di completezza, agli spunti di P. GROSSI, *Rileggendo le Note critiche in tema di proprietà*; di L. FERRAJOLI, *Libertà e proprietà*; M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, tutti contenuti (alle pp. 80 ss.) nel volume dedicato a Stefano Rodotà, curato da GUIDO ALPA e VINCENZO ROPPO, intitolato *La vocazione civile del giurista*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

culturali⁵.

Ed infatti, a mero titolo di esempio, il d.l. 31 maggio 2014, n. 83 (convertito nella l. 29 luglio 2014, n. 106) ha previsto (art. 7, comma 1) l'adozione di un Piano strategico annuale (il c.d. «Grandi Progetti Beni culturali»), al fine di individuare beni o siti di eccezionale interesse culturale e di rilevanza nazionale, per i quali sia necessario e urgente realizzare interventi organici di tutela, riqualificazione, valorizzazione e promozione culturale, anche a fini turistici. Od ancora, il recente d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (convertito nella l. 16 novembre 2018, n. 130) ha adottato (art. 14, comma 4) un piano straordinario nazionale di monitoraggio e conservazione dei beni culturali⁶, indirizzato, in particolare, alla preservazione dei beni immobili di interesse culturale.

Da ultimo, il d.l. 28 giugno 2019, n. 59 (convertito in l. 8 agosto 2019, n. 81) ha poi incrementato (art. 2) le risorse per assicurare lo svolgimento dei servizi generali di supporto alle attività del Mibac e delle sue strutture periferiche e quelle per il recupero e la conservazione dei beni culturali, archeologici, storici, artistici, archivistici e librari; e, alla stessa stregua, la l. 30 dicembre 2018, n. 145 ha aumentato (art. 1, comma 611) le risorse

⁵ Sebbene non possa tacersi di una recente tendenza a «criticare» l'approccio del legislatore nazionale, il quale sembra per lo più ancorato ad una visione dei beni culturali intesi come beni «individui» e materiali, in apparente conflitto con la prospettiva adottata dalle Istituzioni internazionali, sempre più orientate a proporre una nozione «aperta» di bene culturale, capace di concludere tanto beni «d'assieme» quanto beni immateriali: sul punto v. A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 2, 223 ss., dal quale sono tratte le espressioni virgolettate.

⁶ Il piano deve definire: i criteri per l'individuazione dei beni da monitorare e da sottoporre a interventi conservativi; i sistemi di controllo strumentale da utilizzare per il monitoraggio; l'ordine di priorità dei controlli, anche sulla base di specifici indici di pericolosità legati al territorio e di vulnerabilità dei singoli immobili; le modalità di implementazione delle misure di sicurezza, conservazione e tutela.

finalizzate a consentire la digitalizzazione del patrimonio culturale⁷.

L'articolato quadro normativo succintamente tratteggiato esprime un variegato quadro assiologico, nel quale è dato intravedere una contrapposizione costante tra le esigenze di salvaguardia e valorizzazione dei beni culturali (art. 9 Cost.) e le prerogative proprietarie e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), le quali parrebbero destinate persino ad una sorta di inevitabile conflitto⁸.

In tale contesto, le regole incluse dal dettato legislativo sembrano affermare – in estrema e pur approssimativa sintesi - la netta prevalenza degli interessi pubblici sottesi alla tutela dei beni vincolati⁹, rispetto a quelli connessi con il «pieno» godimento e il «libero» sfruttamento dei beni medesimi, i quali rinvergono vincoli per vero assai significativi.

Sicché, in linea di prima approssimazione, l'interprete parrebbe autorizzato a desumere, dalle regole vigenti, canoni ermeneutici di portata

⁷ L'elenco è, come detto, soltanto esemplificativo: tra i tanti provvedimenti è possibile menzionare, ulteriormente, il Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, adottato dal Ministero dei Beni e delle attività culturali e del turismo con Decreto ministeriale 22 agosto 2017, n. 154.

⁸ In tal senso v. A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 280 ss.

⁹ Particolarmente probante potrebbe risultare, in tale direzione, la novella legislativa espressa dal d.lgs. 24 marzo 2006 n. 156, la quale ha sottoposto al regime vincolistico il conferimento in società di beni culturali. La disciplina ha innovato (T.A.R. Puglia, 13 giugno 2007, n. 2235, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2183) il quadro normativo previgente, componendo un contrasto di indirizzi nell'ambito del quale i vincoli alla circolazione dei beni era negata o, al contrario, affermata a seconda della preferenza accordata, rispettivamente, all'indirizzo funzionale della proprietà (art. 42 Cost.) o alla libertà di iniziativa economica del conferente (art. 41 Cost.): in argomento cfr. M. STELLA RICHTER, *Appunto preliminare in tema di conferimento in società di beni in natura e diritto di prelazione*, in *Studi e materiali*, Milano, 1998, 957 ss.; M. IEVA, *Vincoli formali e corredo documentale nella fase costitutiva della società in nome collettivo ed in accomandita semplice*, in *Rivista del notariato*, 1989, 1063 ss.; A. GIUFFRIDA, *op. cit.*, ove anche ulteriori riferimenti.

generale, capaci di contribuire alla selezione della disciplina applicabile nei casi dubbi.

In tale direzione sembrerebbe iscriversi la frequente sollecitazione degli interpreti – talvolta avversata sulla base di una pretesa natura eccezionale della legislazione vincolistica¹⁰ - a «piegare» il dato normativo al fine di estendere le cautele dettate dal *Codice dei beni culturali*. Ed invero, una rassegna - anche soltanto campionaria - di alcune tra le questioni maggiormente dibattute manifesta indirizzi protesi ad applicare (quantomeno taluni tratti del)le procedure imposte dal *Codice* anche nell'ambito di fattispecie apparentemente estranee ai confini tracciati dal tenore testuale del dettato normativo.

E così, tanto con riferimento ai soggetti vincolati al rispetto delle procedure¹¹, quanto con riferimento ai profili connessi alla natura dei beni

¹⁰ La natura eccezionale è sovente affermata, in particolare, con riferimento alla prelazione: v., ad esempio, Cons. Stato, 20 gennaio 2009, n. 267, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 263.

¹¹ Il riferimento è alla questione relativa all'applicabilità del regime vincolistico nell'ipotesi di trasferimenti di beni culturali di proprietà di enti pubblici. Il dubbio è stato alimentato – oltre che dalla collocazione delle norme dettate in tema di prelazione nel quadro della previgente disciplina, (art. 31 ss., l. 1 giugno 1939, n. 1089) le quali erano sistemate all'interno di una Sezione della Legge rubricata «*Delle cose appartenenti a privati*» – dalla sostanziale inutilità del diritto di prelazione, i cui ipotetici esiti risultavano apparentemente conseguiti, in via preventiva, in virtù del procedimento autorizzatorio. Un indirizzo di respiro sistematico aveva tuttavia disdettato, già prima dell'emanazione del vigente *Codice*, tale prospettazione ed affermato, al contrario, la spettanza al Ministero del diritto di prelazione, anche dinanzi al trasferimento di beni culturali di proprietà pubblica (Cons. Stato, 21 febbraio 2001, n. 923, in *Foro Amm.*, 2001, 590 ed in *Riv. giur. Edilizia*, 2001, I, 398). L'operatività della prelazione è oggi affermata, sia pure quale *obiter dictum*, in Cass., Sez. un., 8 giugno 2011, n. 12409, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 426). La regola non va esente da profili di perplessità in merito alle procedure di alienazione dei beni culturali pubblici, le quali prevedono, innanzitutto, la richiesta di autorizzazione, seguita, in caso positivo, dalla denuncia dell'atto di trasferimento e dal successivo ed eventuale esercizio del diritto di prelazione. In tale contesto, potrebbero sorgere dubbi riguardo la interferenza del procedimento di autorizzazione con l'esercizio del diritto di prelazione, il quale secondo taluni sarebbe esercitabile già nella fase autorizzativa, là dove potrebbe presupporre e

trasferiti ed alla tipologia degli atti adottati¹², nell'attuale panorama ermeneutico sono rintracciabili approcci di chiaro segno estensivo, in ordine alla operatività del regime vincolato.

2. *Segue. Regime vincolato e concorso di principi*

configurare, sia pure implicitamente, un rifiuto del rilascio della stessa autorizzazione. Sul punto è necessario però evidenziare la diversità di scopi cui attendono, rispettivamente, l'autorizzazione ad alienare *ex art. 55* e la prelazione all'acquisto, *ex art. 60*, dal quale scaturisce un diverso contenuto della richiesta di autorizzazione e della denuncia di trasferimento, *ex art. 59*. Ed infatti, se la richiesta di autorizzazione è formulata al solo scopo di verificare la possibilità di alienare il bene culturale, mediante la selezione e l'indicazione analitica degli obiettivi da conseguire e delle modalità di conseguimento degli stessi - e di conseguirne la sdemanializzazione ai sensi dell'art. 55, comma 3-*quinquies*, del *Codice* - (soltanto) la denuncia *ex art. 59* è corredata delle indicazioni necessarie a consentire, sia pure successivamente al rilascio dell'autorizzazione ed dopo il perfezionamento dell'atto dispositivo, ogni determinazione dell'Amministrazione in ordine alla opportunità dell'esercizio del diritto di prelazione. Ed infatti, a norma dell'art. 59 del *Codice* la denuncia di trasferimento è corredata da: a) i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali; b) i dati identificativi dei beni; c) l'indicazione del luogo ove si trovano i beni; d) l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento; e) l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini delle eventuali comunicazioni [...]. In tale contesto, è ragionevole indurre, per un verso, che il mancato rilascio dell'autorizzazione preclude la configurabilità dell'obbligo di denuncia e del diritto di prelazione; e, per altro verso, che il rilascio dell'autorizzazione non ammette deroghe all'obbligo di denuncia dell'atto di trasferimento ed alla configurabilità del diritto di prelazione, dinanzi agli atti inclusi dall'art. 60 del *Codice*. Sulla nozione di «soggetti pubblici», assoggettati alla disciplina vincolistica – con particolare riferimento al procedimento di autorizzazione all'alienazione (v., *infra*, la nota 15) cfr. da ultimo A. PISCHETOLA, *Soggetti (già) pubblici e autorizzazione all'alienazione di beni culturali*, in *Riv. notariato*, 2018, 5, 1127 ss.

¹² In argomento cfr., in vario senso, B. MANSI, *La tutela dei Beni Culturali*, Padova 1993, 246 ss.; A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali*, in *Obbl. contr.*, 2009, 2, 169 ss.; e da ultimo, G. AVERSANO, *La prelazione artistica e l'autonomia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2018, 131 ss.

La prospettiva segnalata non è, tuttavia, scevra da profili di problematicità, giacché la casistica pretoria esprime, altresì, molteplici decisioni le quali – in apparente conflitto con gli indirizzi marcati dal dato normativo vigente – delineano, più o meno esplicitamente e sia pure nell’ambito di specifiche fattispecie, una sostanziale riconquista delle prerogative di pieno godimento e libera disponibilità dei beni culturali.

E così, la «retrocessione» della legislazione vincolistica, a vantaggio di una più ampia esplicazione dell’autonomia privata e dell’iniziativa economica è, sovente, affermata nell’ambito dei rapporti di diritto societario e, segnatamente, dinanzi agli atti dispositivi che investono il trasferimento di quote di società, proprietarie di beni culturali¹³.

Alla stessa stregua, e forse più significativamente, anche la circolazione di complessi aziendali, includenti beni culturali, sembra non soggiacere alla legislazione vincolistica¹⁴, nonostante il tenore letterale dell’art. 60, comma 2, del d.lgs. n. 42/2004 parrebbe sottomettere alla prelazione dello Stato gli atti dispositivi – non soltanto di beni singoli, quanto anche - di complessi di beni, comprensivi di beni culturali.

Per altro verso, di là dalle relazioni commerciali, *stricto sensu* intese, anche i rapporti di «diritto civile» sembrano registrare indirizzi ermeneutici apparentemente stridenti con le esigenze di preservazione e tutela dei beni culturali.

Come è noto, il *Codice* assoggetta la circolazione dei beni culturali

¹³ La conclusione è argomentata enfatizzando l’ontologica differenza esistente fra il trasferimento della proprietà «del bene» e quello della proprietà «del soggetto giuridico nell’ambito del cui patrimonio si trovino i beni culturali», giacché in quest’ultima ipotesi la gestione del bene culturale non subirebbe alcuna sostanziale modifica, rimanendo comunque assoggettato ai vincoli già esistenti: v. ad esempio Cons. Stato, 19 marzo 2008, n. 1205, in *Vita not.*, 2008, 1, 209.

¹⁴ Cons. Stato, 8 febbraio 2016, n. 501, in *Dir. e Giust.*, 2016, 11, 2, con nota di M. BOMBI, *Cessione di quote e diritto di prelazione dei beni culturali*.

una puntuale procedura¹⁵, segnata da un obbligo di denuncia¹⁶ del

¹⁵ Nel caso in cui il bene oggetto degli atti di disposizione sia di proprietà pubblica, la procedura prende avvia mediante la c.d. autorizzazione preventiva, da chiedersi a cura dell'Ente interessato. Le condizioni richieste il rilascio dell'autorizzazione si differenziano in virtù delle differenti tipologie di beni e in relazione ai soggetti titolari e il contenuto del provvedimento varia in relazione alla singola fattispecie, giacché esso di norma contiene prescrizioni specifiche atte a preservare il bene culturale. Sotto il primo profilo, nel caso di beni immobili, la richiesta di autorizzazione deve contenere (art. 55 del *Codice*) indicazioni in ordine: a) alla destinazione d'uso in atto; b) al programma delle misure necessarie ad assicurare la conservazione del bene; c) agli obiettivi di valorizzazione che si intendono perseguire con l'alienazione del bene e delle modalità e dei tempi previsti per il loro conseguimento; d) alla destinazione d'uso prevista, anche in funzione degli obiettivi di valorizzazione da conseguire; e) alle modalità di fruizione pubblica del bene, anche in rapporto con la situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso. Il rigore delle prescrizioni è mitigato nel caso di immobili destinati a scopi abitativi o commerciali (art. 55, comma 3-*quater*, del *Codice*), giacché, in tali casi, è sufficiente che la richiesta soddisfi le indicazioni delle lettere a) b) ed e). Quest'ultima regolamentazione è applicabile anche con riguardo al trasferimento dei beni mobili (art. 56, commi 1 e 3, del *Codice*), la cui alienazione è suscettibile di autorizzazione previa indicazione dei requisiti da ultimo citati, e purché dall'alienazione non derivi danno alla conservazione e non venga menomato il pubblico godimento in essere (art. 56, comma 4). Conseguentemente, il provvedimento autorizzativo sarà diversamente conformato in virtù della natura e della destinazione del bene, giacché (soltanto) con riferimento ai beni immobili destinati a scopi non abitativi o commerciali, le prescrizioni in merito alle misure di conservazione ed alle condizioni di fruizione pubblica del bene saranno integrate da prescrizioni in ordine alla congruità delle modalità e dei tempi previsti per il conseguimento degli obiettivi di valorizzazione indicati nella richiesta.

¹⁶ Il dettato normativo potrebbe ingenerare dubbi riguardo l'obbligo di denuncia, il quale potrebbe apparire - in caso di circolazione di beni culturali pubblici - coincidente con l'obbligo di richiesta dell'autorizzazione. E tuttavia, il novero degli atti soggetti all'obbligo di denuncia include verosimilmente - e a differenza dell'autorizzazione - anche quelli non dismissivi della proprietà, ma destinati soltanto a trasferire il godimento del bene: a tale conclusione induce il profilo teleologico sotteso all'obbligo di denuncia, il quale se per un verso è finalizzato a consentire l'esercizio del diritto di prelazione previsto dall'art. 60, al contempo è dedicato a permettere le attività di vigilanza dell'Amministrazione pubblica su tutti gli atti dispositivi, e sulle conseguenti attività di utilizzo e godimento, dei beni

trasferimento e, soprattutto, dal già menzionato diritto di prelazione¹⁷ all'acquisto, previsto in favore del Ministero.

Sebbene l'art. 61 del *Codice* circonda il diritto di prelazione di una gamma di regole volte a consentire l'effettività del diritto stesso¹⁸, anche dinanzi ad ipotetiche violazioni dell'obbligo di denuncia, gli indirizzi pretori sembrano ciononostante ammettere, in talune occasioni, la non operatività del diritto di prelazione, sì da favorire l'autodeterminazione dei soggetti, a discapito delle esigenze «normalmente» perseguite dall'ordinamento mediante il tendenziale accentramento in mano pubblica della proprietà dei beni culturali.

E così, con particolare riguardo alla c.d. *usucapio libertatis*¹⁹, un recente arresto della giurisprudenza amministrativa²⁰ ne ha affermato l'attitudine a prevalere rispetto alle prerogative dello Stato, tutte le volte in cui il possessore eserciti, per il tempo necessario all'usucapione, le prerogative proprietarie in modo confliggente con il regime di tutela dei beni culturali; sì da doversi predicare, in tali casi, la non operatività delle regime vincolato e, segnatamente, del diritto di prelazione.

Di là dalla persuasività degli esiti ermeneutici propugnati²¹ – la cui convalida (o smentita) compromette questioni che travalicano i limiti di queste brevi riflessioni²² - non sembra avventato evidenziare che il formante

culturali.

¹⁷ Sul tema della prelazione v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, G. AVERSANO, *La prelazione artistica e l'autonomia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

¹⁸ Per gli aspetti operativi si veda, da ultimo, Art. 61, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2019, 543 ss.

¹⁹ Sul tema, in generale, v. per tutti G. LISELLA, *La «moderna» usucapio libertatis*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 733 ss.

²⁰ Cons. Stato 3 ottobre 2018, n. 5671, in *www.dejure.it*

²¹ Per taluni cenni critici v. S. NOBILE DE SANTIS, *Possesso ad usucapionem e beni culturali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 509 ss.

²² Di là, per vero, dal perdurante contrasto di indirizzi in merito alla natura eccezionale della legislazione vincolistica, con quanto di conseguente in punto di ricostruzione del

giurisprudenziale converta tratti di «insofferenza» rispetto ad una generica affermazione di pre-valenza delle tutele accordate ai beni culturali, le quali al contrario sembrano destinate ad un costante e concreto confronto con esigenze «altre», espresse nelle singole fattispecie e suscettibili di pregiudicare - in parte - la valorizzazione dei beni culturali, quantomeno secondo i canoni dettati dal Codice.

Le complessità segnalate dalle precedenti, fugaci osservazioni attengono, a ben vedere, (soprattutto) all'ambito operativo della legislazione vincolistica: ma, beninteso, scaturiscono non già da incertezze in ordine ai criteri dettati per la qualificazione dei beni alla stregua, appunto, di «beni culturali»²³; quanto piuttosto dalla non agevole composizione del concorso tra valori, di pari rango, espresso in molteplici fattispecie coinvolte dalla materia dei beni culturali.

3. Beni culturali e norme comunitarie

Dinanzi ad un quadro «interno» così variegato, l'interprete il quale volesse tentare di rintracciare, nel panorama normativo comunitario, principi e regole capaci di contribuire alla selezione di criteri ermeneutici convincenti, sarebbe verosimilmente destinato all'insuccesso.

E forse, al contrario, potrebbe persino vedere aggravati i dubbi suscitati dalla materia.

Le Carte fondamentali europee presidiano, invero, la materia dei beni culturali pressoché soltanto mediante un generico riferimento alla

relativo ambito operativo, la questione della configurabilità dell'*usucapio libertatis* rispetto ai beni culturali compromette quella relativa alla stessa operatività, già su un piano più generale, dell'istituto, con riguardo ai beni immobili: v. ad esempio, Cass., 27 marzo 2001, n. 4412, in *www.dejure.it*.

²³ Le quali attengono, semmai, alla persuasività delle scelte consumate dal legislatore, in merito ai criteri di qualificazione dei beni: v. *supra*, la nota 5.

salvaguardia di un non definito «patrimonio culturale europeo», contenuto nell'art. 167 TFUE, il quale per un verso esprime un precetto programmatico, scevro di applicabilità diretta²⁴; e, al contempo, è corredato da un esplicito divieto di adottare interventi volti ad armonizzazione le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri²⁵.

In tal guisa, la selezione del regime normativo dei beni culturali e, prim'ancora, la relativa qualificazione, sembra inevitabilmente demandato alla competenza esclusiva dei singoli Stati²⁶.

Il tenore delle disposizioni dettate dal Trattato dichiara, dunque, la dimensione sostanzialmente nazionale del patrimonio culturale, la quale, a ben guardare, parrebbe persino pregiudicare la possibilità di definire un «patrimonio culturale europeo», dotato di una sua specificità e, pertanto,

²⁴ Art. 167 TFUE: «1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, - scambi culturali non commerciali, - creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norme di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni».

²⁵ In linea con quanto affermato nella Comunicazione del 22 novembre 1989 [1992, COM(89) 594 def] al Consiglio, relativa alla protezione del patrimonio nazionale avente un valore artistico, storico o archeologico.

²⁶ C. VITALE, *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, il Mulino, Bologna, 2010, 182.

distinto dalla «sommatoria» di tutti i patrimoni culturali nazionali²⁷.

In tale prospettiva, la generale competenza dello Stato membro a qualificare i beni aventi valore culturale e, dunque, a definire il concetto di patrimonio culturale nazionale, parrebbe destinata a potersi esprimere, legittimamente, nell'inclusione e/o nell'esclusione dal novero dei beni di qualunque bene idoneo ad esprimere, secondo apprezzamenti discrezionali del legislatore, un valore culturale.

Di conseguenza, il «patrimonio culturale europeo» sembrerebbe dover ripetere il proprio contenuto unicamente – e, si consenta, asetticamente – dalle valutazioni autonomamente consumate dagli Stati membri, i quali potrebbero – esemplificativamente – adottare criteri di qualificazione dei beni capaci di includere nei propri patrimoni culturali anche beni provenienti da paesi terzi.

Sicché, in linea di estrema sintesi, l'Unione sembrerebbe incaricata, al più, di compiti di mero sostegno alle azioni avverso alla sottrazione illecita dei beni culturali, per come discrezionalmente definiti e regolati da ciascuno Stato membro²⁸.

Un recente intervento normativo sembra suggerire, tuttavia, qualche notazione dubitativa.

²⁷ Benché non manchino sollecitazioni ad attribuire alla locuzione «patrimonio culturale europeo» un diverso contenuto, prossimo alle «testimonianze di civiltà suscettibili di caratterizzare la dimensione culturale europea»: così A. PAPA, *Strumenti e procedimenti della valorizzazione del patrimonio culturale*, Napoli, 2006, 91, ove il virgolettato.

²⁸ Non a caso, i più significativi interventi in tema di tutela dei beni culturali sono stati adottati: a) con il Regolamento n. 116/2009 del 18 dicembre 2008 e con il relativo Regolamento di esecuzione (UE) n. 1081/2012 del 9 novembre 2012, relativo all'esportazione di beni culturali, sostitutive del previgente Regolamento (CEE) n. 752/93 della Commissione, del 30 marzo 1993; e b) con la Direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro, che ha sostituito la Direttiva (CEE) 93/7 del 15 marzo 1993 del Consiglio. Per qualche riferimento v. A. GALLETTI, *La tutela e la circolazione dei beni culturali nell'Unione Europea*, in *KorEuropa*, 2013, 2, 10 ss.

Si allude, in particolare, al Regolamento n. 2019/880 del Parlamento e del Consiglio, del 17 aprile 2019, dedicato all'introduzione e all'importazione di beni culturali «extra-europei» nel territorio dell'Unione.

La rubrica del provvedimento potrebbe per vero ingenerare la sensazione che l'obiettivo perseguito dall'Unione sia stato, ancora una volta, unicamente quello di adottare strumenti di contrasto dei fenomeni di circolazione «abusiva» dei beni di interesse culturale. E tuttavia, sebbene le regole predisposte attendano, in effetti, principalmente a prevenire la consumazione di condotte illecite - connesse con l'illegittima appropriazione di beni culturali in danno di paesi terzi -, al contempo l'ambito selezionato per l'operatività della nuova disciplina offre la stura per svolgere alcune riflessioni, in ordine al sopracitato concetto di «patrimonio culturale europeo».

Gli Allegati del Regolamento esprimono, infatti, un'articolata elencazione, la quale sembra qualificare in via conclusiva i beni, provenienti da paesi terzi, da considerarsi alla stregua di patrimonio culturale extra-europeo (e, pertanto, assoggettati alla tutela del Regolamento stesso).

Tale indicazione è, dunque, in astratto destinata a tracciare criteri propri di qualificazione del «patrimonio culturale europeo», in potenza diversi da quelli impiegati e/o impiegabili dagli Stati membri e, quantomeno in apparenza, più ampi di quelli desumibili dalla legislazione italiana.

Sicché, volendo azzardare un'epidermica comparazione tra la legislazione nazionale e quella comunitaria, sembra intravedersi una sorta di «articolazione» su più livelli della nozione di beni culturali, la quale parrebbe confermare un indirizzo già puntualmente evidenziato²⁹ con riferimento all'alternanza tra una concezione materiale dei beni culturali, tradizionalmente propria del diritto nazionale, ed una concezione

²⁹ C. VITALE, *op. cit.*, 176, discorre di sistema a «cerchi concentrici», nell'ambito del quale una più ristretta nozione nazionale di bene culturale pare conchiusa da quella, più ampia, contemplata dalle fonti internazionali.

immateriale, generalmente affermata dal diritto internazionale³⁰.

4. *Qualche osservazione interlocutoria*

Le brevi notazioni formulate - le quali non sono evidentemente destinate ad offrire esiti ermeneutici di portata definitiva - evidenziano il notevole tasso di problematicità della materia dei beni culturali.

Ed invero, per un verso la legislazione «interna» sembra connotata da incertezze in ordine a molteplici questioni di immediato rilievo operativo, i cui criteri di risoluzione sono ben lontani dall'essere individuati in via conclusiva.

Ma, sotto altro profilo, la legislazione comunitaria ha adottato canoni di qualificazione dei beni i quali potrebbero impattare su quelli tradizionalmente assunti dalla normativa nazionale.

In tale ultimo contesto, non sembra per vero azzardato affermare – sia pure nei termini di mere notazioni dubitative – che la non-coincidenza dei criteri di qualificazione dei beni adottati, rispettivamente, dal legislatore nazionale e da quello comunitario, potrebbe concretamente attentare all'effettivo perseguimento degli obiettivi perseguiti dall'Unione europea.

Ed infatti, un criterio nazionale di qualificazione dei beni culturali, più rigido di quello adottato dall'Unione, potrebbe verosimilmente pregiudicare gli obiettivi di contrasto alla circolazione illecita dei beni, nella misura in cui il bene illegittimamente introdotto nel territorio nazionale potrebbe poi liberamente circolare in questo, sol perché inetto a costituire un bene di valore culturale, secondo – appunto – la legislazione interna³¹.

³⁰ Sull'evoluzione registrata dal sistema giuridico nazionale, verso una più ampia considerazione dei profili di immaterialità connessi con i beni culturali, v. A. BARTOLINI, *op. cit.*, *passim* ma spec. 230 ss.

³¹ In merito alla circolazione intracomunitaria dei beni culturali v. da ultima G. AVANZINI, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio*

Sicché non è probabilmente incongruo immaginare che la regolamentazione dell'ingresso dei beni culturali proveniente da territori avulsi dall'Unione, unitamente all'elencazione dei beni (da considerarsi «culturali») contenuta nel Regolamento n. 2019/880, possa risultare destinata a circoscrivere, sia pure a mo' di «indiretta conseguenza», la discrezionalità degli Stati: questi ultimi dovranno, infatti, verosimilmente adottare, sia pure in via ermeneutica, criteri di qualificazione dei beni culturali compatibili con i contenuti del Regolamento; al fine, evidentemente, di non pregiudicarne l'efficacia.

nazionale e identità culturale europea, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 3, 689 ss.; sulla circolazione internazionale cfr. invece P. OTRANTO, *Più aperto e più rischioso il mercato internazionale dei beni culturali italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 3, 325 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

CARMELO RIPEPI

Disciplina procedimentale generale della negoziazione assistita volontaria ed obbligatoria

ABSTRACT – This paper aims at analyzing the general procedural discipline of voluntary and mandatory assisted negotiation, of its possible outcomes and relations with the judicial process.

KEYWORDS – voluntary assisted negotiation, mandatory assisted negotiation, procedure

Disciplina procedimentale generale della negoziazione assistita volontaria ed obbligatoria**

SOMMARIO: 1. *Premesse di carattere generale sulla negoziazione assistita* – 2. *La convenzione di negoziazione assistita* – 3. *Conclusione e possibili esiti del procedimento di negoziazione assistita. L'accordo conciliativo raggiunto a seguito di regolare procedimento* – 4. *La negoziazione assistita obbligatoria; l'invito alla stipulazione della convenzione; i rapporti col processo.*

1. Premesse di carattere generale sulla negoziazione assistita

Il d. lgs. 12 Settembre 2014 , n.132¹, convertito successivamente nella legge n.162 del 2014 , per favorire la c.d. «degiurisdizionalizzazione»², ha

* Ricercatore a tempo indeterminato di Diritto Processuale Civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Il provvedimento legislativo in questione è stato titolato «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*» . Sul suo contenuto complessivo v., ex plurimis , C. PUNZI, *La c.d. «degiurisdizionalizzazione» della giustizia civile*, in C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche, Le riforme del quinquennio 2010-2014*, contributi coordinati da G. RUFFINI, Torino 2015, 1-19, M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo. Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina 2014, 1-111, F.P. LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato. Commento al d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014*, Torino 2014, 1- 149

² Sul significato del termine «degiurisdizionalizzazione» v. in particolare F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2015, 649-652, ed anche C. PUNZI, *La c.d.*,

introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della negoziazione assistita da uno o più avvocati.

Il procedimento di negoziazione tende a provocare una conciliazione stragiudiziale tra le parti, assistite dai loro avvocati, sul contrasto tra di loro insorto.

A sua volta, l'eventuale esito positivo del procedimento di negoziazione, dà luogo ad un accordo di composizione della controversia, il quale deve essere scritto e sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati, e costituisce, per espressa disposizione di legge (art. 5, comma primo, d.l. n. 132/2014), titolo esecutivo nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

La negoziazione assistita può essere facoltativa od obbligatoria. Essa infatti può essere scelta volontariamente dalle parti (riguardo ad una controversia insorgente o già insorta fra di loro), o imposta dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in determinati casi dalla legge stessa previsti³, purché l'oggetto sostanziale del contrasto tra le parti, affluente nella conseguente procedura di negoziazione assistita, verta su materie relative a diritti disponibili, e non riguardi materia di lavoro⁴. L'art.6 del d. lgs. n. 132/2014 prevede infine procedure di negoziazioni assistite da uno o più avvocati come soluzioni consensuali di separazione personale di coniugi, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, o di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio⁵.

cit., 2, che parla a sua volta di «destatalizzazione» della giustizia civile. Interessante anche la valutazione espressa da G. DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino 2014, 27 ss.

³ Su cui v. infra, par. 4.

⁴ È quanto si ricava indirettamente dall'art. 2, comma secondo, del decreto, che prevede il contenuto obbligatorio della convenzione di negoziazione.

⁵ Di queste speciali forme di negoziazioni assistite, relative alle crisi coniugali, e disciplinate dall'art. 6 del decreto legislativo 132/2014, non ci occupiamo nel presente lavoro, che è dedicato all'esame della disciplina procedimentale generale della negoziazione assistita volontaria ed obbligatoria.

n. 2/2019

Il legislatore italiano pertanto, sulla scia del suo omologo francese⁶, con la previsione dell'istituto della negoziazione assistita⁷ ha in primo luogo istituzionalizzato le consuete trattative stragiudiziali usualmente intercorrenti tra le parti prima dell'instaurazione del procedimento giudiziario vero e proprio; ha in secondo luogo cercato di renderle più attrattive, prevedendo che il loro eventuale esito positivo (se svolte ovviamente all'interno del procedimento in questione) porti alla stipulazione non già di una transazione, ma di un peculiare accordo di conciliazione che, a differenza della transazione (che ne è priva), ha il non irrilevante vantaggio di costituire titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁸.

⁶ L'istituto della negoziazione assistita da avvocati non è infatti una creazione del legislatore italiano, il quale ha invece preso spunto dal legislatore francese, che ha introdotto un istituto consimile con l'art. 37 della l. n.1609 del 22.12.2010 (c.d. *loi Beteille*). Il similare istituto francese è poi entrato in vigore nel Gennaio del 2012, dopo la pubblicazione del successivo decreto attuativo del 20.01.2012.

Sulla c.d. «procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato», in vigore in Francia, v. ampi cenni in D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in Treccani it. 2014, par.4. I risultati della c.d. procedura partecipativa, operativa nell'ordinamento francese dal 2012, sono definiti «fallimentari» da A. Trinchi, *La negoziazione assistita* (Prima parte), in *Studium Iuris*, 19/2017.

⁷ Con l'istituzione della negoziazione assistita (oltre che con il trasferimento in arbitrato di procedimenti pendenti) il legislatore italiano, secondo S. CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *G. it.*, 2015, 221 ss., par. 2, «appare anche qui vittima di una *cupio imitari* da altri ordinamenti»; l'A. dà conto anche dei primi risultati della *procedure participative* in Francia, secondo i dati forniti dal Ministero della giustizia. Le istanze di omologazione degli accordi raggiunti (si deve infatti tener conto che gli accordi di conciliazione a seguito di negoziazione non hanno nell'ordinamento transalpino immediata efficacia esecutiva, che viene invece conseguita previa omologazione giudiziale su istanza di parte) sono state in tutto sette nel 2013.

⁸ Il mancato rispetto degli obblighi od obbligazioni assunti da una parte in transazione impongono infatti alla controparte di instaurare un processo di cognizione, onde procacciarsi un titolo esecutivo idoneo all'esecuzione forzata. Invece l'accordo conciliativo

2. La convenzione di negoziazione assistita

Il procedimento di negoziazione assistita, sia su base volontaria che obbligatoria, si deve attivare con la stipula di una apposita convenzione tra le parti, che devono essere assistite dai loro avvocati, avendo questi ultimi fra l'altro il dovere di certificare l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'atto dai loro assistiti.

Secondo quanto prescrive l'art. 2 del d. lgs. 132/2014, la convenzione di negoziazione assistita è un accordo attraverso il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo⁹.

stipulato a seguito di regolare procedura di negoziazione, come abbiamo visto, è dotato di una immediata forza esecutiva. Il vantaggio dell'accordo conciliativo predetto rispetto al similare accordo previsto dall'ordinamento francese è duplice : 1) è immediatamente operativo e non abbisogna dell'omologazione giudiziale come nel paese transalpino; 2) ha, per il motivo di cui sopra, un forte vantaggio competitivo rispetto alla transazione, vantaggio che è invece assente in Francia; ciò dal momento che l'attuale art. 1567 del *code de procédure civile* prevede che il contratto di transazione puro e semplice possa conseguire la medesima efficacia esecutiva dell'accordo stipulato a seguito di negoziazione, con le stesse modalità previste per il procedimento di negoziazione , cioè previa omologazione giudiziale su istanza di parte. In definitiva in Francia sia la transazione che l'accordo conciliativo stipulato dalle parti a seguito della procedura di negoziazione, non hanno immediata efficacia esecutiva, che possono conseguire soltanto dopo una successiva ed eventuale omologazione giudiziale. Questo potrebbe indurre le parti interessate, nella nazione a noi vicina, a preferire la più comoda transazione rispetto alla c.d. *procédure participative* (soggetta ad una più stringente disciplina), visto che poi in definitiva gli effetti sono gli stessi.

⁹ Inoltre, visto il rinvio espresso della disposizione in questione all'art. 6 del d. lgs. 96 del 2001, sono altresì ammessi alla stipula della convenzione di negoziazione assistita anche gli avvocati c.d. stabiliti; si tratta di quei professionisti che esercitano la professione forense nel nostro Paese, ma hanno acquisito la qualifica professionale in uno Stato membro diverso dal nostro, e sono pertanto iscritti in una apposita sezione speciale (dedicata agli stabiliti) dell'albo forense competente (ossia quello costituito nella circoscrizione del tribunale ove tali soggetti hanno in Italia la residenza o il domicilio professionale).

Le amministrazioni pubbliche¹⁰ devono affidare la convenzione alla propria avvocatura, se presente al loro interno.

La convenzione deve precisare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della negoziazione, che non può essere inferiore ad un mese e superiore a tre¹¹; esso è prorogabile di ulteriori trenta giorni su accordo delle parti (d. lgs. 132/2014, art.2, comma secondo, lettera a).

Inoltre, secondo quanto prevede il sopra citato art. 2 (nella disposizione di cui al successivo comma terzo) «la convenzione è conclusa per un periodo di tempo determinato dalle parti, fermo restando il termine di cui al comma 2, lettera a)».

Ciò importa inevitabilmente che le parti hanno l'onere di indicare anche il tempo di efficacia della convenzione.

Ora, se le parole, i termini giuridici, e le disposizioni fra di loro collegate hanno un senso, questo significa che non solo è cogente ed imperativo, anche per la negoziazione volontaria, il termine finale di massimo quattro mesi (tre più uno) per l'espletamento della procedura, ma che tale termine finale deve comunque essere coerente (cioè non può andare oltre) al tempo di efficacia della convenzione, che pure, come abbiamo visto, le parti hanno l'onere di inserire in convenzione.

Deve pertanto essere cura delle parti e dei loro difensori rendere coerenti temporalmente il tempo di efficacia della convenzione ed il termine conclusivo della negoziazione, nel rispetto di quanto prescrive l'art. 2 del decreto, nei suoi commi secondo e terzo. In caso contrario, scaduta l'efficacia della convenzione, le parti non sono più vincolate alla conclusione della procedura di negoziazione, nonostante essa sia già iniziata e

¹⁰ Le amministrazioni pubbliche a cui fa riferimento l'art.2, comma 1 bis, del d. lgs. 132/2014, sono quelle di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001.

¹¹ Secondo F.P. LUISO, *La negoziazione*, cit., 654, in caso di negoziazione facoltativa, non vi sarebbe alcun ostacolo a prorogare consensualmente anche per un termine maggiore, mentre il termine previsto dalla norma varrebbe soltanto per le ipotesi di negoziazione obbligatoria.

nonostante per avventura sia ancora pendente il termine finale di conclusione della stessa, di cui all'art. 2, comma 2 lettera a)¹².

In convenzione deve altresì essere precisato l'oggetto della controversia, che non può ricomprendere materie relative a diritti indisponibili, o materia di lavoro¹³.

Deve infine, a pena di nullità, essere redatta per iscritto e sottoscritta dalle parti e dagli avvocati che assistono le parti; gli avvocati, come già detto, hanno l'onere ulteriore di autenticare le sottoscrizioni apposte dai loro assistiti.

Gli avvocati all'atto del conferimento dell'incarico devono informare i loro assistiti della possibilità di ricorrere alla procedura di negoziazione assistita, previa stipula della convenzione¹⁴.

Questo è quanto prevede l'art. 2 del decreto legislativo 132/2014 sulla convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati¹⁵.

¹² Sul punto v. anche quanto osservato da J. POLINARI, *La Negoziazione Assistita*, in C. PUNZI, *Le riforme del quinquennio 2010 – 2014*, Torino 2015, 438.

¹³ Un recente disegno di legge delega emanato dall'attuale governo, (*Disegno di legge recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*, licenziato in Consiglio dei Ministri in data 05/12/2019, il cui testo è rinvenibile in www.inexecutivis.it 12.12.2019) prevede (art. 2) una serie di principi e criteri direttivi cui lo stesso governo dovrebbe attenersi - attraverso una futura emanazione di uno o più decreti legislativi - anche in tema di modifiche alla disciplina della negoziazione assistita. Tra le altre misure correttive il disegno di legge delega sopra citato si propone di consentire alle parti la possibilità di accedere alla negoziazione assistita da più avvocati anche in materia di lavoro, «senza che la stessa costituisca condizione di procedibilità dell'azione» (art. 2, lettera e).

¹⁴ Costituisce dovere deontologico dell'avvocato la predetta informazione al proprio assistito, secondo la espressa previsione dell'art.2, comma settimo, del d. lgs.132/2014.

¹⁵ Il già citato (v. nota 13) disegno di legge delega licenziato dal Governo prevede (art.2 lett. g ed h) che le parti possano inserire in convenzione la possibilità di «svolgere, nel rispetto del principio del contraddittorio e con la necessaria partecipazione di tutti gli avvocati che assistono le parti coinvolte, attività istruttoria, denominata attività di istruzione stragiudiziale, consistente nell'acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e nella richiesta alla controparte di

È bastevole pertanto la stipulazione della predetta convenzione per dare validamente inizio alla procedura di negoziazione assistita, qualora quest'ultima sia volontaria. Viceversa, come vedremo più avanti, nei casi di negoziazione obbligatoria, la convenzione deve necessariamente essere preceduta da un invito formulato da una parte (quella interessata a promuovere il giudizio) all'altra, al fine di stipulare una convenzione di negoziazione assistita¹⁶. La stipulazione della predetta convenzione sancisce pertanto la prima ed ineliminabile fase del procedimento di negoziazione assistita da uno o più avvocati, che deve necessariamente svilupparsi nel rispetto degli elementi essenziali della convenzione, secondo i parametri previsti dall'art. 2 del decreto.

Ovviamente le parti sono libere di pervenire ad un accordo conciliativo anche in assenza della convenzione¹⁷, o, se stipulata, in contrasto ad alcuno od anche a tutti gli elementi essenziali della

dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'art. 2735 del codice civile, la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente»; prevede ancora "l'utilizzabilità" delle prove così acquisite all'interno del giudizio - avente lo stesso oggetto - instaurato, proseguito o riassunto dopo l'eventuale insuccesso della procedura di negoziazione assistita. Il tutto ovviamente condito con il solito apparato di misure sanzionatorie a carico ad esempio della parte che si sottrae all'interrogatorio, con l'ennesimo, solito, quanto generico, ricorso alle previsioni di cui agli artt. 96 e 642 c.p.c.. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una previsione improvvida, che si spera non veda mai la luce, poiché compromette non solo il diritto di difesa della parte, ed il rispetto vero del principio del contraddittorio (che solo un organo terzo ed imparziale come il giudice può garantire), ma anche la possibile buona riuscita della procedura di negoziazione assistita. Un confronto leale e franco, ma anche il più sereno possibile, come sempre dovrebbe essere non solo in negoziazione assistita, ma in qualsivoglia trattativa, verrebbe inevitabilmente turbato dalla brutale contrapposizione tra le parti, neanche mediata da un organo terzo ed imparziale quale è il giudice.

¹⁶ Sul punto v., più ampiamente, il paragrafo 4.

¹⁷ Cfr. anche le giuste considerazioni di J. POLINARI, *op. cit.*, 435.

convenzione stessa¹⁸; tale accordo però potrà avere la natura e gli effetti giuridici sostanziali di un normale contratto di diritto comune, assimilabile alla transazione, ma non anche la immediata forza esecutiva e gli altri effetti¹⁹ promananti da quel peculiare accordo conciliativo, che a sua volta scaturisce dalla regolare conclusione del procedimento di negoziazione assistita²⁰.

*3. Conclusione e possibili esiti del procedimento di negoziazione assistita.
L'accordo conciliativo raggiunto a seguito di regolare procedimento*

Il procedimento vero e proprio di negoziazione assistita può ovviamente registrare un insuccesso; ed infatti in caso di mancato raggiungimento dell'accordo l'art.4, comma terzo, del decreto, prevede che «a dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati designati». Qualora la procedura invece sia coronata da successo e le parti, assistite dai loro avvocati, raggiungano un accordo, esso accordo deve essere redatto per iscritto, e sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati (art. 5, comma primo, del decreto).

L'accordo conciliativo raggiunto dalle parti a seguito del procedimento di negoziazione assistita, procedimento condotto nel rispetto

¹⁸ Secondo F.P. LUISO, *La negoziazione*, cit., 652-653, l'invalidità della procedura di negoziazione assistita non condiziona la validità dell'accordo comunque raggiunto, al netto però degli effetti specifici propri della normativa speciale, che non possono sorgere a causa dell'invalidità della procedura.

¹⁹ L'accordo raggiunto a seguito di regolare negoziazione costituisce, come vedremo, oltre che titolo esecutivo, titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. La regolarità della procedura comporta inoltre, come sempre vedremo meglio più avanti, una serie di altri effetti sulla prescrizione e sulla decadenza.

²⁰ Volendo ulteriormente sintetizzare si può dire che senza convenzione non c'è negoziazione (assistita), e senza negoziazione (assistita) non c'è – in caso di raggiunto accordo – titolo esecutivo.

n. 2/2019

degli elementi essenziali della convenzione di negoziazione precedentemente stipulata (la determinazione dell'oggetto della controversia, l'assistenza degli avvocati, il termine minimo e massimo per l'espletamento della procedura, il termine di efficacia della convenzione, e così via), è un normale contratto di diritto comune, che è assimilabile, quanto alla causa, alla transazione²¹.

Quanto alla forma invece, si tratta di una scrittura privata²², non del tutto assimilabile ad una scrittura privata autenticata nonostante, secondo quanto prescrive l'art.5, comma 2, del decreto, gli avvocati che assistono le parti, oltre a sottoscrivere essi stessi l'atto, abbiano altresì l'onere di certificare l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'atto dai loro assistiti e la conformità dello stesso atto alle norme imperative ed all'ordine pubblico, e svolgano pertanto, nella specifica fattispecie, la funzione di pubblici ufficiali.

La vera peculiarità dell'accordo raggiunto dalle parti a seguito del regolare svolgimento del procedimento di negoziazione assistita, come si è avuto modo di anticipare nelle pagine precedenti, sta però negli specifici ulteriori effetti che la normativa gli assegna.

Secondo l'art.5, comma 1, infatti, l'accordo «costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

Per le ragioni già illustrate in precedenza²³, nonché per la ulteriore circostanza che la stessa rubrica dell'art.5 del decreto reca l'inequivoco titolo «Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione», deve ritenersi che tali effetti potranno verificarsi solo ove tale accordo sia stato preceduto dalla stipulazione di una convenzione di negoziazione redatta secondo i parametri di cui all'art. 2, ed il procedimento

²¹ F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, cit., 657-658; Secondo J. POLINARI, *op. cit.*, 441, l'accordo in questione sembra avere la natura di negozio di giusta risoluzione o prevenzione delle controversie giuridiche.

²² Cfr. M. GRADI, *op. cit.*, 99, secondo cui si tratta di scrittura privata pura e semplice.

²³ Si rimanda a quanto esposto in paragrafo 2.

sia stato rispettoso dei termini di negoziazione imposti dalla convenzione nonché del tempo di efficacia della convenzione stessa²⁴.

L'art. 2, comma 2 bis, prevede inoltre che l'accordo, ai fini esecutivi, deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, comma secondo, c.p.c.

Ed ancora è previsto nel comma successivo che se attraverso l'accordo le parti concludono contratti o compiono atti soggetti a trascrizione, per poterla effettuare, la sottoscrizione del verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale.

È proprio questa disposizione che propende a far ritenere che la mera certificazione da parte degli avvocati dell'autografia delle sottoscrizioni apposte dalle parti, non sia bastevole ad assimilare la scrittura contenente l'accordo ad una scrittura privata autenticata in senso stretto. In ogni caso, ed è quel conta, tale non sembra considerarla il legislatore, e bisogna necessariamente prenderne atto²⁵.

Curiosamente però lo stesso art. 5, comma terzo, non prevede espressamente tale necessità (di autenticazione della sottoscrizione da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato) per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, in (almeno apparente) deroga alla previsione di cui all'art. 2835 c.c., secondo il quale se il titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale è una scrittura privata quest'ultima dev'essere autenticata o accertata giudizialmente.

²⁴ Di contrario avviso F.P. LUISO, *La negoziazione*, cit., 658, secondo cui «l'art.5, comma 1°, d.l. 132/14, infatti, ricollega gli effetti dalla stessa norma previsti *sic et simpliciter* ad un accordo [...] sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, e non già ad un accordo raggiunto a seguito di una convenzione di negoziazione assistita». E poi lo stesso A. prosegue: «Dunque, ove una trattativa liberamente condotta (*i.e.*, senza la previa stipulazione di una convenzione) giunga ad un risultato positivo, l'accordo avrà la stessa disciplina di quello raggiunto a seguito della stipulazione di una convenzione».

²⁵ Secondo F.P. LUISO, *La negoziazione*, cit., 658-659, la disposizione «chiarisce, al di là di ogni pur lieve dubbio, che la certificazione dell'autografia delle firme effettuata dagli avvocati non è idonea a soddisfare la previsione dell'art.2657 c.c.».

E peraltro lo stesso art. 5 non prevede la medesima necessità in sede di notifica del titolo esecutivo. Si limita a prevedere che l'accordo debba essere integralmente trascritto nel precetto, e non ne impone la previa autenticazione da parte di un notaio o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Non abbiamo certezze in proposito, ma saremmo propensi a ritenere che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, e per la notifica dell'accordo a fini esecutivi, sia bastevole la mera scrittura privata contenente l'accordo²⁶, perché laddove il legislatore ha ritenuto di dover imporre l'autenticazione notarile (o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato) lo ha previsto espressamente, come nel caso della trascrizione, e, si badi bene, all'interno dello stesso articolo²⁷.

Per completare l'esame dell'art.5, e degli specifici effetti ivi previsti in ordine all'accordo di negoziazione assistita, bisogna individuare la reale estensione di tale accordo ai processi esecutivi.

Bisogna capire cioè se il predetto accordo costituente titolo esecutivo, di cui parla genericamente la disposizione del primo comma dell'art.5, sia spendibile non soltanto nell'espropriazione forzata, ma anche nella esecuzione c.d. specifica, e segnatamente nell'esecuzione per consegna o rilascio e nell'esecuzione per obblighi di fare e di non fare.

Sul punto nulla dice e nulla ci fa sapere la disposizione di cui al primo comma dell'art. 5, che si distingue davvero per la sua estrema genericità; secondo tale disposizione infatti l'accordo di negoziazione costituisce titolo esecutivo, ma non contiene alcuna ulteriore specificazione.

Ora, in mancanza di regole specifiche, devono necessariamente valere le regole generali²⁸ che sono contenute rispettivamente: 1) nell'art.

²⁶ Almeno per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, se abbiamo capito bene, sembra pensarla così anche M. GRADI, *op. cit.*, 98.

²⁷ Di avviso contrario F.P. LUISO, *La negoziazione*, cit., 659, secondo cui la norma non può derogare la previsione di cui all'art.2835 c.c.

²⁸ Cfr. M. GRADI, *op. cit.*, 99-101.

474 c.p.c.²⁹ comma secondo, nn. 1 e 3, che prevede idonei per l'esecuzione per consegna o rilascio la sentenza (o altro provvedimento giudiziale al quale la legge espressamente attribuisca la stessa efficacia) e l'atto pubblico redatto da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato dalla legge; 2) nell'art.612 c.p.c. che prevede quale titolo esecutivo idoneo all'esecuzione per obblighi di fare e non fare esclusivamente la sentenza di condanna³⁰.

Ben diverso è il caso dell'accordo raggiunto a seguito di mediazione, per il quale l'art.12, comma secondo, del d. lgs. 28/2010, prevede espressamente che «costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale». In questo caso si è in presenza di una normativa speciale che deroga quella generale ed è pertanto non confutabile la generalizzata idoneità dell'accordo di mediazione a qualunque forma di esecuzione.

Pertanto dovrebbe ritenersi che l'accordo raggiunto dalle parti a seguito di negoziazione assistita sia titolo esecutivo idoneo alla sola espropriazione forzata, in qualunque sua forma³¹.

4. La negoziazione assistita obbligatoria; l'invito alla stipulazione della convenzione; i rapporti col processo

Analogamente a quanto previsto per la mediazione dal d. lgs. n. 28 del 2010³², anche il d. lgs. n.132 del 2014 prevede alcune ipotesi di

²⁹ V. anche J. POLINARI, *op. cit.*, 442-443.

³⁰ Si tenga conto però che Corte Cost., 12 Luglio 2002, n.336, in *Foro it.*, 2004, I, c. 41 ss., ha ritenuto, sia pure all'interno di una sentenza interpretativa di rigetto, idonei all'esecuzione per obblighi di fare e non fare anche titoli esecutivi diversi dalla sentenza.

³¹ In questo senso si esprimono sia M. GRADI, *op.cit.*, 99-101, che J. POLINARI, *op.cit.*, 442-443.

³² Su cui v. C. RIPEPI, *Fase introduttiva del procedimento di mediazione obbligatoria ex lege e rapporti col processo*, in *Scienze e ricerche*, 32/2016, 55 ss.

negoziiazione obbligatoria *ex lege*, in base alle quali il previo esperimento del procedimento di negoziazione assistita da uno o più avvocati costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In questi casi l'accesso alla tutela giurisdizionale è condizionato al necessario e preliminare svolgimento del procedimento di negoziazione assistita; ed è corretto pertanto ritenere che anche in questi casi, così come per i casi di mediazione obbligatoria *ex lege*, il legislatore abbia previsto una forma di c.d. giurisdizione condizionata³³.

Le fattispecie oggetto di negoziazione obbligatoria sono due e sono previste dall'art.3 del d. lgs. 132/2014. Esse riguardano:

1) le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti³⁴;

2) le controversie aventi ad oggetto il pagamento, a qualsiasi titolo, di somme di denaro non eccedenti gli euro cinquantamila.

Lo stesso art.3, nel suo comma terzo, prevede che la condizione di procedibilità della domanda giudiziale sia comunque esclusa con riguardo a taluni procedimenti speciali, ed in particolare:

1) per il procedimento ingiuntivo, inclusa la fase di opposizione;

2) per il procedimento di consulenza tecnica preventiva ai fini di composizione della lite, di cui all'art.696 *bis* c.p.c.;

3) per tutti i procedimenti di opposizione all'esecuzione o incidentali di cognizione relativi sempre all'esecuzione forzata;

4) per i procedimenti camerati;

5) per l'azione civile esercitata nel processo penale.

La negoziazione obbligatoria è ancora esclusa nei casi in cui la parte può stare in giudizio personalmente (ossia nelle controversie rientranti

³³ V. anche M. BOVE, *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione*, in *Giusto processo civile*, 2018, 365-369.

³⁴ Ma sul punto v. il già citato (nota 13) recente disegno di legge delega licenziato dal Governo, che si propone (art.2, comma 1, lett. d) di escludere il ricorso obbligatorio alla negoziazione assistita nel settore della circolazione stradale.

nella competenza per materia del giudice di pace il cui valore economico non supera i 1100 euro).

Lo stesso art.3, comma primo, prevede inoltre che è comunque esclusa la negoziazione obbligatoria nei già previsti casi mediazione obbligatoria ex art. 5, comma uno *bis*, d. lgs. n. 28/2010, recidendo così in via preventiva inutili sovrapposizioni tra i due similari istituti.

Ciononostante, e per espressa previsione dello stesso art.3, comma quinto, possono residuare delle sgradevoli (soprattutto per le parti interessate) sovrapposizioni fra negoziazione ed altri istituti similari, evidentemente diversi dalla mediazione (e comunque aventi lo stesso fine della negoziazione) per talune limitate materie. Infatti il legislatore nella sopra citata disposizione statuisce che restano ferme, e quindi continuano ad applicarsi, le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati. In tali casi³⁵ il termine di decorrenza per l'espletamento della procedura di negoziazione obbligatoria, per le materie soggette ad altri termini di procedibilità, decorre unitamente ai medesimi³⁶.

³⁵ L'elencazione dei casi più importanti può rinvenirsi in M. GRADI, *op. cit.*, 91.

³⁶ Un caso emblematico è quello delle controversie di risarcimento danni da circolazione stradale, per le quali gli artt. 145, 148 e 149 del codice delle assicurazioni private impongono l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno contenente una richiesta economica alle controparti al fine di risolvere stragiudizialmente la controversia, con la necessità di dover attendere 60 o 90 giorni (a seconda che trattasi di danni alle cose o alle persone), per poter promuovere l'azione giudiziaria. In tal caso, in sostanza, il danneggiato, deve spedire la raccomandata formulando la richiesta di risarcimento danni ex art. 145 cod. ass., e contestualmente formulare l'invito alla stipula di una convenzione di negoziazione, ed i relativi termini decorreranno congiuntamente. La Corte Costituzionale (Corte cost., 7 Luglio 2016, n. 162, in Consulta online), proprio su tale specifica sovrapposizione di tentativi di conciliazione stragiudiziali in tema di azioni risarcitorie del danno da circolazione di veicoli, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma primo, del d. lgs. 132/14, in relazione ad una pretesa violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

n. 2/2019

E veniamo adesso ad esaminare la disciplina procedimentale dell'istituto della negoziazione obbligatoria ed i suoi rapporti col processo.

Chi intende esercitare in giudizio una domanda di risarcimento danni da circolazione di veicoli o natanti, ovvero una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di una somma di danaro non eccedente cinquantamila euro deve necessariamente, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, inviare all'altra parte, tramite il suo avvocato, l'invito alla stipulazione della convenzione di negoziazione.

Prevede altresì il successivo art. 4 del decreto che l'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642 primo comma c.p.c.

L'invito deve essere firmato dalla parte, e deve contenere la certificazione dell'autenticità della firma da parte dell'avvocato che l'assiste, il quale provvede all'invio alla controparte.

Dal momento della comunicazione dell'invito a stipulare la convenzione, prevede l'art.8 del decreto, ovvero dal momento della sottoscrizione della convenzione di negoziazione assistita, si producono sulla prescrizione gli stessi effetti sostanziali della domanda giudiziale, ossia si interrompe il decorso del termine prescrizionale, ai sensi dell'art.2943 c.c., e contestualmente inizia a decorrere un nuovo periodo di prescrizione, secondo quanto prevede l'art.2945, primo comma.

Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di trenta giorni,

la domanda giudiziale deve essere proposta nel medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione dell'invito nel termine di trenta giorni, ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.

Per completare e compiutamente analizzare la natura dell'invito previsto dall'art. 4 del d. lgs. 132/14, bisogna considerare che l'art. 3, comma

secondo, dello stesso decreto prevede altresì che quando l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, tale condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione entro trenta giorni dalla ricezione, o se è seguito da rifiuto nel medesimo termine, ovvero peraltro quando è inutilmente decorso il termine finale (concordato dalle parti in convenzione) di espletamento della procedura di negoziazione.

Ora, dall'insieme di queste disposizioni sopra illustrate, di cui agli artt. 3 e 4 del decreto, emergono due considerazioni:

la prima, di carattere pratico ed evidente, è che, nel silenzio della legge, tale invito può essere inviato con ogni mezzo idoneo alla legale ricezione³⁷.

La seconda è che l'invito prescritto dagli artt. 3 e 4 del decreto, non solo è eventuale in caso di negoziazione volontaria, ma se comunque inviato, non dovrebbe avere nel caso di specie (nel caso cioè della negoziazione volontaria) alcuna rilevanza e giuridica efficacia l'avvertimento di cui all'art. 4 del decreto, con tutto il corredo di apparato sanzionatorio a carico della parte destinataria dell'invito (in caso di sua mancata adesione o espresso rifiuto alla stipulazione della convenzione di negoziazione). Dal tenore e dal combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate, emerge infatti a nostro sommo avviso non solo che l'invito è stato previsto dal legislatore in funzione esclusiva delle ipotesi di negoziazione obbligatoria, ma anche e soprattutto che l'apparato sanzionatorio a carico delle parti (di tutte le parti) nella negoziazione obbligatoria, anche relativamente alla fase prodromica dell'invito, si giustifica e si sostiene vicendevolmente, in un rapporto di reciprocità: da un lato infatti una parte deve necessariamente formulare l'invito, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, dall'altra la controparte può essere indotta ad aderire all'invito stesso dall'avvertimento

³⁷ Può trattarsi di una raccomandata postale con avviso di ricevimento, di un atto stragiudiziale notificato, od ancora, sussistendone le condizioni, di un messaggio di posta elettronica certificata.

(in qualche modo minaccioso ed intimidente) relativo alla possibile condanna alle spese nel futuro giudizio, alla responsabilità aggravata, ed alla possibile applicazione dell'art.642 primo comma c.p.c., anche se quest'ultimo profilo (relativo al primo comma dell'art.642) sembra essere poco comprensibile e poco concludente³⁸.

Se la negoziazione è facoltativa le parti tutte devono essere libere di valutare serenamente i propri interessi e le proprie convenienze, senza timore di dover incorrere anche solo nella possibilità di un futuro svantaggio processuale.

Bisogna ancora considerare la circostanza che, come abbiamo visto, l'invito è solo eventuale nella negoziazione facoltativa, quindi, diversamente opinando, si dovrebbe avere una diversa (ed a nostro avviso ingiustificata) disciplina a carico della parte, a seconda che abbia o meno ricevuto l'invito.

Del resto, come sopra si è avuto già modo di riferire, nessun nocumento incorre sull'altra parte che, ovviamente in ipotesi di negoziazione volontaria, ometta di comunicare l'invito in una modalità idonea alla legale ricezione, poiché in tal caso gli effetti interruttivi della prescrizione e della decadenza si verificano comunque, a far data della sottoscrizione della convenzione di negoziazione, secondo quanto prevede l'art.8 del decreto.

E veniamo adesso ad esaminare i rapporti col processo della negoziazione assistita obbligatoria.

In primo luogo, se l'invito è stato oggetto di rifiuto, o di mancata adesione da parte del destinatario nel termine di trenta giorni dalla ricezione, oppure ancora quando è inutilmente decorso il termine finale,

³⁸ Per ben comprendere il significato del riferimento, occorre infatti tenere in conto che la disposizione di cui all'art.642 primo comma, prevede che in presenza di determinati presupposti (credito fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto pubblico) il giudice, su istanza del ricorrente deve (e non può) concedere la provvisorietà. Pertanto nel caso di specie si dovrebbe trattare di una norma inidonea all'applicazione.

concordato dalle parti in convenzione, per l'espletamento della procedura di negoziazione, il decreto (art.3, comma due) prevede che si considera avverata la condizione di procedibilità della domanda giudiziale; e pertanto in questo caso la parte interessata è libera di proporre la domanda giudiziale, senza timore alcuno di subire la sanzione dell'improcedibilità.

Ugualmente ed a maggior ragione deve considerarsi avverata la condizione di procedibilità quando la procedura di negoziazione assistita, regolarmente attivata e conclusa, abbia registrato un insuccesso, ed il mancato accordo sia stato formalmente certificato dagli avvocati delle parti in un apposito verbale³⁹.

In secondo luogo bisogna esaminare poi la disciplina prevista dal decreto, sempre nei casi di negoziazione obbligatoria, in quei casi in cui non sia stata assolta la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e ciò nonostante la parte interessata abbia proposto la domanda, ed un procedimento giurisdizionale sia stato comunque instaurato.

I casi di mancato assolvimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale ricorrono:

1) in caso di proposizione della domanda giudiziale prima che il procedimento di negoziazione si sia concluso e non sia ancora scaduto il termine finale della procedura concordato dalle parti in convenzione;

2) in caso di proposizione della domanda giudiziale senza che sia stato previamente comunicato l'invito alla stipulazione della convenzione, ed il procedimento di negoziazione assistita non sia stato esperito.

Ora, in linea generale l'art. 3, comma primo, del d. lgs. 132/14, prevede innanzitutto che in questi casi l'improcedibilità debba essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Pertanto è il giudice che in prima udienza istruttoria, su eccezione del convenuto o d'ufficio, deve rilevare il mancato assolvimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

³⁹ Cfr. M. GRADI, *op. cit.*, 89, e J. POLINARI, *op. cit.*, 446.

A questo punto però il predetto art.3, comma primo, prevede che il giudice, dopo aver ovviamente rilevato il mancato assolvimento della condizione, debba ordinare nel primo caso alle parti di concludere il procedimento di negoziazione, rinviando la causa ad una data di udienza successiva alla data di scadenza del termine di conclusione della negoziazione, concordato dalle parti in convenzione.

Nel secondo caso, quello cioè di mancata integrale attivazione del procedimento di negoziazione, è previsto che il giudice debba sempre ordinare alle parti l'esperimento del procedimento di negoziazione, assegnando un ulteriore termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito; in definitiva, visto che il termine massimo previsto dal decreto per la conclusione del procedimento è di tre mesi e che il giudice non può sapere se le parti concorderanno in convenzione un termine inferiore; visto altresì l'ulteriore termine di quindici giorni che lo stesso giudice deve concedere per la comunicazione dell'invito, e l'ulteriore termine di trenta giorni per aderire o meno all'invito previsto dal decreto, il medesimo giudice dovrà giocoforza rinviare la causa ad una data d'udienza successiva e posteriore di almeno quattro mesi e mezzo.

Come si vede il legislatore⁴⁰, per meri motivi di opportunità processuale, ed al fine di evitare subitanei sprechi di attività giurisdizionale, nega al giudice la possibilità in prima battuta di arrivare alla dichiarazione giudiziale di improcedibilità della domanda giudiziale (sia pure per il tramite del consueto iter procedimentale), e gli impone il rinvio ad una successiva udienza, entro la quale deve esperirsi il procedimento di negoziazione non ancora concluso, o non ancora attivato.

A questo punto però il legislatore nulla dice sul prosieguo del procedimento.

Mentre qualora si tratti di concludere una negoziazione già regolarmente avviata, qualunque comportamento assumano le parti dopo

⁴⁰ Così come avviene per la mancata conclusione o la mancata attivazione del procedimento di negoziazione.

l'ordine del giudice ed il rinvio dell'udienza, non accade e non può accadere nulla di imprevisto, in quanto tutto è già regolato dal decreto⁴¹, viceversa c'è da chiedersi cosa debba avvenire nel caso in cui non sia stato del tutto avviato il procedimento di negoziazione, neanche con l'invio dell'avviso, neanche dopo l'ordine del giudice ed il contestuale rinvio dell'udienza, e si pervenga all'udienza successiva in presenza di una rinnovata ed integrale inerzia dell'attore, cioè della parte che aveva l'onere di inviare l'invito alla stipulazione della convenzione al convenuto.

Riteniamo che in tal caso l'inevitabile esito sia la dichiarazione giudiziale di improcedibilità della domanda introduttiva del giudizio, nel rispetto del normale *iter* procedimentale, che si concluderà pertanto con l'emanazione di una sentenza di rito. In caso contrario la sanzione dell'improcedibilità, prevista espressamente dall'art. 3 del d. lgs, n. 132/2014, perderebbe di significato e diverrebbe giuridicamente irrilevante.

⁴¹ Infatti se le parti concludono il procedimento, e la negoziazione ha successo, viene redatto un verbale di accordo, con tutte le conseguenze previste dal decreto e che abbiamo già esaminato in paragrafo 3; se la negoziazione effettivamente proseguita viceversa dovesse registrare un insuccesso, gli avvocati delle parti provvederanno a certificare il mancato accordo, si considererà avverata la condizione di procedibilità, ed all'udienza fissata dal giudice il processo proseguirà regolarmente; se infine nonostante l'ordine del giudice le parti restassero inerti e non concludessero la procedura di negoziazione già regolarmente avviata, anche se non conclusa, si sarà comunque avverata la condizione di procedibilità, perché il giudice, come abbiamo visto, deve provvedere a fissare l'udienza successiva in una data posteriore al termine finale di conclusione del procedimento di negoziazione, concordato dalle parti in convenzione: l'art. 3, comma due, del decreto prevede infatti che la condizione si considera avverata anche quando è decorso, puramente e semplicemente, il tempo della negoziazione concordato dalle parti in convenzione.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

STEFANO ZOCCALI

La confisca per equivalente: estensione ai reati tributari, responsabilità amministrativa degli enti e abusi di mercato fra garanzie CEDU, retroattività e proporzionalità

ABSTRACT – Value confiscation is a legal device that aims to prevent the economic use of assets of criminal origin from allowing the offender to secure an advantage that was the specific object of the criminal design. The paper aims to analyze some problems, starting from confiscation in general, concerning the extension to tax crimes, the administrative liability of the institutions and the regulation of market abuse, focusing on the guarantees recognized by the ECHR and the Italian Constitution regarding principles of proportionality and retroactivity. Through the references to the jurisprudence – internal and supranational – and to the recent interventions made by the legislator in order to adapt to the regulations and directives of the European Union, the contribution focuses on the definitions of product and profit, proposing some conclusions about the polyform nature of the confiscation.

KEYWORDS – European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, confiscation, principle of retroactivity, Article 7 ECHR, insider trading



La confisca per equivalente: estensione ai reati tributari, responsabilità amministrativa degli enti e abusi di mercato fra garanzie CEDU, retroattività e proporzionalità**

SOMMARIO: 1. *La confisca per equivalente: l'assetto normativo e il carattere afflittivo* – 2. *L'estensione della confisca per equivalente ai reati tributari e la retroattività* – 3. *La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti* – 4. *La confisca "amministrativa" per l'insider trading e la disciplina europea del market abuse: la confisca, diretta o per equivalente, nell'abuso di mercato e gli articoli 187 bis e 187 sexies del T.U.F.* – 5. *Conclusioni.*

1. La confisca per equivalente: l'assetto normativo e il carattere afflittivo

La c.d. confisca per equivalente, introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico italiano dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, rientra tra le particolari tipologie di confische dotate di caratteristiche idonee a distinguerle rispetto al modello previsto dall'articolo 240 del Codice penale. Inizialmente previsto limitatamente al reato di usura di cui all'articolo 644, comma 6, del Codice penale, l'istituto in questione è disciplinato dall'articolo 322 *ter* del Codice penale, una norma inserita all'interno della parte speciale dello stesso, relativa ai reati commessi dai pubblici ufficiali ai danni della Pubblica Amministrazione e che prevede l'applicazione della

* 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.

confisca in esame per i delitti previsti dagli articoli 314-320 del Codice penale.

La particolarità di tale tipologia di confisca risiede nel fatto che, invece di avere ad oggetto il profitto, il prezzo o il prodotto del reato, ha ad oggetto cose che abbiano un valore equivalente al profitto o al prezzo. Per questo motivo viene anche definita “confisca di valore”, non avendo ad oggetto un bene avente un legame pertinenziale con il reato, ma, alle volte, perfino beni di provenienza lecita¹. L’istituto - essendo applicabile qualora sia intervenuta la condanna e sia impossibile identificare fisicamente le cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto² - mira a impedire che l’impiego economico dei beni di provenienza delittuosa possa consentire al reo di garantirsi il vantaggio che era oggetto specifico del disegno criminoso.

A tal proposito, una questione particolarmente dibattuta è da sempre quella relativa alla definizione del profitto. La tematica, com’è noto, ha una certa rilevanza già con riferimento alla confisca in generale, ma si pone specialmente in materia di confisca di valore, soprattutto in relazione all’ipotesi di cui all’articolo 19 del decreto legislativo n. 231 del 2001. Il problema consiste nello stabilire se il profitto confiscabile sia identificabile solamente con il vantaggio derivante immediatamente e direttamente dal reato oppure se ricomprenda anche i vantaggi derivanti dal reato in via indiretta e mediata³. Sul punto, nonostante si siano più volte pronunciate le

¹ Sulla confisca per equivalente in generale si segnalano: F. VERGINE, *Il “contrasto all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, CEDAM, Padova, 2012; P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, articolo pubblicato all’interno della rivista *Diritto penale e processo*, Vol. 2 del 2011, 230-236.

² Oppure qualora i beni siano stati occultati o consumati: cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 ottobre 2005, n. 41936, *Muci*.

³ Questo il caso, ad esempio, del risparmio di spesa nell’ambito della criminalità d’impresa su cui si è pronunciata la giurisprudenza in Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*, sulla quale si tornerà inseguito. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L.

Sezioni Unite nell'una o nell'altra direzione, non vi è un orientamento assolutamente prevalente, ma è stato stabilito come, qualunque nozione di profitto sia accolta, lo stesso debba in ogni caso essere costituito da un "mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario ingenerato dal reato, attraverso la valutazione di cose suscettibili di valutazione economica"⁴. Di conseguenza, non potrà costituire profitto del reato un vantaggio futuro non ancora materializzatosi.

L'ambito di operatività della confisca di valore, è opportuno precisarlo, agisce secondo una logica strettamente sussidiaria e residuale. Infatti, affinché possa legittimarsi lo spostamento della misura reale dal bene che costituisce profitto o prezzo del reato ad un altro nella disponibilità del reo dello stesso valore economico, è necessario che non sia possibile eseguire l'ablazione del primo a seguito di un accertamento preventivo sulla sua eventuale sussistenza⁵.

In considerazione delle peculiarità che differenziano l'istituto dalla confisca tradizionale, appare chiara la sua riconducibilità allo schema punitivo e non a quello preventivo, alla luce di una funzione che può essere sostanzialmente definita come ripristinatoria della situazione economica originaria attraverso una compensazione patrimoniale di valore corrispondente a quella creatasi a seguito della commissione del fatto illecito da parte del reo. Di conseguenza emerge, come evidenziato dalla giurisprudenza⁶, un carattere tipicamente afflittivo e un rapporto

GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. Ottava edizione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 842.

⁴ Corte di Cassazione, Sezione VI, 14 settembre 2017, n. 1754, *Bentini*.

⁵ E. STANIG, *La confisca per equivalente*, in *Le disposizioni penali della legge anticorruzione numero 190 del 2012*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2013, 91.

⁶ Corte di Cassazione, Sezione I, 27 ottobre 2009, n. 42894; Corte di Cassazione, Sezione VI, 18 giugno 2007, n. 30543; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 ottobre 2005, n. 41936, *Muci*.

conseguenziale alla commissione del delitto che è tipico della sanzione penale e non delle misure di sicurezza.

2. L'estensione della confisca per equivalente ai reati tributari e la retroattività

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 244 del 2007 (la c.d. legge finanziaria del 2008), è stata prevista l'estensione della confisca per equivalente anche ai reati tributari⁷. La scelta operata dal legislatore, inserendosi nella strategia di neutralizzazione dei proventi del reato, è parsa condivisibile da un punto di vista politico-criminale, rendendo operativa la confisca di valore ove erano, invece, inapplicabili le ipotesi di confisca tradizionale alla luce del necessario rapporto di pertinenzialità tra prodotto, profitto e prezzo non ricorrente nei reati tributari. Pertanto, il solo modo per permettere l'operatività della misura sui proventi illeciti derivanti dalla commissione di un reato tributario è rappresentato dalla confisca per equivalente, la quale richiede soltanto la quantificazione del c.d. profitto-risparmio⁸.

Inoltre, la disposizione presenta, rispetto alla formulazione di cui all'articolo 11 della legge n. 146 del 2006 e con particolare riferimento alle condotte di frode previste per i reati commessi da gruppi criminali operanti a livello transnazionale, il merito di: a) non necessitare, ai fini della sua applicazione, della preventiva dimostrazione di alcun vincolo associativo del

⁷ Con l'eccezione del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili previsto dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 74 del 2000.

⁸ L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 13 novembre 2010, 1-3.

reo; b) di non richiedere la transnazionalità dei reati tributari ai quali si applica⁹.

Anche in materia di confisca per equivalente estesa ai reati tributari, si è posto in giurisprudenza il problema dell'applicabilità retroattiva dell'istituto. La questione, in particolare, è stata esaminata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 97 del 2009. Con la pronuncia in esame, i giudici della Consulta, interpretando l'articolo 1, comma 143, della legge n. 244 del 2007, hanno sostenuto che l'estensione della disciplina della confisca per equivalente non può operare retroattivamente, poiché la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, assieme all'assenza di un rapporto di pertinenzialità tra il reato e i beni stessi, conferisce alla confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, facendo sì che la stessa acquisisca una natura "eminente sanzionatoria"¹⁰. Di conseguenza, il carattere afflittivo rende impossibile l'applicabilità alla misura patrimoniale in questione del principio generale di cui all'articolo 200 del Codice penale, facendo ricadere l'ipotesi successoria nell'ambito di operatività dell'articolo 25, comma 2, della Costituzione, vietando l'applicazione retroattiva della sanzione penale.

L'orientamento espresso dai giudici della Corte costituzionale è stato condiviso successivamente anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha esteso per la prima volta tale orientamento anche alla specifica ipotesi di confisca per equivalente applicata al reato di truffa aggravata ai danni dello Stato. È stato così stabilito definitivamente che all'istituto in esame deve essere applicata la disciplina dell'irretroattività sfavorevole sancita dall'articolo 2, comma 1, del Codice penale, dall'articolo 25 della

⁹ G. RISPOLI, *La confisca per equivalente nella legge finanziaria 2008*, all'interno di: C. DI GREGORIO – G. MAINOLFI – G. RISPOLI (a cura di), *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 192.

¹⁰ Corte costituzionale, 1 aprile 2009, n. 97.

Costituzione e dall'articolo 7 della CEDU¹¹. Infatti, come già osservato dalla Corte costituzionale¹², a tale conclusione si giunge sulla base della considerazione che la giurisprudenza della Corte Edu ha ritenuto in contrasto proprio con i principi sanciti dall'articolo 7 della CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile ad un'ipotesi di confisca per equivalente¹³.

Infine, in tema di concorso di persone nel reato, considerato il principio solidaristico che ne caratterizza la disciplina, la confisca di valore sarà applicabile nei confronti di qualsiasi concorrente per l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto del reato, anche qualora lo stesso non sia transitato – o lo sia transitato anche soltanto in minima parte – nel patrimonio del correo e sia stato materialmente appreso da altri¹⁴. Pertanto, sin dalla fase cautelare, in particolare durante le indagini preliminari, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente *ex* articolo 321, comma 2 *bis*, del Codice penale riguarderà, in caso di concorso si persone nel reato, ogni singolo autore del reato per l'intero importo a titolo di evasione d'imposta, costituente l'intera entità del profitto accertato.

L'obbligatorietà della confisca per equivalente si estende, in tal modo, privo di qualunque forma di discrezionalità, anche al sequestro

¹¹ La sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, 1 agosto 2011, n. 1569, infatti, ha escluso l'applicabilità della confisca per equivalente, prevista per il reato di truffa ai danni dello Stato ai sensi dell'articolo 640 *quater* del Codice penale (introdotto dalla legge n. 300 del 2000), in relazione a somme percepite anteriormente all'entrata in vigore di norme che la estendono al reato in questione. I giudici di legittimità hanno negli anni a seguire confermato la loro adesione al citato orientamento anche in ulteriori pronunce in materia di confisca per equivalente: Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 gennaio 2013, n. 18374, *Adami*.

¹² Cfr. Corte costituzionale, 1 aprile 2009, n. 97, ma ribadito anche successivamente da Corte costituzionale, 20 novembre 2009, n. 301.

¹³ Corte Edu, *Welch c. Regno Unito* del 1995. Sulla sentenza citata: A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2014.

¹⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 novembre 2005, n. 41936.

preventivo da applicare in attesa di una successiva confisca. La fase del giudizio riprende le regole e i principi propri della fase cautelare, con la confisca di valore, adottata all'esito dell'accertamento della responsabilità che dovrà riguardare la quota del prezzo o del profitto, nel rispetto dei canoni della solidarietà interna dei concorrenti. Di conseguenza, qualora sia applicata la confisca rispetto all'intero profitto del reato tributario al singolo concorrente, la stessa non potrà più essere applicata nei confronti degli altri concorrenti e l'espropriazione non potrà essere duplicata o eccedere nel *quantum* l'ammontare complessivo dello stesso¹⁵.

3. La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti

In considerazione della funzione sanzionatoria attribuita dalla giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, alla confisca per equivalente è stato riconosciuto un fondamento normativo radicato ad alcune specifiche forme di confisca previste dal decreto legislativo n. 231 del 2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. L'intento manifestato dal legislatore è stato quello di delineare un sistema di confische che il giudice può disporre nei confronti dell'ente i cui dipendenti o soggetti apicali abbiano commesso uno fra i reati menzionati agli articoli 24 e seguenti della norma citata.

A disciplinare l'operatività, nei casi in questione, della confisca come sanzione è l'articolo 19 dello stesso decreto legislativo n. 231 del 2001, ai sensi del quale viene disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato con la sentenza di condanna e con l'esclusione della parte che può essere restituita in via diretta al danneggiato, oltre che di eventuali diritti acquisiti da terzi in buona fede. Tuttavia, il decreto n. 231 del 2001 presentava fino a pochissimo tempo fa una lacuna normativa di non poca rilevanza. Infatti,

¹⁵ G. RISPOLI, *Op. cit.*, 210.

affinché sia possibile applicare la predetta sanzione, è necessario che il reato base, da cui deriva la responsabilità in capo all'ente, rientri nel novero tassativo di fattispecie criminose previste dal legislatore e finora tra i reati menzionati dal decreto non era presente alcun riferimento a quelli c.d. tributari.

Recentemente, è bene premettere, prima di proseguire con l'analisi del problema, è stato concluso l'*iter* di conversione del decreto legge n. 124 del 26 ottobre 2019 (il c.d. decreto fiscale), con l'introduzione del reato previsto dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 74 del 2000 nell'ambito di quegli illeciti che possono determinare la responsabilità delle società¹⁶. La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge di conversione ha reso operative numerose novità contenute nel testo normativo come modificate nel corso della "trafila" parlamentare. In materia di confisca è stata introdotta la confisca per sproporzione per i reati tributari più gravi e gli stessi sono stati inseriti fra i reati presupposto per la responsabilità degli enti ex decreto legislativo n. 231 del 2001. Dopo l'articolo 12 *bis* del decreto legislativo n. 74 del 2000 è stato ora inserito l'articolo 12 *ter* che va a regolamentare i casi particolari di confisca¹⁷.

¹⁶ Sul decreto legge in questione si rimanda a: D. PIVA, *Carcere a evasori e responsabilità dell'ente per reati tributari: pregi e limiti all'esordio dell'iter di conversione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019/10; A. PERINI, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019 (decreto fiscale)*, articolo pubblicato sulla rivista *Sistema Penale* il 3 dicembre 2019; S. FINOCCHIARO, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)*, articolo pubblicato sulla rivista *Sistema Penale* il 18 novembre 2019.

¹⁷ Il nuovo articolo 12 *ter* del decreto legislativo n. 74 del 2000, a seguito della conclusione l'*iter* di conversione del decreto legge n. 124 del 26 ottobre 2019 in legge n. 157 del 24 dicembre 2019, dispone che: «nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del Codice di procedura penale per i delitti di seguito indicati, si applica l'articolo 240 *bis* del Codice penale quando: a) l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 2; b) l'imposta evasa è superiore a euro centomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 3; c) l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è superiore a euro

La mancata previsione da parte del legislatore aveva in precedenza dato origine ad un paradosso normativo per il quale, alla luce delle disposizioni di cui all'articolo 12 *bis* del decreto legislativo n. 74 del 2000¹⁸ è stata consentita la confisca del profitto del reato (tanto in forma diretta, quanto in forma indiretta¹⁹), ma non l'aggressione del patrimonio della società nel cui interesse il legale rappresentante abbia commesso il reato e nel quale si realizza il profitto stesso, a causa proprio dell'esclusione di tali fattispecie dall'elenco dei reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dal medesimo decreto.

La questione ha posto non pochi problemi di natura giurisprudenziale, oltre ad aver dato origine ad un acceso dibattito dottrinale, al quale è necessario dedicare particolare attenzione. In particolare, a sollecitare un successivo intervento del legislatore sono state le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza *Gubert* del 2014, sottolineando che: «la situazione normativa delineata presenta evidenti

duecentomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 8; d) l'ammontare delle imposte delle sanzioni e degli interessi è superiore a euro centomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 11, comma 1; e) l'ammontare degli elementi attivi inferiori a quelli effettivi o degli elementi passivi fittizi è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 11, comma 2.»

¹⁸ A seguito delle modifiche introdotte con il decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158, il quale ha apportato come unica novità la nuova collocazione delle disposizioni in materia di confisca tributaria all'interno del decreto che detta la disciplina dei reati in materia di imposte dirette e di IVA. Sul punto: G. BONANNO, *La confisca per equivalente nei reati tributari. Brevi considerazioni in materia di confisca tributaria*, articolo pubblicato su *Rivista Osservatoriopgt* all'interno del n. 1/2017.

¹⁹ Attualmente, infatti, la confisca diretta è applicabile per il caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del Codice di procedura penale per qualunque reato tributario e nei confronti dei beni che ne costituiscono il prezzo o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato. La confisca per equivalente, invece, sarà ovviamente applicabile qualora non sia possibile la prima.

profili di irrazionalità²⁰». Tuttavia, la mancata recezione per più di un lustro da parte del legislatore del rilievo operato dai giudici di legittimità non ha permesso che il *vulnus* normativo venisse colmato rapidamente e, pertanto, gli operatori del diritto hanno in questi ultimi anni fatto riferimento ai principi affermati sempre dalla giurisprudenza in tema di confisca del profitto in relazione ai reati tributari.

Come accennato in precedenza²¹, la sentenza *Gubert* offre una definizione di profitto con riferimento ai reati in questione che mette in rilevanza come quest'ultimo possa consistere persino in un "risparmio di spesa" pari a quello derivante dal mancato pagamento del tributo, degli interessi e della sanzione a seguito dell'accertamento del debito tributario, rafforzando, in tal modo, un precedente orientamento della stessa Corte di Cassazione²². Il profitto va così individuato nella somma di denaro la cui sottrazione all'erario viene perseguita, a prescindere, trattandosi di reati di pericolo, dal raggiungimento dello scopo delittuoso, anche qui sulla scia di un precedente orientamento dei giudici di legittimità²³.

Le Sezioni Unite affermano, quindi, come la confisca del profitto, qualora avesse ad oggetto denaro o beni fungibili, non possa mai essere considerata per equivalente, ma sia sempre e solo diretta ex articolo 240 del Codice penale. Conseguentemente già l'adozione del sequestro preventivo non può essere subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite poi a seguito della commissione dello stesso nella disponibilità dell'indagato, poiché le somme di denaro oggetto dell'ablazione devono soltanto essere equivalenti all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo

²⁰ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*.

²¹ Cfr. § 1, nota 3.

²² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 gennaio 2013, n. 18374, *Adami*.

²³ Corte di Cassazione, Sezione III, 31 luglio 2013, n. 33184, in materia di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte ex articolo 11 del d. lgs. n. 74 del 2000.

nessun nesso pertinenziale tra il reato e il bene in questione²⁴. Inoltre, le somme sottratte all'erario vanno così a mescolarsi e a confondersi con quelle già esistenti all'interno del patrimonio societario e, per natura, non possono essere differenziate le une dalle altre.

Sempre all'interno della sentenza *Gubert*, i giudici di legittimità sottolineano che, nel caso in cui il profitto sia rimasto nella disponibilità della persona giuridica, sarà possibile confiscarlo alla stessa per i reati commessi dal legale rappresentante o da un altro organo operante in conto della persona giuridica. Differente è, invece, la soluzione offerta con riferimento alla confisca per equivalente, alla luce della suddetta natura sanzionatoria e del carattere sussidiario (oltre che condizionato) della possibilità di disporre la stessa e il relativo sequestro preventivo soltanto quando sia reperibile in via diretta il profitto del reato, non essendo consentita l'irrogazione della sanzione nei confronti di un soggetto diverso dall'autore materiale del reato. Tuttavia, un'eccezione è stata prevista qualora la persona giuridica sia priva in concreto dell'autonomia²⁵ e "rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministrazione agisca come effettivo titolare". In siffatta situazione, sarebbe ravvisabile un abuso del diritto che impedisce all'autore del reato di beneficiare degli effetti dell'autonomia patrimoniale che caratterizza la persona giuridica, permettendo di aggredirne il patrimonio anche nella forma della confisca per equivalente²⁶.

Tali principi sanciti dalla Corte di Cassazione hanno comportato importanti conseguenze dal punto di vista processuale, considerato che

²⁴ Puntualizzazione che si richiama alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, 25 settembre 2012, n. 1261, *Marseglia*. L'orientamento è stato recentemente ribadito dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, 1 ottobre 2019, n. 40071.

²⁵ T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 12 marzo 2014.

²⁶ F. VITALE, *Le Sezioni Unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta*, articolo in *Archivio Penale*, 2014, n.1.

l'ammissione della confisca, anche se in forma diretta e, quindi, di misura di sicurezza patrimoniale, nei confronti dell'ente determina la possibilità di disporre il sequestro preventivo nei confronti della società il cui legale rappresentante abbia commesso il reato tributario. Si può, in tal modo, imporre un vincolo sulle *res* pertinenti al reato – in caso di concreta sussistenza del pericolo che la loro disponibilità possa aggravare oppure protrarre le conseguenze del reato o, ancora, favorire la commissione di ulteriori reati – e su quelle sulle quali sia consentita la confisca.

La disciplina di applicazione del sequestro preventivo appare speculare a quella descritta della confisca e, come ribadito, la giurisprudenza nazionale non ha alcun dubbio sulla natura sanzionatoria di quest'ultima, in conformità a quanto disposto dall'articolo 19 del decreto legislativo n. 231 del 2001. La confisca acquisisce, quindi, da una parte, il ruolo di pena principale da applicare all'ente collettivo in caso di sua responsabilità; dall'altra, la funzione di ristoro dell'equilibrio economico privo di carattere punitivo, qualora non ci sia la dichiarazione di responsabilità ma sia stata comunque disposta a carico della persona giuridica.

Infine, un ultimo aspetto sostanziale, ma di rilevanza anche processuale, su cui soffermarsi è quello del tema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel giudizio a carico dell'ente, esclusa dai giudici di legittimità italiani poiché non prevista esplicitamente dal decreto legislativo n. 231 del 2001²⁷. Quest'orientamento sorge dalla considerazione preliminare secondo la quale l'illecito imputato all'ente non coincide con il reato commesso dalla persona fisica, impedendo il richiamo, previsto dall'articolo 34 del decreto legislativo n. 231 del 2001, agli articoli 185 del Codice penale e 74 del Codice di procedura penale ai fini della

²⁷ Si segnala a supporto di quest'orientamento: A. VALSECCHI, *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d. lgs. 231/01. Perché risulta più convincente l'orientamento contrario all'applicazione dell'istituto nel "sistema" 231*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 29 ottobre 2010.

regolamentazione del processo in materia. Un argomento a favore della tesi di ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, recentemente riproposto dalla giurisprudenza di merito²⁸, è rappresentato, invece, proprio dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 231 del 2001 che, tra i casi di riduzione della sanzione pecuniaria applicabile, considera l'ipotesi in cui l'ente, prima dell'inizio del dibattimento, abbia già risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze, dannose o pericolose dell'illecito, ovvero si sia in ogni caso adoperato in maniera efficace a tal fine. Rilevanza analoga, in questa direzione, assume proprio l'articolo 19 dello stesso decreto che, in tema di confisca, fa esplicito riferimento alla parte del prezzo o del profitto del reato che può essere restituita al danneggiato, autorizzando di fatto l'esercizio dell'azione civile per l'accertamento della sussistenza del diritto in questione e del *quantum*²⁹. Seguendo sempre lo stesso ragionamento nemmeno l'articolo 54 del decreto legislativo n. 231 del 2001, in materia di sequestro conservativo, osterebbe alla costituzione di parte civile da parte dell'ente, poiché la norma citata ha ad oggetto la sanzione pecuniaria, mentre l'articolo 316, comma 1, del Codice di procedura penale riguarda la pena pecuniaria. Ne consegue che la norma del decreto legislativo n. 231 del 2001 andrebbe a integrare la disciplina codicistica, ma senza derogare ad essa.

Sul punto è opportuno delineare anche le considerazioni poste a supporto dell'orientamento di matrice sovranazionale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa *C-79/11* ha affermato, infatti, che non si rinviene alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere espressamente

²⁸ G. ANGIOLINI, *Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato dell'illecito da reato: ammissibile secondo il Tribunale di Trani nel processo penale relativo al disastro ferroviario sulla linea Andria-Corato*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 23 maggio 2019.

²⁹ D. BELLONI, *La costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ai sensi del D. Lgs. 231/2001: un commento all'ordinanza del Tribunale di Trani nel processo sul disastro ferroviario Andria-Corato*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 7/8.

forme di responsabilità delle persone giuridiche per i danni causati alla vittima, tutelata in maniera sufficientemente adeguata secondo i giudici di Lussemburgo, dalla facoltà di costituirsi parte civile nei confronti della persona fisica imputata del reato causa dei danni eventualmente da risarcire³⁰.

Tornando, invece, a volgere l'attenzione, in materia di confisca applicata ai reati tributari, alle importanti ricadute in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, dalla sentenza *Gubert* in poi, la giurisprudenza di legittimità ha offerto degli interessanti spunti di matrice costituzionale e sovranazionale in materia di confisca con la recente sentenza n. 8995 del 2018³¹. Pur trattandosi di una pronuncia non concernente la confisca per equivalente in maniera specifica, è possibile analizzarne i problemi inerenti alla luce della sua operatività in tutti quei casi in cui non sia applicabile la confisca diretta. La Corte Edu, già nella sentenza *Welch contro Regno Unito* del 1995, ha elencato tutti gli elementi che attribuiscono alla confisca di valore la qualificazione di vera e propria pena. In tal senso, piuttosto coerente è parsa la scelta operata dai giudici di Strasburgo di riconoscere natura di vera propria pena a sanzioni che possono essere considerate molto meno gravi della stessa come quelle

³⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sezione II, sentenza 12 luglio 2012, *Giovanardi*, C-79/11. Si segnalano a tal proposito: A. VALSECCHI – F. VIGANÒ, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d. lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 6 settembre 2012; A. VALSECCHI – F. VIGANÒ, *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'avvocato generale presso la Corte di Giustizia UE nel caso Giovanardi*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 7 giugno 2012.

³¹ G. DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

irrogate in caso di *market abuse* o di omessa dichiarazione di profitti conseguiti all'estero³².

La confisca per equivalente, come assodato, presuppone: l'impossibilità dell'applicazione della confisca diretta; la commissione del reato; l'individuazione del profitto e la quantificazione di quest'ultimo. Pertanto, occorre verificare la sua compatibilità con i principi costituzionali dell'irretroattività, della ragionevolezza, della personalità della responsabilità penale e della proporzionalità, principio, quest'ultimo, richiamato anche dall'articolo 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il rischio concreto, paventato in dottrina da più parti, è che due soggetti possano astrattamente essere sottoposti a differenti sanzioni penali per uno stesso fatto, poiché nei reati tributari commessi in seno alla persona giuridica, la sanzione deriverebbe da circostanze totalmente esterne all'imputato, come rappresentato dall'impossibilità di applicare la confisca diretta, oltre che in assenza di un maggiore disvalore sotteso alla sua condotta. L'esempio classico è quello della confisca da applicare a seguito di omesso versamento Iva commesso da due diversi rappresentanti legali di due differenti imprese, con situazioni di disponibilità liquida altrettanto

³² Si pensi alla celebre, per via delle puntualizzazioni in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio, sentenza della Corte Edu *A e B contro Norvegia* del 2016, sulla quale sia consentito un richiamo a: S. ZOCALI, *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei c.d. "criteri Engel": un'analisi storica sull'evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di "ne bis in idem"*, articolo pubblicato su *ORDINES – Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee* all'interno del Numero 1 – Giugno 2019. Si segnalano, inoltre, sulla stessa sentenza: A. LONGO - F. M. DI STEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, articolo pubblicato su *Federalismi, rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* il 28 giugno 2017; G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del ne bis in idem*, articolo pubblicato su *European papers, a journal on law and integration*, il 18 aprile 2017, all'interno del Vol. 2, 2017, No. 1, 243-250.

differenti. Al momento dell'applicazione della misura, mentre l'azienda in buono stato di liquidità eviterà l'operatività della confisca per equivalente, al contrario, invece, quella in stato di crisi sarà impossibilitata a subire quella diretta e le sarà applicata quella indiretta³³. Il passaggio da misura di sicurezza – confisca diretta – a sanzione penale – confisca di valore – appare secondo alcuni, però, in casi analoghi “rimesso al caso” e di dubbia legittimità costituzionale, soprattutto con riferimento al principio di ragionevolezza, visto che si fa dipendere la mutazione della natura della confisca dalla permanenza o meno dell'oggetto diretto di confisca nel patrimonio dell'*accipiens*³⁴.

La sentenza n. 8995 del 2018, soffermandosi con maggiore attenzione rispetto al passato sul nesso di pertinenzialità, oltre ad ampliare l'ambito di applicazione della confisca per equivalente, ha posto, quindi, importanti spunti colti dalla dottrina, sollecitata all'analisi di profili comparativistici alternativi rispetto al modello italiano³⁵. Ad esempio, in Germania le varie tipologie di confisca sono disciplinate all'interno del Codice penale interno nella parte dedicata alle conseguenze giuridiche del reato³⁶, in cui sono espressamente previsti i limiti di estensione del nesso di

³³ G. DELLA VOLPE, *Op. cit.*, 17-18.

³⁴ A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2016, 2719 ss.

³⁵ G. DELLA VOLPE, *Op. cit.*, 19.

³⁶ Sul modello tedesco in generale e sulle riforme in corso si segnalano: A. M. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova “proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 2/2017*, 17-21; A. BALSAMO – V. CONTRAFFATTO – G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè Editore, Milano, 2010; G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, all'interno della *Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro*, CEDAM – Wolters Kluwer, Milano, 2016.

pertinenzialità, con l'indicazione del denaro quale bene ordinario per procedere all'equalizzazione del profitto nella confisca di valore, contrariamente a quanto affermato dalle Sezioni Unite con le sentenze *Gubert e Lucci*.

In Italia, invece, il legislatore è intervenuto spesso in via emergenziale cercando di estendere l'ambito afflittivo della misura a più fattispecie possibili tramite singoli interventi poco efficaci e, come si è constatato, probabilmente lesivi di alcuni principi costituzionali.

Tuttavia, un possibile correttivo efficace e rispettoso del principio di proporzionalità sembra provenire dal legislatore europeo³⁷. Infatti, la direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, al considerando n. 18, permette al legislatore di poter prevedere, anche se soltanto in circostanze eccezionali, la non applicazione della confisca qualora in conformità al diritto nazionale, non rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso che dovrebbero essere determinanti.

4. La confisca “amministrativa” per l’insider trading e la disciplina europea del market abuse: la confisca, diretta o per equivalente, nell’abuso di mercato e gli articoli 187 bis e 187 sexies del T.U.F.

Fra le numerose ipotesi speciali di confisca introdotte nel corso degli anni dal legislatore, all'interno del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il c.d. T.U.F.³⁸, è prevista all'articolo 187 la confisca obbligatoria – diretta o per equivalente – per i reati di abuso di

³⁷ A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 1/2015*, 306 ss.

³⁸ Noto anche come “legge Draghi” ed emanato con il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

informazioni privilegiate (il c.d. *insider trading*) e di manipolazione del mercato ai sensi rispettivamente degli articoli 184 e 185 della stessa fonte normativa.

La disciplina della confisca in questione ha destato, nel corso degli ultimi tempi, una serie di problematiche legate alla legittimità costituzionale delle disposizioni contenute all'articolo 187 del T.U.F., all'applicazione dell'istituto al prodotto dell'illecito e alla lentezza dimostrata dal legislatore italiano nell'attuazione della legge di delegazione europea 2016/2017³⁹.

Quest'ultima questione è stata successivamente affrontata dallo stesso legislatore con il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante “*Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE*”. Infatti, con l'adeguamento alla normativa sovranazionale è stato ampliato l'ambito di operatività dei due reati in esame, la cui disciplina si applica ora anche alle condotte o alle operazioni, incluse le offerte, relative alle aste su un'apposita piattaforma autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni o di altri prodotti oggetto d'asta correlati, anche qualora i prodotti non siano strumenti finanziari. Inoltre, viene dichiarata non penalmente rilevante, in materia di manipolazione del mercato, la condotta di chi abbia commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o di operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato di cui al regolamento UE n. 596 del 2014⁴⁰.

³⁹ Legge 25 ottobre 2017, n. 163, articolo 8, comma 3, lettere g) e h).

⁴⁰ Per un dettagliato approfondimento al riordino operato dal legislatore si rimanda a: P. VALENSISE – A. SACCO GINEVRI – I. BUI, *L'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni europee sugli abusi di mercato (MAR)*, articolo pubblicato su *Rivista di Diritto Bancario* il 24 settembre 2018; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 10 ottobre 2018.

La questione dell'applicazione della confisca in esame al prodotto dell'illecito era già stata sollevata negli anni precedenti⁴¹ ed è tornata di attualità dopo essere stata posta all'attenzione dei giudici della Corte di Cassazione civile e della Corte costituzionale.

In particolare, i giudici della Corte di Cassazione civile, pronunciatisi nell'ambito di due giudizi di opposizione ad altrettante delibere con le quali la CONSOB aveva disposto la confisca di cui all'articolo 187 *sexies* del T.U.F. per l'illecito amministrativo di informazioni privilegiate di cui all'articolo 186 *bis* dello stesso testo normativo, si soffermano sulla specifica eventualità in cui, in caso di acquisto di azioni a seguito della recezione di un'informazione privilegiata, la confisca, anche per equivalente, possa avere ad oggetto anche l'intero valore delle azioni privilegiate e non solo il profitto in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzione. La questione inerente la confisca amministrativa ha ricadute anche sulla confisca penale, poiché l'articolo 187 *sexies* - che prevede la prima tipologia di confisca (diretta o per equivalente) del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo - e l'articolo 187 - che prevede la confisca a seguito di condanna per i reati in esame previsti dagli articoli 184 e 185 del T.U.F. - del T.U.F. prevedono l'adozione della medesima disciplina⁴².

Nelle due circostanze, entrambi concernenti ipotesi di acquisto di azioni, i giudici di legittimità giungono a conclusioni differenti, con la seconda, l'ordinanza n. 3831 del 2018, che fa registrare un orientamento differente da quello consolidatosi in passato.

⁴¹ M. FRATINI, *Art. 187-sexies – Confisca*, all'interno di M. FRATINI – G. GASPARRI, *Il Testo Unico della Finanza, Tomo III*, UTET Giuridica, Torino, 2012, 2537 ss.

⁴² G. L. GATTA, *Confisca "amministrativa" per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 5/2018*, 295-302.

Andando per ordine, la sentenza n. 8590 del 2018, invece, conferma l'orientamento manifestato in passato dalla giurisprudenza⁴³ volto a estendere l'oggetto della confisca al valore finale dei titoli negoziati, uguale alla somma tra il valore originario di acquisto e il profitto conseguente alla vendita in condizioni privilegiate. A sostegno di tali conclusioni, i giudici della Corte di Cassazione affermano che i titoli utilizzati per realizzare l'illecito in esame non costituiscono semplicemente lo strumento operativo adoperato dal trasgressore per commettere l'illecito, poiché quando lo strumento finanziario, acquistato dal trasgressore con il proprio patrimonio, viene utilizzato come oggetto della condotta illecita, esso si trasforma nel profitto stesso dell'illecito, senza che si possa operare una distinzione fra il suo valore legittimo iniziale e quello artificioso finale frutto dell'illecita negoziazione⁴⁴. La confisca in caso di acquisto di azioni dovrebbe avere, quindi, ad oggetto il risultato dell'operazione finanziaria realizzata attraverso l'abuso dell'informazione privilegiata, qualificato prima come profitto lordo e poi come prodotto dell'illecito.

Differenti sono, invece, le conclusioni a cui giungono i giudici di legittimità nell'ordinanza n. 3831 del 2018, la quale, seguendo l'orientamento sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁵, ribadisce la natura sostanzialmente penale – in funzione dei *criteri Engel*⁴⁶ – della confisca per equivalente di cui all'articolo 187 *sexies*, comma 2, del T.U.F., distinguendola da quella della confisca diretta di cui al comma 1 della stessa

⁴³ Corte di Cassazione, Sezione V, 12 marzo 2012, n. 28486.

⁴⁴ Corte di Cassazione Civile, Sezione I, 6 aprile 2018, n. 8590.

⁴⁵ Corte costituzionale, 5 novembre 2012, n. 252; Corte costituzionale, 7 aprile 2017, n. 68. Su quest'ultima sentenza: F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 4/2017*, 269-276.

⁴⁶ Formulati dalla Corte Edu con la Sentenza *Engel e altri contro Paesi Bassi* del 1976, consolidatisi in seguito nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale e che debbono essere applicati dal giudice al fine di verificare se un procedimento abbia ad oggetto accuse in materia penale.

norma avente, invece, natura preventiva. In questo modo, viene sostenuta la tesi secondo la quale la misura in questione appare priva di proporzionalità, nel caso in cui abbia ad oggetto i mezzi impiegati dall'agente per effettuare l'operazione di *trading*, in quanto va a sommarsi alla sanzione amministrativa pecuniaria e risulta inversamente proporzionale al vantaggio concretamente ottenuto dall'agente a seguito della recezione e dell'utilizzo dell'informazione privilegiata. Verrebbero meno, di conseguenza, le garanzie riconosciute al diritto di proprietà dagli articoli 42 e 117 della Costituzione, in relazione all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU, alla luce del quale la confisca deve risultare proporzionata tra le esigenze di pubblico interesse e gli interessi dell'individuo.

Inoltre, anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ripropone all'articolo 17 la tutela del diritto di proprietà accordata dal Primo Protocollo addizionale CEDU e all'articolo 49, comma 3, il principio di proporzionalità delle pene⁴⁷. Pertanto, la Corte di Cassazione invoca, con l'ordinanza in esame, alla Corte costituzionale un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per capire se a tali disposizioni sia da riconoscere efficacia diretta e se le stesse vadano interpretate nel senso che impongono di ritenere non proporzionata una confisca per equivalente il cui oggetto non sia limitato all'equivalente del profitto ricavato dalle operazioni illecite di *trading*, ma si estenda anche all'equivalente dei mezzi impiegati per realizzarle.

⁴⁷ Come recentemente ribadito anche dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e altri*. Sulla pronuncia citata: M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, articolo pubblicato su *Rivista della Regolazione dei mercati*, in Fascicolo 1/2018.

Proprio recentemente, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 112 del 2019⁴⁸, si è pronunciata sulle questioni, dichiarando incompatibile con la Costituzione la previsione dell'articolo 187 *sexies* del T.U.F., nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e non del solo profitto, promuovendo, invece, con l'ordinanza n. 117 del 2019 un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, per le questioni concernenti la valenza del principio *nemo tenetur se detegere* nel procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative a carattere punitivo⁴⁹.

I giudici della Consulta hanno in primo luogo evidenziato come in passato la stessa giurisprudenza costituzionale avesse già riconosciuto un'ampia discrezionalità al legislatore nella determinazione delle pene da disporre per ciascun reato, fermo restando, però, il rispetto proprio del principio di proporzionalità, soprattutto sotto il profilo del principio di uguaglianza riconosciuto dall'articolo 3 della Costituzione. In riferimento alla questione in esame, inoltre, aveva già in passato esteso alle sanzioni amministrative di carattere punitivo alcune garanzie riservate alla materia penale. Pertanto, viene riconosciuta l'operatività dell'articolo 3 della Costituzione in combinato disposto con l'articolo 42 della Costituzione, poiché quest'ultimo rappresenta il presidio posto a tutela del diritto di

⁴⁸ Sulla quale si segnala: L. ROCCATAGLIATA, *Dichiarata (probabilmente invano) la illegittimità costituzionale dell'articolo 187 sexies T.U.F., nella parte in cui prevede la confisca amministrativa obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 5.

⁴⁹ Per quanto concerne l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale e le questioni inerenti l'articolo 185 *quinquiesdecies* del T.U.F. si rimanda a: A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online, Studi 2019/II*, 242 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, all'interno del *Fascicolo 4/2019*.

proprietà, messo in discussione dall'operatività di misure ablativo, come nel caso di specie la confisca, idonee a incidere sul patrimonio dell'autore del fatto.

Successivamente è stato affrontato il problema del rispetto o meno di detto principio da parte della misura prevista dall'articolo 187 *sexies* del T.U.F., partendo da una puntualizzazione in merito alle definizioni, spesso oggetto di confusione, di profitto e prodotto dell'illecito, oltre che di beni utilizzati per compiere l'illecito stesso, con particolare attenzione alla materia degli abusi di mercato⁵⁰.

In particolare, il prodotto è costituito dal risultato empirico dell'illecito, dato dalle cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato (come, ad esempio, può essere un documento contraffatto). Nel caso in esame, il prodotto è rappresentato dagli strumenti finanziari acquistati in base all'informazione privilegiata o dalla somma ricavata dalla vendita degli stessi.

Il profitto, invece, consiste nell'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito e nel caso di vendita di strumenti finanziari, è dato dal risultato economico dell'operazione valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata della quale disponeva l'autore dell'illecito diviene di dominio pubblico. Occorre, quindi, sottrarre al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo sostenuto realmente dallo stesso autore dell'illecito per concludere l'operazione, così da quantificarne la plusvalenza. Si può in sostanza affermare che il profitto corrisponde alla mancata perdita.

Infine, i beni utilizzati sono le somme investite nella transazione ovvero gli strumenti finanziari alienati in caso di vendita sulla base delle informazioni privilegiate.

Ricostruite queste tre nozioni, i giudici della Consulta si soffermano sulla funzione della confisca per equivalente del profitto definendola

⁵⁰ Corte costituzionale, 10 maggio 2019, n. 112, § 8.3.

ripristinatoria al pari della confisca di prevenzione. La confisca per equivalente del prodotto e quella dei mezzi utilizzati per commettere l'illecito hanno, invece, una funzione sanzionatoria con un effetto peggiorativo. Perciò, essendo nel campo delle pene bisogna applicare lo statuto in materia penale e, quindi, la proporzionalità della misura alla gravità della condotta. Tali forme di confisca assumono una connotazione "punitiva", infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata assai superiore a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito. Per i fatti di abuso di informazioni privilegiate la confisca di cui all'articolo 187 *sexies* del T.U.F. è sempre posta assieme ad una gravosa sanzione amministrativa pecuniaria variabile e la combinazione tra le due sanzioni determina per la Corte costituzionale una sproporzione della pena. Pertanto, è stata dichiarata l'incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto o dei beni usati per commettere l'illecito. La declaratoria di incostituzionalità, tra l'altro, non rischia di entrare in contrasto con il diritto dell'Unione europea, poiché quest'ultimo non impone la confisca del prodotto o dei beni utilizzati per commettere l'illecito, ma in materia di abusi di mercato impone la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate, prevedendo obbligatoriamente soltanto, in conformità a quanto disposto dall'articolo 30 del regolamento UE n. 596 del 2014, la confisca del profitto.

Infine, un ultimo profilo meritevole di attenzione con riguardo all'articolo 187 *sexies* del T.U.F. è rappresentato dal problema dell'irretroattività della confisca per equivalente. La questione è stata più volte oggetto dell'attenzione della Corte costituzionale⁵¹, la quale, alla luce della depenalizzazione dell'*inside trading* secondario operata dalla legge n.

⁵¹ Corte costituzionale, 7 aprile 2017, n. 68 e, ancor più nello specifico, Corte costituzionale, 5 dicembre 2018, n. 223, il cui orientamento è stato recentemente adottato anche dalla giurisprudenza di legittimità in Corte di Cassazione Civile, Sezione I, 29 maggio 2019, n. 14664.

62 del 2005, ha tracciato in generale i limiti entro cui può considerarsi costituzionalmente legittima ai sensi dell'articolo 25, comma 2, della Costituzione l'applicazione della confisca per equivalente ai fatti pregressi.

È stato, in tal modo, chiarito che l'articolo 7 della CEDU secondo l'interpretazione della Corte Edu - che assegna natura di pena a qualsiasi sanzione avente una connotazione prevalentemente afflittiva - riconosce il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo e afferma la necessaria applicazione della c.d. *lex mitior*⁵². Di conseguenza, il passaggio dal reato all'illecito amministrativo, nei casi in cui quest'ultimo al di là dell'etichetta attribuitagli dal legislatore interno conserva natura penale, consente l'applicazione retroattiva del nuovo regime punitivo soltanto se lo stesso è più mite di quello precedente e garantisce, così facendo, una scelta in favore del reo.

Per il caso di specie, alla luce di queste considerazioni sono state dichiarate inammissibili una serie di questioni di legittimità costituzionale che erano state sollevate dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione agli articoli 187 *sexies* T.U.F. e 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 con riferimento agli articoli 3, 25, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione. Il problema sorgeva in quanto il regime previsto dall'articolo 187 *sexies* del T.U.F. si applica *ex* articolo 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore di tale norma, la quale depenalizza alcune specifiche figure di reato e introduce i corrispondenti illeciti amministrativi, salvo che il relativo procedimento penale non si sia già concluso in precedenza. Secondo i giudici della Consulta, la confisca per equivalente, anche se prevista dal legislatore come conseguente a un illecito amministrativo, deve considerarsi una pena assoggettata, quindi, alle garanzie prescritte dall'articolo 7 della CEDU e non è corretto ritenere in ogni caso costituzionalmente vietato applicarla retroattivamente.

⁵² F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, *Op. cit.*, 271-274.

Tuttavia, non è assolutamente scontato che il trattamento sanzionatorio risulti nel complesso più favorevole di quello vigente al momento del fatto, poiché se generalmente la sanzione penale è più severa, in quanto incidente sul bene della libertà personale e dotata di un connotato speciale di stigmatizzazione, anche quella amministrativa può esprimere una carica afflittiva molto elevata in ragione del cumulo fra quella pecuniaria e quella interdittiva, oltre che per caratteri quali la pubblicità e l'impossibilità di beneficiare di sospensione condizionale o di provvedimenti di clemenza⁵³. La presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale nell'ipotesi di depenalizzazione di un fatto precedentemente costitutivo di reato deve intendersi come relativa, dovendosi dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento sanzionatorio di natura amministrativa sia in concreto più gravoso di quello previgente. Ne consegue l'illegittimità costituzionale della disposizione transitoria - l'articolo 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 - che prevede l'applicazione della sanzione amministrativa anche ai fatti pregressi, al fine di non violare quanto disposto dagli articoli 25, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione (in relazione all'articolo 7 CEDU), limitatamente all'applicazione retroattiva della confisca per equivalente nei confronti dell'*insider* secondario che risulterebbe complessivamente punito in modo più severo del primario⁵⁴.

⁵³ G. L. GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 13 dicembre 2018.

⁵⁴ In quanto l'*insider* secondario dovrebbe soggiacere inderogabilmente, nel caso di specie, per i fatti pregressi nei confronti dei quali non si sia già formato il giudicato, ad una sanzione amministrativa pecuniaria che va da ventimila euro a tre milioni di euro – innalzabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito in presenza di determinate circostanze – unita a quelle accessorie di cui all'articolo 187 *quater* del T.U.F., alla confisca amministrativa diretta del prodotto o del

5. Conclusioni

Le questioni su cui ci si è soffermati, in materia di confisca di valore, hanno permesso di operare un'analisi ricognitiva dell'istituto. La natura poliedrica e polimorfe della confisca in generale⁵⁵ ha una sua manifestazione diretta anche nella qualificazione dell'istituto della confisca per equivalente, la quale è ormai pacificamente qualificata come pena dalla giurisprudenza sovranazionale e da quella costituzionale. Tuttavia, un'uniformità di vedute non pare rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità, la quale, pur attribuendo alla confisca in esame natura "eminentemente sanzionatoria", non sempre è stata coerente nel delinearne la natura giuridica riconducibile sempre di più ad una sorta di "ibrido"⁵⁶.

La volontà del legislatore di rispondere all'esigenza di intervenire sui patrimoni di sospetta o certa origine illecita si è spesso scontrata con gli interventi giurisprudenziali volti a limitare l'uso eccessivo delle misure ablatorie in funzione sanzionatoria, alle volte poco rispettoso delle garanzie costituzionali e sovranazionali⁵⁷. Ciò ha comportato la necessità da parte dell'interprete di adoperare la disciplina di ogni singola tipologia di confisca, adattandola al singolo caso concreto con conseguenti problemi legati alla prevedibilità, alla proporzionalità e alla vigenza di regole generali.

profitto dell'illecito e dei beni utilizzati al fine di commetterlo e a quella amministrativa di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente a tale prodotto o profitto e ai beni utilizzati per commettere l'illecito. Inoltre, lo stesso *insider* secondario non potrebbe beneficiare della sospensione condizionale o dell'indulto.

⁵⁵ D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, articolo in *Archivio Penale*, 2019, n.2.

⁵⁶ G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 5/2017*, 51-63.

⁵⁷ Come, in ultimo, nella menzionata sentenza della Corte costituzionale, 10 maggio 2019, n. 112.

La combinazione tra una sanzione pecuniaria particolarmente severa e un'ulteriore sanzione di carattere comunque punitivo quantitativamente non modulabile, quale la confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, ha condotto - come messo in evidenza dai giudici della Consulta - a risvolti applicativi manifestamente sproporzionati. L'esigenza che emerge è, quindi, quella di operare un bilanciamento che, avendo riguardo della natura dell'ablazione, renda non praticabile per tutte quelle forme di confisca dotate di una connotazione tipicamente punitiva una limitazione del diritto di proprietà nei confronti del reo di portata maggiore di quella che sarebbe naturale conseguenza della mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dalla commissione dell'illecito.

Il legislatore negli ultimi anni, anche in occasione dell'adeguamento alla normativa europea in materia di abusi di mercato operata con il menzionato decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, non ha probabilmente sufficientemente considerato la natura multiforme delle singole tipologie di confisca, mettendo in rilevanza l'esigenza di proseguire con tutte quelle forme di coordinamento di matrice sovranazionale utili tanto nel favorire la cooperazione in materia fra gli Stati, quanto nel prevenire la lesione di tutte le ormai note garanzie poste dall'articolo 7 CEDU per la materia penale. Il canone della proporzionalità e la clausola di onerosità delle misure ablative dovrebbero, quindi, essere garantiti già in astratto nelle formulazioni normative in conformità alle previsioni degli articoli 17 e 18 della Direttiva 2014/42/UE, la quale, tuttavia, non offre volutamente un contributo idoneo a delineare la natura giuridica delle singole confische, riconoscendo, all'articolo 4, ai singoli Stati membri la libertà di stabilire la natura dei provvedimenti e dei procedimenti⁵⁸.

Nello specifico, l'operatività delle misure ablative patrimoniali in materia di *market abuse* rendono ancor più evidente la portata della

⁵⁸ A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, articolo pubblicato, *Op. cit.*, 306; G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Op. cit.*, 250-258.

problematica e la necessità di apportare dei correttivi normativi, come traspare in maniera piuttosto esplicita da numerose pronunce giurisprudenziali, volte a sollevare l'obiettivo severità dei trattamenti sanzionatori, con cumuli punitivi la cui quantificazione della proporzionalità viene demandata, come si è affermato in precedenza, all'interprete del fatto concreto, ampliandone il potere discrezionale a fronte di evidenti lacune legislative in astratto⁵⁹. Il segnale lanciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 112 del 2019 non può passare inosservato, avendo riconosciuto, proprio in considerazione della sproporzione sanzionatoria, l'incostituzionalità della confisca - non solo per equivalente, ma anche diretta - del prodotto oltre che dei beni strumentali del reato, rendendo indispensabili dei chiarimenti nozionistici e riproponendo il problema della frequente prevalenza di una funzione tipicamente sanzionatoria su quella ripristinatoria.

La questione assume ancor più rilevanza in considerazione dell'analisi della compatibilità del cumulo sanzionatorio con il divieto del *ne bis in idem*, ormai riconosciuto dai giudici della Corte Edu e della Corte di Giustizia dell'Unione europea come forma di garanzia sostanziale per tutti quegli illeciti di notevole disvalore sociale e non più come normale principio di natura processuale. In questo senso la confisca, soprattutto quella per equivalente, dovrebbe sottostare alla fondamentale verifica della ragionevole severità delle sanzioni integrate, alla quale far seguire, ove necessario, la mancata applicazione per assenza delle idonee condizioni di applicabilità. Il compito del giudice interno è parso, in ragione delle sollecitazioni delle Corti europee, eccessivamente gravoso, con in molti casi la confisca a rivestire un ruolo cruciale nella valutazione dell'eventuale sussistenza della proporzionalità complementare fra le sanzioni e la non

⁵⁹ F. DI VIZIO, *Sequestri e confische degli illeciti di market abuse e dei delitti societari di infedeltà informativa*, relazione pubblicata all'interno della rivista *Discrimen* il 7 giugno 2019, 95.

esorbitante onerosità dei vari procedimenti rispetto allo stesso fatto storico e nei confronti dello stesso soggetto⁶⁰.

A tal proposito, un esempio pratico utile a far comprendere il ruolo della presenza o meno della misura ablatoria in sede valutativa perviene dalla recente sentenza n. 45829 della Corte di Cassazione in materia di manipolazione operativa su azioni⁶¹. In questo caso, infatti, i giudici di legittimità hanno proceduto al giudizio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, prendendo in considerazione proprio la mancata precedente irrogazione della confisca. Infine, occorre precisare come gradualmente alcune risposte stiano finalmente arrivando dal fronte legislativo e, per la verità, anche da quello giurisprudenziale, poiché, come evidenziato già in alcuni preliminari commenti al nuovo decreto fiscale⁶², è possibile rinvenire una tendenza a costruire un modello omogeneo di misura patrimoniale basata sull'accertamento del profitto o del provento dell'illecito, almeno nel campo tributario, al fine di accomunare le forme di accertamento di entità patrimoniali per varie tipologie di confisca introdotte o modificate negli ultimi anni dal legislatore. Di conseguenza, non può che essere accolta positivamente l'introduzione dell'articolo 12 *ter* del decreto legislativo n. 74 del 2000, che fa sì che finalmente i reati tributari facciano parte del catalogo dei reati presupposto previsto dall'articolo 240 *bis* del Codice penale.

Tuttavia, continuano a sussistere dubbi e problemi applicativi che non possono far passare in secondo piano le differenze fra le singole tipologie dell'istituto e la necessità di creare un modello unitario di confisca

⁶⁰ F. DI VIZIO, *Ivi*, 86.

⁶¹ Corte di Cassazione, Sezione V, 10 ottobre 2018, n. 45829, sulla quale: F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, nota pubblicata su *Diritto Penale Contemporaneo*, il 17 ottobre 2018.

⁶² M. BONTEMPELLI, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, articolo pubblicato sulla rivista *Sistema Penale* all'interno del *Fascicolo 12/2019*.

tributaria, in considerazione del mutamento sostanziale dei presupposti della misura.

I possibili correttivi, derivanti, come si è precedentemente messo in evidenza⁶³, dalla comparazione con altri ordinamenti europei di *civil law* e dagli indirizzi di matrice sovranazionale consentirebbero di operare nei confronti della confisca un'equilibrata commisurazione della sanzione patrimoniale e della pena complessiva alla colpevolezza o di limitarne la sua applicazione in caso di possibili attuazioni sproporzionate.

Gli operatori del diritto penale necessitano, specialmente nell'approcciarsi ad una così ampia pluralità di istituti, di linee guida idonee a poter essere applicate al caso concreto, offrendo al giudice di legittimità, chiamato a garantire l'esatta osservanza della legge e la sua interpretazione uniforme, degli strumenti regolamentati in modo dettagliato dal legislatore.

Il ragionamento può, infatti, essere tranquillamente esteso anche alle altre tipologie di confisca e muove sempre dall'esigenza di offrire elementi esplicativi e chiarificatori in merito alla natura giuridica di un istituto fondamentale per il contrasto alla criminalità e ai patrimoni illeciti, operando, così facendo, un riordino normativo, specie in materia finanziaria, definitivamente risolutivo.

⁶³ Cfr. supra § 3.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

MATTEO CARMINE FIOCCA

“Ritorniamo alla legalità”.

**Leggi d’eccezione e reato di brigantaggio in un
caso di favoreggiamento nella Calabria
postunitaria**

ABSTRACT – The Pica Act and the Peruzzi Act introduced a rather harsh and moot exceptional legislation to counteract the brigandage in Southern Italy between 1863 and 1865. In particular, these acts governed the new crime of brigandage and assigned jurisdiction to military courts of justice. The first part of this paper analyzes both the parliamentary debate that led to their approval and their legal content. The second part analyzes the application of this legislation to a real case of abetment to the crime of brigandage in Calabria.

KEYWORDS – crime of brigandage, brigandage in Southern Italy, exceptional legislation, Pica Act, Peruzzi Act



n. 2/2019

MATTEO CARMINE FIOCCA*

“Ritorniamo alla legalità”.

Leggi d’eccezione e reato di brigantaggio in un caso di favoreggiamento nella Calabria postunitaria**

SOMMARIO: 1. *Introduzione: verso un duplice livello di legalità* – 2. *Uno stato d’assedio sotto mentite spoglie. La legge Pica e il reato di brigantaggio* – 3. *L’eccezione senza fine. La legge del 7 febbraio 1864 tra proroghe e tentativi di mitigazione* – 4. *La legge Peruzzi alla prova in un caso di favoreggiamento al brigantaggio nella Calabria postunitaria* – 5. *Osservazioni conclusive.*

1. Introduzione: verso un duplice livello di legalità

“Ritorniamo, o signori, chè ormai n’è tempo, ritorniamo alla legalità. Le leggi d’eccezione debbono nella storia dei popoli mostrarsi per breve tempo e sparire”¹. Con questo accorato appello il deputato Raffaele Conforti concludeva il suo intervento nella seduta del 28 aprile 1864, quando nella Camera dei Deputati si stava dibattendo sulla proroga da concedere alla legge del 7 febbraio 1864, la c.d. legge Peruzzi². Questa legge aveva a sua

* Dottorando di ricerca in “Diritto”, curriculum “Filosofia del diritto e storia della cultura giuridica” presso l’Università di Genova.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ *Atti del Parlamento italiano - Discussioni della Camera dei Deputati*, VIII Legislatura - Sessione 1863 - 1864 (18/04/1864 - 31/05/1864), volume (VI) XII della Sessione 3° periodo dal 18/04/1864 al 31/05/1864 Roma, Tipografia Eredi Botta 1888, 403. La citazione è riportata anche in C. LATINI, *Cittadini e Nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Le Monnier, Firenze, 2010, 191.

² Avvocato, magistrato e uomo politico originario del salernitano, Raffaele Conforti fu uno dei tanti esuli napoletani di sentimenti liberali che, a seguito degli eventi del 1848,

volta abrogato e sostituito la ben più famosa e famigerata legge Pica, che dal 15 agosto dell'anno precedente aveva introdotto solo per alcune province del neonato Regno d'Italia una legislazione penale d'eccezione per la repressione del brigantaggio³. Com'è noto, la legge Pica aveva di fatto assoggettato buona parte dei territori già facenti parte del debellato Regno delle due Sicilie a un regime penale differenziato dal resto dell'Italia unita, frammentando ancor di più un ordinamento giuridico già diviso dalla decisione di applicare nelle province meridionali il codice penale sardo del

trovarono rifugio nel regno sabauda. Nel Regno d'Italia esercitò le funzioni di procuratore generale e vicepresidente della Cassazione di Napoli, oltre che membro del Parlamento e Ministro di Grazia e Giustizia in due governi (v. F. BONINI, *Conforti, Raffaele*, in I. BIROCCHI e altri (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)* [d'ora in avanti DBGI], vol. I, Il Mulino, Bologna, 2013, 571).

³ Il termine *brigantaggio* entra nel vocabolario italiano con l'arrivo nella Penisola dell'esercito repubblicano francese alla fine del XVIII secolo. Tale termine, mutuato dal francese *brigand*, ha una matrice militare che rimanda all'idea di una truppa organizzata militarmente, la brigata. Usando le parole di Maurice Aymard: «essa ricorda quei soldati sottopagati o licenziati, in margine alle guerre del XIV secolo, che formano i primi gruppi di predoni e di cui mercanti e contadini sono le prime vittime.» (M. AYMARD, *Proposte per una conclusione*, 505, in G. ORTALLI (a cura di), *Bande Armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei di antico regime*. Atti del Convegno – Venezia, 3-5 Novembre 1983, Jouvence, Milano, 2002, 505-511). Alla matrice militare e medievale del termine brigante, fa riferimento anche lo storico ottocentesco francese Prosper Brugière, baron de Barante nella sua Storia dei Duchi di Borgogna: «*voyant que le roi ne pouvait ni les défendre ni les secourir, ils [les paysans bourguignons] demandèrent à s'armer; on le leur permit. Ils laissèrent la bêche et la charrue, s'armèrent de méchantes piques et de bâtons ferrés, prirent la croix de Bourgogne, écrivirent: «Vive le roi!» sur leur bannière, et commencèrent à tomber sur les Armagnacs, lorsque ceux-ci marchaient par petites compagnies. On les nommait les brigands ou les piquiers; lorsqu'ils furent aguerris dans leur métier de vagabonds, ils dévalisèrent tous les passans*» (in M. DE BARANTE, *Histoire de Ducs de Bourgogne de la maison de Valois 1362-1477*, t. 3, Parigi, 1826, 327-328). Il termine *brigandage* era stato poi usato nella Francia rivoluzionaria per indicare l'azione degli insorti legittimisti della Vandea (sul punto si veda J. TULARD, *Brigandage*, in *Dictionnaire Napoléon*, sous la direction de Jean Tulard, Fayard, 1999, 301-302).

1859 modificato – quindi in parte diverso da quello vigente nel resto del Regno – e di lasciare in vigore per le sole province toscane il codice penale preunitario del Granducato⁴; un regime penale d’eccezione che aveva creato quello che Mario Sbriccoli ha definito come un “doppio livello di legalità”⁵: da un lato il codice penale comune, dall’altro le leggi eccezionali che, in nome dell’emergenza e della tutela dell’ordine pubblico, avevano sospeso in vaste zone del Mezzogiorno le più basilari guarentigie statutarie.

⁴ Al momento dell’unificazione, l’ordinamento penale del Regno d’Italia era retto da tre leggi diverse: il codice sardo del 1859 per le province centro-settentrionali, il codice penale granducale del 1853 per la Toscana e il codice penale sardo modificato dal decreto luogotenenziale del 1861 per le province degli ex domini borbonici. Da un lato, il codice penale toscano, promulgato dal Granduca Leopoldo II nel 1853, rispecchiava le tendenze più avanzate della penalistica ottocentesca rispetto ai codici penali degli altri Stati preunitari (nell’intermezzo del governo provvisorio, costituito per gestire l’annessione del Granducato nel Regno d’Italia, era stata anche abrogata formalmente la pena di morte), per cui la sua sostituzione con il codice penale sardo avrebbe comportato per i territori granducali una *reformatio in peius* della legislazione penale. Si scelse pertanto di mantenerlo in vigore per i soli territori dell’ex Granducato di Toscana, in attesa della promulgazione di un codice penale unitario. Dall’altro lato, quando il Regno delle Due Sicilie fu annesso ai domini sabaudi, il governo luogotenenziale delle province napoletane optò per l’applicazione in questi territori del codice penale sardo, ma modificato sulla base di alcune disposizioni delle leggi penali borboniche, per renderlo più aderente alla realtà meridionale. Pertanto, fino alla promulgazione del primo codice penale unitario – il codice Zanardelli del 1889 – l’Italia unita era di fatto divisa da un sistema penale diversificato, ulteriormente frammentato dal regime d’eccezione introdotto dalle leggi contro il brigantaggio (sul problema dell’unificazione legislativa penale v. M. DA PASSANO, *Il problema dell’unificazione legislativa e l’abrogazione del codice napoletano*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819), Parte Seconda, Leggi Penali*, (ristampa anastatica), presentazione di M. DA PASSANO, A. MAZZACANE, V. PATALANO, S. VINCIGUERRA, CEDAM, Padova, 1996, LXIX-CLXIII. In particolare, per la questione inerente alle province toscane v. C-CVI; per le province napoletane v. CVI-CXXII).

⁵ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)* II, Giuffrè, Milano, 2009, 527.

Quello del brigantaggio meridionale fu un fenomeno estremamente complesso e articolato. Riesplosivo al massimo della sua violenza nel corso degli eventi del 1860-61 che portarono all'unificazione della Penisola e alla caduta della dinastia dei Borbone, esso traeva origine da una molteplicità di fattori di natura sociale, politica ed economica. Una forma di banditismo potremmo dire "classico", comune a molte zone europee, era presente nel Regno di Napoli già in Antico Regime. A partire dalla fine del Settecento, questa forma preesistente di banditismo comune si andò tingendo di ulteriori sfumature: da un lato, venne ad assumere i connotati politici dell'insurrezione, prestandosi più volte alla causa legitimista della spodestata dinastia dei Borbone; dall'altro lato, venne ad assumere quelli della reazione sociale contadina, rivendicante la distribuzione delle terre demaniali⁶.

Il problema del brigantaggio assunse dimensioni tali da destabilizzare profondamente la situazione nelle regioni meridionale e da rischiare di compromettere seriamente il processo unitario. Difatti, il Regno d'Italia, nei primi anni della sua esistenza, era ancora uno Stato debole e in via di consolidamento. Non tutte le potenze estere guardavano con benevolenza alla formazione di un'entità politica unitaria nella penisola e

⁶ La questione relativa quotizzazione dei demani, e quindi alla distribuzione delle terre agricole ai contadini, si intrecciava strettamente con il problema del brigantaggio. A partire dagli inizi del XIX sec., i c.d. "galantuomini", cioè i rappresentanti della piccola borghesia agraria, avevano approfittato delle leggi eversive della feudalità, promosse nel Regno di Napoli da Giuseppe Bonaparte, per impadronirsi di vaste zone demaniali, sottraendole agli usi civici sfruttati da tempo immemorabile dalle popolazioni rurali. Il problema delle terre era quindi largamente avvertito dai contadini come un problema cruciale, al quale Garibaldi sembrava aver offerto una soluzione più che soddisfacente emanando dei provvedimenti volti alla quotizzazione dei demani e alla distribuzione delle terre, provvedimenti immediatamente revocati su pressione della stessa classe dei possidenti, (sul punto si vedano F. PAPPALARDO, *Dal banditismo al brigantaggio. La resistenza allo Stato moderno nel Mezzogiorno d'Italia*, D'Ettoris Editori, Crotone, 2014, 123; R. MARTUCCI, *La regola è l'eccezione: la legge Pica nel suo contesto*, 425, in *Nuova Rivista Storica*, XCVII, 2, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 2013, 405-444).

attendevano l'evolversi degli eventi prima di concedere il loro riconoscimento ufficiale al nuovo Regno; il governo borbonico, ancora operativo seppur confinato nel suo esilio romano, continuò per alcuni anni dopo la caduta di Gaeta ad intrattenere rapporti diplomatici con le varie corti europee, al fine di perorare la causa di Francesco II e a rivendicare i suoi diritti sul trono delle Due Sicilie. Esso aveva inoltre creato nel meridione e all'estero una fitta rete di cellule clandestine, i c.d. comitati borbonici⁷, che raggruppavano in sé fedelissimi della decaduta dinastia e legittimisti che operavano segretamente dall'interno per minare lo Stato unitario, anche prendendo contatto e finanziando le bande dei briganti⁸. Per riuscire a mantenere la situazione stabile e condurre a compimento il processo unificazione nazionale, il governo liberale italiano fu pertanto costretto ad affrontare contemporaneamente pericoli tanto esterni, rappresentati dai paesi europei contrari all'unificazione, quanto interni, rappresentati da legittimisti che tramavano nel segreto dei comitati e alimentavano le fila dei briganti.

Nei primissimi tempi, il brigantaggio sembrò legarsi ad una matrice più che altro politica e reazionaria. Alle bande già esistenti, composte da criminali comuni, si andarono ad unire altre diverse categorie di soggetti:

⁷ Sull'appoggio fornito dai comitati borbonici alle bande: v. T. PÉDIO, *Inchiesta Massari sul brigantaggio. Relazioni Massari-Castagnola – Lettere e scritti di Aurelio Saffi – Osservazioni di Pietro Rosano – Critica della "Civiltà Cattolica"*, Lacaita Editore, Manduria, 1998, 156.

⁸ Già nel 1799, anno della fondazione e della repentina caduta della Repubblica giacobina Partenopea, il banditismo meridionale aveva prestato la propria azione alla causa lealista volta a favorire il ritorno a Napoli dei Borbone, riparati nel frattempo nei loro domini siciliani. Fu in questo frangente che il banditismo del Sud acquistò per la prima volta una connotazione politica e reazionaria e il suo *modus operandi* assunse le forme della guerriglia; per riferimenti al brigantaggio meridionale del 1799 (tra i numerosi lavori pubblicati sull'argomento, si rinvia a F. PAPPALARDO, *Dal banditismo al brigantaggio...*, cit., 63-89; E. CICONTE, *La grande mattanza. Storia della guerra al brigantaggio*, Laterza, Bari, 2018, 43-51).

militari del disciolto esercito delle due Sicilie che avevano rifiutato di prestare giuramento a Vittorio Emanuele II, giovani renitenti alla leva indetta per la formazione del nuovo esercito italiano, contadini poveri rimasti delusi dalle promesse disattese sulla redistribuzione delle terre coltivabili. Molte di queste bande, soprattutto nei primi anni successivi al 1861, agivano nel nome di Francesco II, attaccando reparti dell'esercito sabauda e occupando interi centri abitati⁹. La reazione dello Stato unitario si connotò sin dall'inizio per il suo carattere di eccezionalità e per il ricorso alle procedure *ad modum belli*¹⁰. La prassi diffusa nel regio esercito, infatti, era quella delle fucilazioni sommarie, delle rappresaglie e degli arresti arbitrari, prassi non dissimile da quella adottata nel Regno di Napoli, e non solo, per la repressione del banditismo in Antico Regime¹¹.

Nel 1862 si cercò di dare una parvenza di legalità a questa situazione proclamando lo stato d'assedio in tutto il Mezzogiorno¹². I comandi militari

⁹ In questo senso celebri sono le imprese delle bande guidate dal brigante Carmine Crocco che, tenendo testa all'esercito sabauda, era riuscito ad occupare in nome di Francesco II molti paesi della Lucania, tra cui anche Melfi, e a minacciare seriamente la stessa città di Potenza. Sulla vita e le imprese di Crocco: C. CROCCO, *Come divenni brigante*, Edizioni Trabant, Brindisi, 2009; v. anche F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio...*, cit., 92-102 e 122-129.

¹⁰ In Antico Regime, con la locuzione "*ad modum belli*" si indicavano le procedure *extra ordinem* adottate, in particolar modo, per la repressione del *latrocinium*, cioè del banditismo. Erano procedure caratterizzate da un regime probatorio semplificato, da termini processuali abbreviati e dall'abolizione dell'appello (cfr. L. LACCHÉ, "*Ordo non servatus*". *Anomalie processuali, giustizia militare e "Specialia" in antico regime*, 370, in *Studi Storici*, anno 29, No. 2, Istituzioni giudiziarie, criminalità e storia [Apr. - Jun., 1988], Fondazione Antonio Gramsci, 361-384. Per uno studio approfondito sul *latrocinium* v. ID., *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Giuffré, Milano, 1988).

¹¹ Sul punto v. R. MARTUCCI, *La Regola è l'eccezione...*, cit., 429-430.

¹² La "questione romana" ancora aperta, complicata dall'appoggio concesso da Napoleone III a ciò che rimaneva dello Stato Pontificio, aveva indotto Garibaldi, nell'estate del 1862, a ripercorrere la via del Mezzogiorno alla testa di un manipolo di volontari, per liberare Roma e portare a compimento il processo unitario. L'impresa, osteggiata dal governo e dal Re in

vennero quindi ad assumere i pieni poteri, compresi quelli civili, introducendo nuovi divieti e aspre sanzioni attraverso lo strumento dei bandi¹³.

La violenza, l'arbitrarietà e la sommarietà con cui venne condotta la lotta al brigantaggio e con cui il Regno d'Italia aveva momentaneamente abdicato a quei principi e a quelle garanzie dello stato liberale in nome dei quali era anche stato avviato il processo unitario, generarono quindi sconcerto non solo nell'opinione pubblica nazionale, ma anche nell'opinione pubblica estera¹⁴. Si pensò allora che occorresse ricondurre una situazione che stava ormai degenerando, nell'alveo della legalità e dello stato di diritto.

quanto poneva in serio pericolo i delicati rapporti diplomatici con la Francia, fu l'occasione per dichiarare in stato d'assedio tutte le province meridionali. Questa misura eccezionale di emergenza, che sospendeva formalmente le garanzie statutarie, sembrava pensata più contro il brigantaggio che contro l'impresa garibaldina, quest'ultima presa solo come pretesto per legalizzare il regime repressivo instaurato nel meridione d'Italia (cfr. R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela*, cit., 36-49. Sullo stato d'assedio del 1862. Sul punto si veda anche F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Feltrinelli Editore, Milano, 1964, 169-211. Sullo Stato d'assedio come provvedimento d'emergenza v. F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Dig. it.*, vol. 22, pt. 2, Utet, Torino, 1895, 177-270).

¹³ Cfr. R. MARTUCCI, *Emergenza e Tutela...* cit., 120.

¹⁴ Il fenomeno del brigantaggio meridionale ebbe vasta eco in Europa anche grazie allo spazio che vi dedicarono importanti testate straniere come il "*Deutsche Allgemeine Zeitung*", il "*Journal des Débats*" e "*Le Constitutionnel*", (sul fenomeno cfr. A. Scirocco, Introduzione. *Il giudizio sul brigantaggio meridionale postunitario: dallo scontro politico alla riflessione storica*, xviii, in *Guida alle fonti della storia per il brigantaggio postunitario conservate negli Archivi di Stato*, Roma, I, Ministero per i Beni e le attività culturali. Ufficio centrale per i beni archivistici, 1999, xii-xxxviii). Persino Napoleone III, alla notizia dell'ennesima esecuzione di contadini meridionali ebbe ad affermare, telegrafando un messaggio critico verso il governo italiano all'inviato straordinario presso la corte di Torino, generale Fleury, che: «*les Bourbons n'ont jamais fait autant*» (cfr. R. Martucci, *La regola è l'eccezione...*, cit., 430).

Su pressione della Camera dei Deputati il Governo Farini, che aveva sostituito il dimissionario Governo presieduto da Urbano Rattazzi¹⁵, si incaricò di promuovere la formazione di una commissione parlamentare che studiasse le cause del brigantaggio e individuasse i rimedi ed i provvedimenti più efficaci per il suo debellamento. Tale commissione, composta in buona parte da deputati meridionali¹⁶, una volta istituita aveva percorso per alcuni mesi i territori del meridione continentale – seppur depennando dagli itinerari del loro viaggio gli Abruzzi e le Calabrie, proprio i territori maggiormente interessati dal fenomeno del brigantaggio – raccogliendo una vasta documentazione fondata sulle testimonianze di militari, magistrati, pubblici funzionari e semplici cittadini. Dal materiale raccolto e dall’esperienza maturata durante la visita delle province meridionali, la Commissione ricavò una lunga e corposa relazione, che fu letta da Massari di fronte alla Camera riunita in seduta segreta e con la quale si cercava di individuare non solo le cause principali dalle quali il brigantaggio traeva origine, ma anche i provvedimenti che avrebbero potuto essere più efficaci per la sua repressione¹⁷.

¹⁵ La debolezza e le difficoltà mostrate dall’esecutivo guidato da Urbano Rattazzi nel controbattere alle accuse trasversali mosse da destra e da sinistra sull’incostituzionalità dello stato d’assedio proclamato da La Marmora, accompagnate dal generale e diffuso malcontento delle province meridionali, aveva costretto il Presidente del Consiglio a presentare le dimissioni (cfr. M. SBRICCOLI, *La Commissione d’inchiesta sul brigantaggio e le legge Pica*, in *Storia del Diritto penale e della Giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, Giuffrè, Milano, 473-474).

¹⁶ La Commissione era composta da esponenti sia della maggioranza che dell’opposizione parlamentare: Aurelio Saffi e Stefano Romeo della sinistra democratica, Achille Argentino indipendente di sinistra, il garibaldino Giuseppe Sirtori, Giuseppe Massari, Donato Morelli e Antonio Ciccone dei moderati vicini al governo e Nino Bixio e Stefano Castagnola dell’ala rattazziana (ivi, 475).

¹⁷ Il 3 e il 4 maggio del 1863, Massari lesse di fronte alla Camera de Deputati, in una seduta a porte chiuse, la relazione nella quale la Commissione distingueva lucidamente le cause del brigantaggio grosso modo in: predisponenti, vale a dire le precarie condizioni socioeconomiche in cui versava il Mezzogiorno; storiche, relative al brigantaggio in quanto

A partire dalla relazione Massari presero così avvio i lavori parlamentari finalizzati alla preparazione di un progetto di legge che, se da un lato doveva condurre la lotta contro il brigantaggio nel segno della legalità, dall'altro doveva comunque fornire gli apparati statali di strumenti idonei a garantire un suo deciso e definitivo annientamento.

2. Uno stato d'assedio sotto mentite spoglie: la legge Pica e il reato di brigantaggio

Tutte le forze politiche parlamentari, da destra a sinistra, erano concordi nel ritenere che il brigantaggio fosse un male da estirpare in modo deciso e risoluto, ma allo stesso tempo tutte convenivano che fosse necessario porre fine alla repressione violenta ed arbitraria condotta fino a quel momento dall'esercito con metodi che spesso eccedevano i limiti

fenomeno endemico e atavico di quelle provincie; politiche, cioè quelle cause generate dal cattivo governo dei Borbone e dalle loro trame orchestrate dall'esilio romano contro l'Italia unita. La Commissione non si era tuttavia arrestata a una pura e semplice analisi dei fatti e dei dati, raccolti nel corso del viaggio d'inchiesta, ma aveva altresì tentato di individuare eventuali rimedi che potessero estirpare efficacemente la malapianta del brigantaggio. Tra questi, rimedi di *welfare*, volti ad investire nel Meridione risorse economiche in opere pubbliche ed infrastrutture, e rimedi legislativi, tesi ad introdurre una normativa d'eccezione capace di offrire in una situazione emergenziale, come quella in cui versavano le provincie dell'ex Regno borbonico, strumenti repressivi efficaci, ma allo stesso tempo rispettosi della legalità e dei principi più importanti dello Stato costituzionale (cfr. *ivi*, 476-481. Sul punto si veda anche R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela*, cit., 92 ss.). F. MOLFESE, dal canto suo evidenzia criticamente l'assenza nella relazione Massari di ogni riferimento a quelle deficienze operative dell'esercito e quei continui contrasti tra autorità civili e militari, che avevano caratterizzato fino a quel momento l'azione repressiva statale (v. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio*, cit. 318). Il testo completo della relazione è stato riedito in T. PÉDIO, *Inchiesta Massari sul brigantaggio*, cit.

legali¹⁸. Tuttavia, le leggi e le procedure ordinarie non sembravano offrire strumenti sufficientemente efficaci per debellare definitivamente le bande dei briganti tutelando l'ordine pubblico e la *salus rei publicae* di uno Stato che stava appena muovendo i primi passi sulla scena internazionale.

Sia in Parlamento che nell'opinione pubblica si venne poi a radicare una profonda sfiducia nei confronti della magistratura civile e negli strumenti processuali ordinari, ritenuti inidonei a contrastare una situazione emergenziale di eccezionale gravità quale quella che si stava affermando nel Mezzogiorno italiano¹⁹. Risulta di tutta evidenza come il rispetto delle garanzie processuali sancite dallo Statuto rendesse arduo il perseguimento e la condanna dei briganti in tempi rapidi; difatti, le difficoltà incontrate nella raccolta delle prove, nell'escussione dei testimoni, la garanzia del principio di difesa e le lungaggini dei tempi processuali, facevano sì che le cause di brigantaggio spesso non giungessero nemmeno al dibattimento, stroncate anzitempo da una dichiarazione di non luogo a procedere per insufficienza di prove²⁰.

In questo clima si rafforzava invece la fiducia nell'esercito regio, nei suoi tribunali e nelle sue procedure, sicuramente più rapide ed efficaci, benché estranee alle più elementari guarentigie riconosciute da uno stato di diritto²¹. Affidare a tali tribunali, secondo le norme dell'ordinamento

¹⁸ A titolo esemplificativo, lo stesso deputato della Sinistra Ricciardi, nel corso del dibattito parlamentare per l'approvazione della legge per la repressione del brigantaggio, aveva affermato la necessità di approvare la legge per frenare l'arbitrio di militari e prefetti, necessità che era ormai diventata una convinzione per molti democratici (cfr. R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela*, cit., 124). Sul punto risultava essere ancora più incisiva l'opinione del Conforti, il quale sosteneva che il brigantaggio fosse peggiore di uno stato di guerra e che, in quanto tale, i provvedimenti d'eccezione fossero compatibili con le libere istituzioni (cfr. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio*, cit., 336).

¹⁹ Cfr. M. SBRICCOLI, *La Commissione di inchiesta sul brigantaggio*, cit., 479.

²⁰ Cfr. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio*, cit., 326.

²¹ Sulle tensioni sorte in merito alla lotta al brigantaggio tra autorità giudiziaria e militare v. R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela*, cit., 79 ss.

militare, il compito di perseguire le bande brigantesche appariva la soluzione migliore, se non necessaria²². Certo, le redini della repressione sarebbero rimaste in mano all'esercito, il quale, tuttavia, avrebbe dovuto operare non più arbitrariamente e *ad modum belli*, ma seguendo i binari tracciati dalla legge e dall'ordinamento penale militare.

Nel luglio del 1863 iniziò finalmente il dibattito sul progetto di legge elaborato dalla Commissione d'Inchiesta, progetto che si caratterizzava per un'impronta marcatamente repressiva: prevedeva l'istituzione di giunte provinciali di pubblica sicurezza con il compito di stilare liste i cui iscritti potevano essere arrestati da chiunque; attribuiva maggiori poteri ai prefetti in svariate materie, comminava la pena di morte mediante fucilazione indifferentemente a briganti, favoreggiatori e complici che avessero opposto resistenza a mano armata, mentre negli altri casi la deportazione a vita o a tempo; attribuiva la competenza ai tribunali militari²³.

Le questioni che animarono il dibattito parlamentare tra Destra di governo e Sinistra di opposizione, non riguardarono tanto l'*an* del regime d'eccezione quanto i limiti entro cui tale regime potesse comprimere le libertà e le garanzie di uno Stato liberale. In particolar modo la discussione si focalizzò sui confini entro cui tracciare la competenza da attribuire ai tribunali militari e il bilanciamento delle pene da irrogare alle diverse tipologie di soggetti coinvolti. Riconoscere competenza a tali corti significava distogliere dei civili, quali erano appunto i briganti, dai loro giudici ordinari precostituiti per legge e assoggettarli ad una giurisdizione

²² A tal proposito, appare singolare la posizione sostenuta da Giuseppe Lazzaro, deputato della Sinistra, in un suo intervento di fronte la Camera. Egli rimarcava la necessità di attribuire la competenza relativa alla repressione del brigantaggio alla giurisdizione militare, perché: «quando il soldato prende prigioniero un brigante o un manutengolo, non ha fiducia che rimettendolo ai tribunali ordinari sia condannato, epperò lo fucila», mentre una volta introdotti i tribunali militari a costo di qualche guarentigia i soldati avrebbero rispettato i prigionieri, sapendo di poter contare su giudizi celeri. L'intervento è riportato in R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela*, cit., 118.

²³ Cfr. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio*, cit., 334.

speciale, fino a quel momento riservata ai soli militari e persone ad essi equiparate; ciò di fatto sollevava non poche questioni di “costituzionalità”, confliggendo potenzialmente con il principio del giudice naturale sancito dall’art. 71 dello Statuto²⁴. La Destra parlamentare aveva agevolmente aggirato l’obiezione affermando il principio per cui il giudice naturale è sempre quello stabilito per legge²⁵. Il dettato statutario, pertanto, poteva ritenersi salvaguardato, essendo la giurisdizione dei tribunali militari sancita in questo caso da una legge ordinaria, quale quella che si stava discutendo in quel momento alla Camera, e attribuita a corti speciali già esistenti e non a corti eccezionali istituite *ad hoc* dall’esecutivo.

²⁴ Un’analoga questione di costituzionalità sorse qualche tempo prima in relazione al disegno di legge che prevedeva un inasprimento delle sanzioni relative al reato di diserzione. In questo contesto si decise di assoggettare alla giurisdizione militare anche quei civili che avessero materialmente e moralmente concorso nel suddetto reato: decisione che sollevò le proteste della Sinistra, la quale aveva accusato il provvedimento di violare palesemente l’art. 71 dello Statuto, cfr. *ivi*, 329.

²⁵ Sempre in relazione all’analoga questione del giudice naturale, sorta in occasione della discussione sul disegno di legge sulla diserzione, la maggioranza aveva difeso l’impianto del provvedimento insistendo sull’assunto che il giudice naturale è sempre quello precostituito per legge, ed essendo le corti militari dei tribunali stabili precostituite per legge, il dettato dell’art. 71 dello Statuto doveva intendersi rispettato anche sottoponendo i civili alla loro giurisdizione. In tal senso si era svolto l’intervento del deputato della maggioranza di governo, Michele Casaretto che, in difesa del progetto di legge sulla diserzione, ebbe ad affermare: «Quali sono adunque i giudici che sono giudici naturali? Quei giudici che lo Statuto vieta, che sono, come è detto al secondo alinea dello Statuto, i tribunali o Commissioni straordinarie, cioè a dire le Commissioni e i tribunali che sono nominati non dalla legge, ma dal potere esecutivo, nominati per giudicare delitti già commessi, inquisiti già designati. [...] Ma volete voi dichiarare tribunali e Commissioni straordinarie quei tribunali che sono destinati a durare lunghi anni, che sono nominati per legge, a cui è sottoposta, come sarebbe nel caso nostro, l’universalità dei cittadini? Evidentemente questo sarebbe un assurdo. Vorreste voi dunque dichiarare straordinari i tribunali di commercio, dell’ammiragliato, i tribunali amministrativi e di prefettura? E vorreste dichiarare straordinario il Tribunale militare il quale deve durare tanto tempo quanto durerà l’esercito?» (in *Atti del Parlamento italiano*, cit., vol. V, 2908).

Una volta sancita la legittimità della competenza dei tribunali militari, era stata invece la commissione istituita per riferire sulla proposta di legge della commissione d'inchiesta, presieduta dallo stesso Conforti, a criticare l'eccessiva estensione di tale giurisdizione e a proporre che essa venisse limitata ai soli casi in cui i briganti fossero stati presi con le armi in mano e fosse invece mantenuta per tutti gli altri casi la competenza ordinaria dei tribunali civili²⁶.

La discussione sul progetto di legge presentato dalla Commissione d'Inchiesta si stava ormai protraendo per lungo tempo, con il rischio che la sessione parlamentare si chiudesse senza l'approvazione del provvedimento, mentre l'intensificarsi delle azioni brigantesche rendeva necessario fornire in breve tempo l'ordinamento di strumenti legislativi efficaci. Fu così che il governo Minghetti spinse il deputato abruzzese Giuseppe Pica^{27a} a presentare un suo progetto, indicato come proposta di mediazione e sintesi rispetto al progetto della Commissione. Presa alla sprovvista, la Sinistra non riuscì ad impedire che la legge proposta dai moderati e che di fatto marginalizzava i lavori condotti fino a quel momento, venisse approvata a piena maggioranza dei voti²⁸.

La legge del 15 agosto 1863 n. 1409, che da quel momento assunse indelebilmente il nome del suo proponente, riassumeva in soli cinque articoli quella che, nell'ottica della Commissione e dei lavori parlamentari, doveva essere una legge più dettagliata e complessa. Gli aspetti maggiormente significativi del testo erano rappresentati dall'introduzione di una nuova fattispecie di crimine, il reato di brigantaggio, e dal completo

²⁶ Cfr. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio*, cit., 336.

²⁷ Avvocato abruzzese e uomo politico, fu deputato del Parlamento napoletano del 1848 – quasi immediatamente sciolto da Ferdinando II di Borbone – e, con il Regno d'Italia, divenne prima deputato e poi senatore nelle fila della Destra storica (per una biografia su questo personaggio v. C. PINTO, *Pica, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, t. 83[2015], Treccani, Roma, 120-122).

²⁸ Sull'approvazione della legge Pica v. F. MOLFESE *Storia del brigantaggio*, cit., 342 ss.

affidamento alla magistratura militare del suo perseguimento²⁹. Il testo introduceva anche una misura di natura preventiva, attribuendo al Governo il potere discrezionale di assegnare per il massimo di un anno un domicilio coatto³⁰ ad oziosi, vagabondi, persone sospette, secondo la designazione fatta dal codice penale³¹, e a camorristi e sospetti manutengoli, cioè sospetti collaboratori e favoreggiatori, dietro parere di una giunta provinciale costituita dal Prefetto, dal Presidente del Tribunale, dal Procuratore del Re e da due Consiglieri Provinciali. Quest'ultima previsione consegnava di fatto all'esecutivo ampi poteri discrezionali sulla libertà di circolazione delle persone, esercitabili sulla base di semplici sospetti e su un'ampia categoria di soggetti ben più estesa di quella per cui la legge era stata varata, cioè i briganti.

La nuova figura di reato, prevista dall'art. 1 della legge Pica, assumeva le forme del reato associativo e nasceva come ibrido tra due fattispecie già disciplinate dal codice penale sardo, esteso a quasi tutto il territorio italiano dopo l'unità; si trattava del reato di associazione di malfattori disciplinato dagli art. 426 c.p. e seguenti, e il reato di banda armata disciplinato dagli art. 162 c.p. e seguenti³². Queste due figure, che presupponevano l'esistenza

²⁹ Riguardo al dibattito parlamentare e alle questioni più rilevanti emerse in relazione al ricorso ai tribunali militari per la repressione del brigantaggio si veda C. LATINI, *Cittadini e nemici*, cit., 181 ss.

³⁰ Il domicilio coatto, o confino, era una misura preventiva volta ad impedire la commissione di reati da parte di particolari soggetti predisposti a delinquere o semplicemente sospetti. La legge Pica, e successivamente la legge Peruzzi, attribuivano il potere di comminare queste misure preventive a particolari giunte che operavano a livello provinciale ed erano composte da membri provenienti dalle magistrature ordinarie e dalle istituzioni governative.

³¹ Nello specifico, la legge Pica rinviava al Libro II, Titolo VIII (Dei reati contro la pubblica tranquillità), Capo III (Degli oziosi, mendicanti ed altre persone sospette) del codice penale sardo del 1859.

³² La stessa Corte di Cassazione di Napoli, nel sottolineare la maggiore durezza delle sanzioni previste dalla legislazione eccezionale rispetto al codice penale, nella sentenza del 3 dicembre 1866, affermava che: «... la banda armata dell'art. 162 e l'associazione di

di un gruppo organizzato di persone intente a commettere delitti, differivano per il bene giuridico tutelato: il primo, inserito tra i reati contro la pubblica tranquillità, era posto a garanzia delle persone e della proprietà; il secondo, collocato tra i reati contro la sicurezza interna dello Stato, aveva una connotazione prettamente politica ed era posto a garanzia dello Stato, delle sue istituzioni e della forma di governo.

Fino al 15 agosto 1863, ad essere applicati ai casi di brigantaggio nei tribunali civili furono gli artt. 426 e seguenti del codice penale che punivano il reato di associazione di malfattori: sempre che i briganti fossero riusciti a sottrarsi alla giustizia sommaria dell'esercito. La disciplina dettata dagli articoli sopramenzionati stabiliva che l'associazione dovesse essere costituita da almeno cinque individui, prevedeva pene che andavano dai lavori forzati a tempo al carcere e differenziava il trattamento sanzionatorio tra capi banda, semplici membri e favoreggiatori, peraltro, circoscrivendo minuziosamente le ipotesi di favoreggiamento³³.

malfattori dell'art. 426 del codice penale costituiscono un reato solo che è chiamato *brigantaggio* [...] si confondono, o meglio si fondono in una le due materie distinte e diversamente punite dal Codice penale, della banda armata contro la sicurezza interna dello Stato e dell'associazione di malfattori.» (in *Giur. it., Raccolta generale progressiva delle decisioni delle varie Corti del Regno*, vol. XVIII, Torino, 1866, 941).

³³ La prima forma di reato associativo venne introdotta dal Codice Penale napoleonico del 1810 con l'art. 265, che condannava di per sé ogni associazione di malfattori come un crimine contro la pubblica tranquillità. Per la prima volta un sodalizio criminale costituiva reato per il sol fatto della sua esistenza, indipendentemente dalla commissione di altri specifici crimini, quali omicidio, furto o grassazione. Nell'elaborazione di questa nuova figura fu proprio il fenomeno del brigantaggio che il legislatore francese ebbe in mente: in particolar modo il brigantaggio controrivoluzionario che proprio negli anni precedenti alla promulgazione del codice aveva generato un forte e dilagante allarme sociale in vaste zone della Francia. Il reato di associazione di malfattori transitò poi nei codici penali di molti stati europei che avevano, grossomodo, preso a modello il codice napoleonico: tra questi anche il codice penale sabaudo del 1839 che, nella versione aggiornata del 1859, era stato esteso, con le dovute eccezioni a cui si è fatto precedentemente riferimento, al Regno d'Italia. Per una compiuta disamina del reato di associazione di malfattori v. L. LACCHÈ

Orbene, il nuovo reato di brigantaggio offriva, al contrario, uno strumento repressivo più duttile e severo dei due precedentemente descritti: diminuiva il numero minimo di componenti previsto per la costituzione della banda a soli tre elementi; indicava in maniera estremamente generica come fini della banda quelli di commettere crimini o delitti, rinunciando pertanto a circoscrivere in maniera più dettagliata tali ipotesi; applicava indistintamente ai componenti della banda la pena della fucilazione, se opponenti resistenza a mano armata, o, in caso contrario, la pena dei lavori forzati a vita; equiparava favoreggiatori e manutengoli ai briganti presi senza opporre resistenza, comminando la medesima pena. Alla severità sanzionatoria prevista dalla proposta di legge presentata dal deputato Pica era stato introdotto solo un correttivo, che un ben noto deputato della Sinistra, Pasquale Stanislao Mancini³⁴, era riuscito ad inserire e a far approvare attraverso un emendamento. La modifica proposta ammorbidiva la durezza con cui era stata genericamente prevista l'applicazione indiscriminata della fucilazione e dei lavori forzati a vita, prevedendo invece l'inserimento di circostanze attenuanti che avrebbero fatto diminuire di un grado la pena edittale³⁵.

Latrocinium, cit., 283 ss.; v. anche M. STRONATI, *Il Brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX secolo*, in *Quaderni Fiorentini*, 38, tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, 962 ss.

³⁴ Nato nella provincia di Avellino durante il dominio borbonico, Pasquale Stanislao Mancini, come Conforti, dopo i fatti del 1848 visse da esule nel Regno di Sardegna ed ebbe sin dagli inizi un ruolo di primo piano nel processo di unificazione della Penisola. Giurista di chiara fama come avvocato e docente universitario, fu attivo anche in politica come deputato e come ministro di diversi Governi del Regno d'Italia. In qualità di deputato, intervenne assiduamente nei lavori parlamentari sulla repressione del brigantaggio (per una biografia su questo personaggio v. C. STORTI, *Mancini, Pasquale Stanislao*, in *DBGI*, cit., vol. II, 1244-1248. Si veda anche I. BIROCCHI (a cura di), *Per una rilettura di Mancini. Saggi sul diritto del Risorgimento*, Edizioni ETS, Pisa, 2018).

³⁵ Sul punto cfr. F. MOLFESE *Storia del brigantaggio...* cit., 343.

La legge Pica consegnava quindi nelle mani della magistratura militare uno strumento normativo di evidente durezza, congegnato per essere esemplare, efficace ed inflessibile. Essa apriva una parentesi nell'ordinamento penale italiano che, in nome dell'emergenza, comprimeva sensibilmente i più moderni principi del garantismo penale. Il principio di proporzionalità tra gravità del reato commesso e sanzione irrogata era di fatto adombrato dall'applicazione indiscriminata ed indifferenziata di pene estremamente severe tra capi, componenti e semplici favoreggiatori delle bande; le ipotesi circostanziate di complicità e favoreggiamento previste dai reati di associazione e banda armata erano genericamente ampliate a qualsiasi ipotesi di favoreggiamento, individuabile discrezionalmente dal giudice militare.

La legislazione d'eccezione di fatto dava veste legale allo stato d'assedio: certo si poneva fine alla pratica arbitraria delle fucilazioni sul campo e senza processo, ma al contempo si affidavano all'esercito ampi poteri discrezionali, non dissimili da quelli attribuiti in periodo di guerra. Ne è indice il fatto che l'articolo 1 della legge Pica rinviasse, per la sua applicazione, alla disciplina contenuta nel libro II parte II del Codice Penale Militare, vale a dire alla procedura penale prevista in tempo di guerra e non già a quella prevista in tempo di pace³⁶. La differenza non era di poco conto se si considera che, a differenza della procedura in tempo di pace, veniva meno il filtro costituito dalla commissione d'inchiesta incaricata di formulare, o meno, l'atto d'accusa e, se del caso, dichiarare il non luogo a procedere. Nella procedura prevista in tempo di guerra l'atto di accusa era invece formulato discrezionalmente dallo stesso avvocato fiscale militare: inoltre, i termini assegnati alle parti e i termini di notifica all'imputato previsti per il procedimento in tempo di pace, potevano essere abbreviati a discrezione del Presidente della corte.

³⁶ Sui Tribunali militari in tempo di guerra v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia militare e brigantaggio. Il Tribunale di Guerra di Gaeta (1863-1865)*, in "Rassegna storica del Risorgimento", 1985, 429-458.

Oltre alle sopramenzionate deroghe alle garanzie statutarie e alle norme di diritto comune, la legge Pica si qualificava come legge d'eccezione sotto altri due aspetti: uno spaziale e l'altro temporale. La sua vigenza era infatti limitata a quelle sole provincie meridionali infestate dal brigantaggio, che sarebbero state individuate e designate come tali con regio decreto³⁷. La scelta sarebbe stata quindi lasciata alla piena discrezionalità del Governo, a differenza di quanto avrebbe diversamente previsto la legge proposta dalla Commissione d'Inchiesta, che al contrario attribuiva tale incombenza al Parlamento. Venendo invece all'aspetto temporale, in quanto legge d'eccezione era previsto un termine di vigenza assai limitato, il 31 dicembre dello stesso anno, e proprio questa rapida caducità convinse molti esponenti della Sinistra parlamentare ad optare per il regime d'eccezione e a votare favorevolmente la legge. Quello che si profilava era dunque uno stato d'assedio mascherato da legge eccezionale, che sarebbe dovuto durare poco più di quattro mesi, ma che in realtà, come vedremo, durò per più di due anni.

3. L'eccezione senza fine. La legge del 7 febbraio 1864 tra proroghe e tentativi di mitigazione

Il 15 agosto del 1863 la legge contro il brigantaggio entrò finalmente in vigore. Tuttavia, l'approvazione era avvenuta attraverso un "colpo di mano" della maggioranza di governo che, accantonando definitivamente il progetto ben più articolato elaborato dalla Commissione d'inchiesta ed in discussione alla Camera, aveva varato una legge dai contenuti scarni e dai tratti decisamente illiberali.

³⁷ Decreto reale 20 agosto 1863 n. 1414. Il decreto dichiara in stato di brigantaggio e quindi assoggetta al vigore della legge Pica le Provincie di: Abruzzo Citeriore, Abruzzo Ulteriore II, Basilicata, Benevento, Calabria Citeriore, Calabria Ulteriore II, Capitanata, Molise, Principato Citeriore, Principato Ulteriore e Terra di Lavoro.

Il Presidente del Consiglio Minghetti ne era pienamente consapevole: lo dimostra il fatto che a ridosso dell'entrata in vigore della legge Pica si preoccupasse dell'eventuale reazione che ne sarebbe sorta tra le Potenze straniere e l'opinione pubblica internazionale, di fronte a un provvedimento legislativo che cercava di sanare l'illegalità con misure contrarie ai principi liberali³⁸.

Per sfuggire a tali accuse, il Governo aveva più volte rimarcato proprio il carattere temporaneo dei provvedimenti assunti, ma era anche consapevole del fatto che il breve periodo di vigenza non sarebbe stato sufficiente a sortire un qualche effetto concreto e, allo stesso tempo, sarebbe stato necessario ricalibrare il tiro apportando qualche correttivo in senso garantistico. Fu così che alla fine dell'anno venne approvato un provvedimento di proroga della legge Pica³⁹ e contemporaneamente furono avviati i lavori parlamentari per l'approvazione di un altro progetto di legge, questa volta presentato dal Ministro dell'Interno Peruzzi.

L'opposizione, temendo che la proroga potesse protrarsi *sine die* e pertanto potesse rendere stabile nel tempo un regime normativo d'eccezione che era stato pensato come strettamente temporaneo, si era attestata su posizioni contrarie ad ogni soluzione che riproponesse le misure illiberali adottate con la legge Pica.

³⁸ Già il conte di Cavour, poco tempo prima di morire, proprio nel pieno del processo di unificazione della Penisola, aveva evidenziato la necessità che la nascita del Regno d'Italia dovesse essere percepita dalle altre Potenze europee come un fattore di stabilità politica per il Vecchio Continente. A tal riguardo, agli inizi del 1864, quando il Parlamento si apprestava a rivedere la legge Pica, il Presidente del Consiglio Minghetti, preoccupato delle notizie che giungevano da Londra, dove il partito conservatore dei *Tory* si accingeva a denunciare lo stato di oppressione in cui versavano le province meridionali e a descriverle come desiderose di rivedere sul trono la dinastia spodestata, chiedeva al guardasigilli Pisanelli di approntare un *memorandum* da inviare alla legazione italiana, per difendere la reputazione del Governo e dell'Italia (sul punto cfr. R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela*, cit., 180-181).

³⁹ Legge 22 dicembre 1863 n. 1583.

In particolare, la minoranza parlamentare aveva spinto sul banco degli imputati l'istituto del domicilio coatto e il grado di competenza assegnato ai tribunali militari. Nella seduta dell'11 gennaio 1864, durante la discussione del progetto Peruzzi, i deputati Lovito, Lazzaro, Mancini e Basile chiesero la soppressione dell'art. 9, che avrebbe mantenuto il domicilio coatto così come disciplinato dall'art. 5 della legge Pica. L'accusa mossa era quella di aver interpretato estensivamente la norma, consentendo alle Giunte di operare arresti e di applicare misure di domicilio coatto in maniera del tutto arbitraria e sulla base di semplici sospetti, senza che ciò avesse peraltro contribuito ad un effettivo ridimensionamento del flagello del brigantaggio.⁴⁰

Se le categorie degli oziosi e dei vagabondi, a cui faceva riferimento l'art. 5 della legge Pica, trovavano una compiuta e circoscritta disciplina nel codice penale, non si poteva dire altrettanto delle categorie di camorristi e manutengoli⁴¹: questi erano infatti termini quanto mai generici, suscettibili

⁴⁰ A tal riguardo, durante il dibattito in aula dell'11 gennaio sul disegno di legge Peruzzi, Mancini attaccava polemicamente il Governo asserendo: «Allorché la prima volta votammo questi articoli di legge [...], noi punto non pensammo, né ebbimo l'intendimento di autorizzare il Governo ad eseguire col mezzo delle Giunte arresti di massa di persone sospette. Fu nostro pensiero autorizzarlo unicamente e semplicemente a ricercare alcune persone appartenenti ad alcune categorie sospette come manutengoli, ovvero camorristi la cui presenza si reputasse pericolosa nelle provincie meridionali, in certe date località, ed a traslocare assegnando loro un'altra temporanea residenza. Nessuno sollevò né anche il dubbio, nessuno immaginò il pericolo che si trattasse di dare al Governo la facoltà di imprigionare senza processo qualunque prigioniero.» (in *Atti del Parlamento*, cit., VIII Legislatura - Sessione 1863 - 1864 [04/01/1864 - 03/02/1864], volume [IV] X della Sessione Continuazione 2° periodo dal 04/01/1864 al 03/02/1864, 2682). Il deputato campano continuava nella stessa seduta, accusando l'inefficacia dei provvedimenti di domicilio coatto: «... ciò che finora non venne dimostrato si è, che queste migliaia di arresti di cittadini, e la profusione delle misure di domicilio coatto assegnato a numerosi individui, abbiano veramente contribuito a diminuire il flagello del brigantaggio.» (ivi, 2686).

⁴¹ Il codice penale del 1859 definiva in maniera precisa le categorie di oziosi e vagabondi. A norma dell'art. 435 erano oziosi coloro i quali, sani o robusti, e non provvisti di sufficienti

di ricomprendere una molteplicità eterogenea di soggetti e di comportamenti e, come tali, permettevano all'autorità competente di applicare la misura del domicilio coatto con una certa disinvoltura.

Altra questione sollevata era quella relativa alle competenze dei tribunali di guerra: se ne fece carico sempre Raffaele Conforti, proponendo nella seduta del 9 gennaio 1864 un emendamento volto a modificare l'art. 2 del progetto e limitare la competenza dei tribunali militari ai soli componenti delle comitive o bande armate, attribuendo invece la competenza sui complici alle Corti d'Assise e quindi ai tribunali e alle procedure ordinarie. Conforti riprendeva in questo modo il testo originario del progetto di legge elaborato sulla base dell'inchiesta svolta dalla Commissione parlamentare sul brigantaggio, poi superato dal disegno di legge Pica, e le ragioni su cui l'onorevole calvanicese fondava la sua proposta non erano certo prive di fondamento giuridico. Infatti, se le procedure sommarie adottate dai tribunali militari potevano andar bene per i componenti della comitiva e, in particolar modo, per quelli catturati con le armi in pugno, non essendo necessario svolgere indagini particolarmente accurate per dimostrarne la colpevolezza, non altrettanto poteva dirsi dei complici e manutengoli. Dimostrare che una persona fosse coinvolta in fatti di brigantaggio attraverso la somministrazione di viveri, alloggio, informazioni o aiuti di altro genere, richiedeva indagini più accurate e prove testimoniali: era quindi opportuno che la procedura venisse svolta secondo i riti e le forme previste e garantite dai tribunali ordinari, nonché diretta da giudici di professione.

mezzi di sussistenza, vivono senza esercitare professione, arte o mestiere, o senza darsi a stabile lavoro. A norma, invece, dell'art. 436, erano considerati vagabondi: coloro che non hanno domicilio certo né sufficienti mezzi di sussistenza e non esercitano abitualmente alcun mestiere o professione; coloro che vagano da un luogo ad un altro e esercitando un mestiere o professione insufficiente a procurare loro mezzi di sostentamento; coloro che esercitano il mestiere di indovinare, pronosticare, o spiegare sogni per ritrarre guadagno dall'altrui credulità.

A Conforti, giurista navigato ed esperto, non erano certamente sfuggite le implicazioni che una previsione del genere avrebbe potuto comportare. Accadeva spesso, infatti, che le persone che somministravano aiuti alle bande brigantesche, lo facessero non *propria sponte* ma sotto coazione fisica o psichica, intimidite da minacce o soggette ad estorsioni. Le procedure abbreviate e sommarie condotte da militari consentivano sì di accertare il fatto di reato in sé, di accertare che degli aiuti fossero stati prestati ai briganti, ma non consentivano di verificare e di valutare correttamente e con la giusta ponderazione l'elemento psicologico del reato. Come affermò lo stesso Conforti in questa occasione: "l'allontanamento dalle forme ordinarie conduce all'errore, e quindi alla condanna dell'innocente"⁴²; il rischio concreto era pertanto che persone, le quali avevano già sofferto un'ingiustizia da parte dei briganti, ne subissero una ulteriore da parte dello Stato.

L'emendamento di Conforti aveva però trovato nella maggioranza una ferma e decisa opposizione. Tra i vari deputati intervenuti contro la proposta del magistrato calvanicese, aveva preso la parola lo stesso Ministro di Grazie e Giustizia Pisanelli, evidenziando l'inopportunità di un duplice giudizio su un medesimo fatto: attribuire la competenza di giudicare i complici ai tribunali ordinari, lasciando quella per gli agenti principali alla giustizia criminale, avrebbe creato il rischio che su un medesimo fatto si potessero venire a costituire due giudicati opposti. "Voi non potete – queste le parole del ministro – scindere giudizi i quali, per la loro indole legale, sono assolutamente indivisibili... Come mai immaginereste due giudizi, uno per procedere contro gli autori principali, l'altro per procedere contro i complici? Non pensate che uno potrebbe essere assolto da un'autorità e l'altro condannato da un'autorità diversa?"⁴³. Avverso l'emendamento Conforti si levò anche la voce del relatore del progetto di legge, Stefano

⁴² In *Atti del Parlamento*, cit., volume (IV) X della Sessione Continuazione 2° periodo dal 04/01/1864 al 03/02/1864, 2651.

⁴³ Ivi, 2654.

Castagnola⁴⁴, già componente della Commissione d'Inchiesta contro il brigantaggio: l'avvocato chiavarese aveva sottolineato come l'assoggettamento di complici e briganti a due fori e due ordinamenti diversi, avrebbe di fatto minato l'efficacia repressiva della legge.

L'aiuto prestato alle bande da complici e manutengoli costituiva un elemento vitale per l'esistenza stessa del brigantaggio. Le possibilità di mantenere dei contatti e ricevere costantemente notizie dai paesi del circondario e di far affidamento su persone fidate che all'occorrenza offrirono un riparo o un nascondiglio e fornirono viveri o altri beni, era di fondamentale importanza per i briganti. Per questo motivo, una severa persecuzione dei complici rappresentava una misura imprescindibile per un'efficace repressione del fenomeno. A tal proposito Castagnola aveva affermato che: "se fossero accolti i detti emendamenti svanirebbe perfettamente lo scopo della legge, ed allora converrebbe quasi quasi pregare il Ministero a ritirarla... questa legge è stata fatta precisamente per i complici e per i manutengoli... Dunque, io vi ripeto, se vi è uno scopo, è quello di incutere un salutare timore nei complici, il far sì che essi si scostino dai briganti..."⁴⁵.

L'emendamento all'art. 2 proposto da Conforti venne quindi respinto. Il magistrato riuscì tuttavia ad ottenere una rivincita sullo stesso Castagnola, presentando e riuscendo a far approvare un emendamento all'art. 4 del progetto, che si occupava di complici e manutengoli. Se la legge del 15 agosto del 1863 equiparava la posizione di complici e manutengoli a quella degli agenti principali che non avessero opposto resistenza, l'art. 4

⁴⁴ Stefano Castagnola, giurista e politico originario della cittadina ligure di Chiavari, ebbe tra l'altro un ruolo di spicco nel processo di riforma del codice di commercio unitario (su questa figura v. R. BRACCIA, *Un avvocato nelle istituzioni. Stefano Castagnola giurista e politico nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2008; in particolare sul ruolo rivestito dal Castagnola nella Commissione d'inchiesta sul brigantaggio v. *ivi*, 24-26).

⁴⁵ *Atti del Parlamento*, cit., volume (IV) X della Sessione Continuazione 2° periodo dal 04/01/1864 al 03/02/1864, 2659.

del nuovo progetto, al contrario, ne disciplinava la posizione autonomamente, in una norma apposita che, tral'altro, mitigava il *quantum* di pena rispetto a quella prevista per i briganti⁴⁶. Con l'emendamento all'art. 4, Conforti cercava di scongiurare lo stesso inconveniente per il quale aveva presentato l'emendamento all'art. 2, e cioè che persone soggette a minacce, estorsioni o coazione di altro genere potessero essere condannate come complici di brigantaggio⁴⁷. Questo nuovo emendamento limitava l'applicazione delle pene previste dalla norma ai soli complici o manutengoli che avessero "scientemente e di libera volontà" somministrato ricovero, armi, munizioni, viveri, notizie ed aiuti d'ogni maniera. L'articolo così emendato avrebbe imposto ai tribunali militari di verificare se gli aiuti fossero stati prestati volontariamente e senza coercizione. Nonostante l'opposizione del relatore Castagnola, l'emendamento venne comunque approvato.

Un'altra vittoria era stata poi riportata dallo stesso Mancini: il giurista campano era riuscito infatti a far approvare un suo emendamento che consentiva agli accusati di brigantaggio di farsi difendere di fronte ai tribunali di guerra da patrocinatori civili, contrariamente a quanto previsto dal codice penale militare – alla cui disciplina rinviava l'art. 2 – che consentiva il solo ricorso a difensori militari scelti tra gli ufficiali presenti sul luogo⁴⁸.

Nel suo complesso il progetto di legge Peruzzi proseguiva sul solco della legge Pica: la competenza rimaneva saldamente nelle mani dei Tribunali militari in tempo di guerra, veniva mantenuta la pena della

⁴⁶ Nello specifico le sanzioni erano il *maximum* dei lavori forzati a tempo o la riduzione da 1 a 4 gradi in presenza di circostanze attenuanti. Al contrario, la legge Pica prevedeva i lavori forzati a vita o il *maximum* dei lavori forzati a tempo in presenza di circostanze attenuanti, esattamente lo stesso impianto sanzionatorio previsto per i briganti che non avessero opposto resistenza.

⁴⁷ *Atti del Parlamento*, cit., volume (IV) X della Sessione Continuazione 2° periodo dal 04/01/1864 al 03/02/1864, 2664-2667.

⁴⁸ *Ivi*, 2662.

fucilazione o, in caso di circostanze attenuanti, dei lavori forzati a vita per i briganti che avessero opposto resistenza a mano armata, mentre per gli altri casi venivano mantenute le pene dei lavori forzati a vita o, in presenza di attenuanti, del *maximum* dei lavori forzati a tempo. Erano inoltre confermate le Giunte provinciali e mantenuto in vigore l'istituto del domicilio coatto, sebbene con qualche lieve modifica rispetto alla legge Pica⁴⁹.

Tuttavia, la nuova legge introduceva anche delle migliorie alla disciplina previgente: a parte la possibilità concessa all'accusato di nominare un difensore civile, i maggiori cambiamenti riguardavano proprio i complici. Come già detto, era prevista una diminuzione di pena e, rispetto al passato, i tribunali erano ora tenuti a verificare caso per caso la volontarietà degli aiuti portati ai briganti. In tutto ciò, la novità più rilevante era, forse, la possibilità per i soli complici condannati in via definitiva di poter ricorrere per nullità al Tribunale Supremo di Guerra, secondo le forme previste dall'art. 508 del codice penale militare. Questa norma, sebbene limitasse i ricorsi alle sole questioni di incompetenza per materia, costituiva un'eccezione alla disciplina generale prevista dal codice penale militare: il codice infatti consentiva di ricorrere solo avverso le sentenze pronunciate dai tribunali militari in tempo di pace, e non anche avverso quelle

⁴⁹ Se da un lato, la legge Peruzzi, rispetto alla legge Pica, aumentava da uno a due anni il tempo entro cui una persona potesse essere assegnata a domicilio coatto, dall'altro, per rispondere alle accuse mosse dall'opposizione contro le giunte provinciali, incolpate di aver sino a quel momento applicato in maniera troppo disinvolta e arbitraria le disposizioni della legge del 15 agosto, con la nuova legge si procedeva a circoscrivere maggiormente la relativa disciplina. In particolare, l'art. 10 della legge Peruzzi, imponeva alle giunte di assumere i provvedimenti di domicilio coatto solo dopo aver raccolto le informazioni opportune e aver ascoltato personalmente il denunciato: la decisione doveva inoltre essere sommariamente motivata e, nel caso di violazione del domicilio coatto, le pena prevista del carcere, che doveva essere applicata dal tribunale di circondario (quindi dal giudice civile), non poteva superare il tempo residuo della durata complessiva del domicilio coatto.

pronunciate dai tribunali militari in tempo di guerra, alla cui disciplina rinviavano sia la legge Pica che la legge Peruzzi.

Il disegno di legge Peruzzi fu approvato dalla Camera il 12 gennaio del 1864 e, dopo aver superato anche l'iter del Senato, fu promulgato il 7 febbraio dello stesso anno⁵⁰. La legge Pica venne così ufficialmente abrogata, anche se nelle sue linee principali continuò a vivere nelle disposizioni della nuova legge.

In quanto legge d'eccezione, anche la legge Peruzzi avrebbe dovuto dispiegare il suo vigore per breve tempo, ma nonostante le vive proteste dell'opposizione – prime fra tutte quelle mosse dallo stesso Conforti ed a cui si è fatto riferimento all'inizio del presente lavoro – la legge fu prorogata per ben due volte. La prima il 30 aprile del 1864, con una legge che aveva abrogato le norme relative al domicilio coatto e alle Giunte provinciali⁵¹, e la seconda il 24 dicembre dello stesso anno, con una legge che ne avrebbe peraltro prolungato la vigenza per un intero anno, fino al 31 dicembre del 1865. È solo alle soglie del 1866 che la legge Peruzzi cessava finalmente di avere vigore e con essa lo stato di eccezione che aveva governato le province meridionali per quasi due anni e mezzo.

4. La legge Peruzzi alla prova in un caso di favoreggiamento al brigantaggio nella Calabria postunitaria

La legge Peruzzi aveva certo alleggerito alcuni tratti illiberali della legge Pica: aveva rivisto la disciplina relativa ai complici, separandola da quella relativa agli agenti principali e mitigandone le pene; aveva ammesso i condannati in via definitiva per complicità al ricorso presso il Tribunale

⁵⁰ Legge 7 febbraio 1864 n. 1661.

⁵¹ Legge 30 aprile 1864 n. 1742: la legge disponeva la proroga dei soli articoli 2, 3, 4, 5, 6, 7, e 8 della legge del 7 febbraio, abrogando così anche gli articoli 10 e 11 che disciplinavano il domicilio coatto e le giunte provinciali.

Supremo; aveva consentito ai difensori civili di patrocinare di fronte ai Tribunali di Guerra. Tuttavia, nel suo complesso, la disciplina generale procedeva sul solco già tracciato dalla legge precedente: in particolare, la competenza continuava ad essere esercitata dai “tribunali militari in tempo di guerra”, quindi sulla base di procedure sommarie e di giudizi celeri, non condotti da giuristi di professione.

I timori sollevati da Conforti nei dibattiti parlamentari, relativamente al rischio che procedure di questa natura – in particolar modo per quanto riguardava il giudizio sui complici dei briganti – potessero condurre a condanne ingiuste, sembrano avvalorati dalle vicissitudini processuali che interessarono proprio in quegli anni un contadino calabrese. La vicenda, svoltasi in un comprensorio della Calabria Ultra tra i maggiormente colpiti dalla piaga del brigantaggio, è particolarmente emblematica della severità con cui le corti marziali giudicavano i casi di complicità e della superficialità con cui i collegi composti da soli militari di professione tendevano a valutare le risultanze probatorie della fase istruttoria. Allo stesso modo, questa vicenda è altresì significativa dell’importanza che assunse l’introduzione con la legge Peruzzi del ricorso per nullità – si ribadisce concesso solo ai condannati per favoreggiamento – e della rilevanza che la componente tecnico-giuridica, rappresentata dai membri togati del Tribunale Supremo di Guerra, potesse assumere in un giudizio, quale quello condotto esclusivamente da giudici militare, basato sulla sola valutazione dei fatti.

Venendo quindi alla vicenda, il 29 luglio del 1864, Gaetano Garcea, contadino trentaquattrenne di Albi, un piccolo paese della Sila catanzarese, fu tratto in arresto con l’accusa di favoreggiamento al brigantaggio⁵². L’arresto era seguito alla perquisizione della sua abitazione, nella quale era

⁵² L’intero processo, che comprende gli atti della fase istruttoria, del giudizio di fronte al Tribunale di Guerra di Catanzaro, del ricorso presso il Tribunale Supremo di Guerra di Torino e del procedimento di rinvio presso l’autorità giudiziaria civile di Catanzaro, sono contenuti in: Archivio di Stato di Catanzaro (d’ora in poi ASCz), *Processi politici e brigantaggio*, fasc. 1026.

stato rinvenuto sotto una cassa un bigliettino firmato da Antonio Dardano, noto brigante della zona⁵³; il biglietto conteneva una richiesta estorsiva di denaro e altri beni, diretta ad un possidente del vicino paesino di Soveria, certo Carlo Biamonte⁵⁴. La perquisizione era stata disposta in seguito alla denuncia di Antonio Marino, guida in servizio presso il distaccamento di truppa stanziato ad Albi, il quale sosteneva di aver appreso la notizia da un giovane pastore di quattordici anni, Rosario Scumaci, che il brigante Dardano intendeva inviare un biglietto al Biamonte per tramite di Gaetano Garcea.

Subito dopo l'arresto del Garcea, si procedette all'interrogatorio della moglie, Rosa Dardano, la quale, sotto minaccia d'arresto, riferì che il 27 luglio il marito le aveva confidato che quel giorno stesso il brigante Dardano gli aveva consegnato un biglietto diretto a Biamonte di Soveria e che ivi si era recato l'indomani 28 luglio, in compagnia di Carmine Nicoletta, ma che non era riuscito a eseguire l'incarico per la presenza della forza pubblica. Garcea sin da subito si proclamò innocente di tutte le accuse mossegli affermando che il 28 luglio si era sì recato a Soveria col Nicoletta, ma per vendere delle tavole di legno.

⁵³ Il preciso tenore del biglietto: «Caro mio Do carro biamonte vi prego mandarmi una vertola di pane e compane mandatemi 30 canni di velluto di cappello una canna di castoro uno rigolo di sacca otto anelli una collana tre cappelli 4 canni di velluto regali 4 para di stivali uno revolvero 2 canne di panella 30 canni di trenetto 16 girate di argento cento buttuni di di (sic) argento e cucutura 2 toge ducati 6000 Antonio dardano la manna chiamando tutisti oggetti ca cine manni lo bijetto mi mandati cagetti non ne fate parola di questo fatto che porta lo biglietto enostro secreto» (ivi, 9).

⁵⁴ Questa pratica estorsiva, consistente nell'invio di biglietti con richieste di denaro o altro genere di beni a possidenti e persone benestanti accompagnata da esplicite o velate minacce, era molto diffusa tra le bande di briganti che operavano nelle provincie calabresi. Molti di questi biglietti estorsivi sono stati rinvenuti nei fascicoli processuali conservati presso l'Archivio di Stato di Catanzaro, che nel 1999 li ha raccolti in una mostra documentaria il cui catalogo – sotto forma di dattilo scritto – si trova conservato presso lo stesso Archivio (ASCz, Mostra Documentaria “*Maquettes dei Briganti*”, cal. c. 27).

L'11 agosto, il Maggiore Generale che comandava la divisione territoriale di Catanzaro ordinò all'ufficiale incaricato di procedere alle attività istruttorie e, a sua volta, l'ufficiale istruttore del Tribunale di Guerra di Catanzaro procedette all'interrogatorio del Garcea delegando al giudice del mandamento di Taverna il compito di escutere i testimoni. In base a quanto previsto dalla procedura disciplinata dal codice penale militare per i tribunali di guerra, l'ufficiale istruttore non poteva procedere d'ufficio all'attività istruttoria sulla base delle sole denunce o notizie di reato – così come invece era previsto per i tribunali militari in tempo di pace⁵⁵ – ma era l'autorità militare superiore a doverne ordinare l'avvio⁵⁶. Spesso l'attività istruttoria veniva poi delegata dallo stesso ufficiale all'autorità giudiziaria civile: difatti, i tribunali militari di guerra, in difetto di un apparato capillare sul territorio, spesso erano tenuti ad avvalersi dell'ausilio della magistratura ordinaria e dei suoi uffici.

Durante l'interrogatorio svolto dall'ufficiale istruttore, Gaetano Garcea, ribadendo la sua estraneità ai fatti contestati, aveva espressamente accusato la moglie di aver ordito con il ritrovamento del biglietto una messinscena per farlo condannare e per sbarazzarsi di lui; a detta del Garcea, già in altre occasioni la moglie, notoriamente una “riuscita donna pubblica”⁵⁷, avrebbe tentato di eliminarlo in vario modo, ciò al fine di “godersi con più libertà [...] chi gli piace”⁵⁸.

Tali accuse mosse contro la moglie sembrarono sin da subito corroborate dalle varie e molteplici testimonianze raccolte dal giudice di

⁵⁵ Art. 329 c.p.m.: è stato preso come riferimento il *Codice Penale Militare per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Tipografia Editrice G. Cassone e Comp., Torino, 1862. Come già avvenne per il Codice Penale, anche il Codice Penale Militare dell'esercito italiano fu quello varato per gli Stati Sabaudi nel 1859 dall'allora Ministro della Guerra La Marmora, esteso successivamente all'Italia unita con alcune modifiche apportate nel 1862 dalla legge sulla diserzione.

⁵⁶ Art. 527 c.p.m.

⁵⁷ ASCz. *Processi politici e brigantaggio*, fasc. 1026, 13.

⁵⁸ Ivi, 15.

mandamento, ove era emerso più volte come fosse comunemente risaputo che Rosa Dardano “si presta alle voglie di chi la desidera e pel tal motivo vive in continua discordia con il proprio marito Gaetano Garcea”⁵⁹. I dissapori tra i due coniugi erano tali che una volta la Dardano si era addirittura rivolta ad un conoscente, Domenico Garcea, affinché praticasse sul marito una “magheria” (fattura)⁶⁰.

Sebbene le testimonianze riportassero solo delle voci diffuse e, come tali, inidonee a provare che la Dardano fosse effettivamente dedita ad una vita dissoluta e immorale, pur tuttavia emergeva chiaramente come tra i due coniugi vi fossero comunque dei forti dissapori e come la Dardano avesse più volte cercato di disfarsi del marito.

Al contrario, le testimonianze raccolte sembravano negare la responsabilità del Garcea. In primo luogo, era venuta meno la testimonianza di Rosario Scumaci, il pastore da cui era partita l'indagine: il giovane aveva infatti negato quanto riferito da Antonio Marino, e cioè che il 27 luglio avesse visto in Sila la banda di Dardano e che avesse sentito dell'intenzione del brigante di inviare un biglietto per tramite di Gaetano Garcea⁶¹. Erano state inoltre raccolte le testimonianze di Carlo Biamonte e di Francesco Veraldi, la persona a cui Garcea doveva vendere le tavole di legno il giorno in cui si era recato a Sersale: il primo aveva negato di aver mai conosciuto Gaetano Garcea, né di aver mai ricevuto richieste di denaro a nome di Antonio Dardano, né che vi fossero soldati nei pressi della sua residenza alla fine di luglio (ciò a negare quanto detto da Rosa Dardano, e cioè che il marito non era riuscito a consegnare il biglietto a causa della presenza della forza pubblica)⁶²; il secondo aveva invece confermato di aver acquistato delle tavole di legno dal Garcea e che il 28 luglio quest'ultimo si era recato a

⁵⁹ Questi riferimenti alla condotta poco morigerata di Rosa Dardano ricorrono in diverse testimonianze (ad esempio v. *ivi*, 36-39).

⁶⁰ *Ivi*, 37r-38.

⁶¹ *Ivi*, 27.

⁶² *Ivi*, 62.

Soveria per riscuotere il prezzo, senza fare alcun accenno all'intenzione di incontrare Carlo Biamonte⁶³.

Tutti gli elementi del caso sembravano, quindi, confermare l'estraneità del Garcea dai fatti contestatigli, o quanto meno sollevavano molteplici e fondati dubbi sulla sua colpevolezza: ciò nonostante l'avvocato fiscale militare, ritenendo del tutto prive di fondamento le accuse mosse contro Rosa Dardano e basandosi sul solo ritrovamento del biglietto e sulla sola testimonianza di Antonio Marino – che peraltro riportava quanto avrebbe presumibilmente raccontato Rosario Scumaci – procedette comunque a formulare l'atto di accusa. Anche in questo caso la procedura dei tribunali costituiti in tempo di guerra differiva sensibilmente da quella prevista per quelli in tempo di pace: infatti, diversamente dai primi, per i secondi la formulazione dell'atto di accusa doveva passare per una commissione d'inchiesta. Tale commissione aveva il compito di esaminare gli atti istruttori al fine di verificare se il fatto costituisse reato militare e se vi fossero sufficienti indizi di colpevolezza per un rinvio a giudizio⁶⁴; contrariamente avrebbe dovuto pronunciarsi per il non luogo a procedere⁶⁵. Nei processi per brigantaggio, che a tenore della legge Peruzzi dovevano seguire la disciplina prevista per i Tribunali in tempo di Guerra, la formulazione era al contrario lasciata al libero arbitrio dell'avvocato del fisco militare⁶⁶.

Il 5 dicembre 1864, il Tribunale di Guerra sedente a Catanzaro, composto da un presidente, tre giudici effettivi e due supplenti – tutti ufficiali dell'esercito – pronunciò sentenza di condanna contro Gaetano Garcea, riconoscendolo colpevole del reato di favoreggiamento al brigantaggio. La corte, accogliendo la ricostruzione fatta dall'avvocato fiscale, ritenne non provate le accuse mosse alla moglie Rosa Dardano e,

⁶³ Ivi, 61.

⁶⁴ Art. 401 c.p.m.

⁶⁵ Art. 395 c.p.m.

⁶⁶ Art. 519 c.p.m.

sulla base della sola testimonianza di Antonio Marino, in applicazione dell'art. 4 della legge Peruzzi del 7 febbraio, così come prorogata dalla legge del 30 aprile, condannò l'imputato alla pena di anni venti di lavori forzati – il *maximum* previsto dall'ordinamento militare per i lavori forzati a tempo – senza riconoscere alcuna circostanza attenuante⁶⁷.

Se la condanna fosse stata inflitta vigente la legge Pica, il malcapitato Garcea avrebbe potuto sperare solo nella grazia sovrana: difatti, come già detto, la disciplina prevista per i Tribunali di guerra non contemplava alcuna possibilità di ricorrere avverso una sentenza di condanna; il ricorso al Tribunale Supremo di Guerra sedente a Torino era concesso solo avverso le sentenze pronunciate dai tribunali militari in tempo di Pace e solo per determinati motivi.

Fortunatamente per il Garcea, la legge Peruzzi – come già accennato nel paragrafo precedente – aveva introdotto per i soli complici, la possibilità di proporre ricorso avverso le sentenze di condanna, ma solo in caso di incompetenza per ragione di materia. Il difensore del Garcea aveva quindi prontamente impugnato la sentenza di fronte il Tribunale Supremo fondando il ricorso su due motivi: in primo luogo, contestava la competenza dei tribunali militari a giudicare della causa, non essendo stato provato che Dardano fosse un brigante e che al momento della presunta consegna del biglietto al Garcea fossero presenti almeno tre briganti – numero minimo indispensabile perché si configurasse il reato di brigantaggio; in secondo luogo, si ribadiva la piena innocenza del condannato e la responsabilità della moglie nell'aver calunniato il marito al fine di liberarsi di lui⁶⁸.

Il Tribunale Supremo, con sede nella capitale del Regno, differentemente dagli altri tribunali di guerra, aveva una composizione mista, in parte di militari e in parte di giudici togati. I giudici militari erano quattro – tra i quali veniva scelto il presidente – e i giudici togati erano invece cinque, tre consiglieri di stato e due consiglieri della Corte

⁶⁷ ASCz, *Processi*, cit. fasc. 1026, 90-91r.

⁶⁸ Ivi, 94-94r.

d'Appello⁶⁹. I magistrati civili erano quindi in maggioranza e, certamente, la loro competenza tecnico-giuridica doveva avere un qualche peso e una certa influenza sulle decisioni del supremo tribunale. Proprio perché il suo giudizio esulava dalla mera valutazione dei fatti e si limitava a verificare la corretta applicazione della legge, era necessario il concorso di competenze giuridiche professionali che la sola componente militare non poteva garantire.

Questa componente tecnico-giuridica appare chiaramente nella decisione pronunciata sul ricorso del Garcea. L'alta magistratura militare ritenne infatti, a tenore dell'art. 2 della legge Peruzzi, che i Tribunali di guerra avessero l'obbligo di verificare caso per caso l'effettiva esistenza di una banda composta da almeno tre individui e non potessero presupporre l'esistenza sulla base della semplice qualifica di brigante data ad uno dei suoi membri, "poiché la parola brigante può essere sinonimo di malfattore senza che appartenga ad una banda a tenore della legge"⁷⁰.

Poiché il Tribunale militare di guerra di Catanzaro non aveva provveduto a verificare nel caso specifico se dietro il brigante Dardano esistesse realmente una banda di almeno tre uomini, requisito fondamentale perché i fatti contestati potessero rientrare nella fattispecie del reato di brigantaggio e quindi la competenza potesse essere attribuita alla giustizia militare, il 9 febbraio 1865 il Tribunale Supremo di Guerra annullò la sentenza pronunciata contro Garcea per incompetenza per materia disponendo il rinvio degli atti al competente tribunale civile di Catanzaro.

Esaminati gli atti del processo svolto di fronte le autorità militari, tanto il procuratore del re quanto il giudice istruttore ritennero insufficienti le prove prodotte contro l'imputato, limitate al solo ritrovamento del biglietto, mentre tennero conto delle numerose testimonianze sulla cattiva

⁶⁹ Art. 296 c.p.m.

⁷⁰ Tratto dalla sentenza del Tribunale Supremo di Guerra di Torino del 9 febbraio 1865 (ASCz. *Processi*, cit., fasc. 1026, 97).

condotta della moglie. Pertanto, il 15 marzo del 1865, su richiesta dello stesso procuratore, il giudice istruttore si pronunciò per il non luogo a procedere e ordinò la scarcerazione di Gaetano Garcea⁷¹.

5. Osservazioni conclusive

Il 31 dicembre 1865 cessò definitivamente il regime di eccezione per le provincie meridionali dichiarate in stato di brigantaggio⁷². Si realizzava finalmente quel ritorno alla legalità invocato da Conforti: le garanzie statutarie e il regime legislativo ordinario dell'Italia unita potevano finalmente tornare a dispiegare i loro pieni effetti anche sugli ex domini del Regno delle due Sicilie.

Ancorché il brigantaggio non fosse stato completamente debellato, la legislazione d'eccezione aveva avuto comunque il merito di arginare le pratiche arbitrarie ed estreme della repressione *ad modum belli* esercitata dai militari nei primissimi anni dell'Unità, ma come abbiamo visto essa prestava il fianco a non pochi dubbi e a non poche critiche: in particolare in merito all'azione degli organi della giustizia militare.

Le vicende di Gaetano Garcea sembrano confermare i timori sollevati da Conforti sulla capacità dei tribunali militari di valutare in maniera approfondita e ponderata i singoli casi in esame. La condanna inflitta dal Tribunale di guerra di Catanzaro, composto di soli militari, era infatti fondata su un impianto probatorio quasi inconsistente e la decisione era

⁷¹ Ivi, 101-102r.

⁷² Alla vigilia della scadenza dell'ultimo termine di proroga della legge Peruzzi, il governo La Marmora decise di ritirare l'ennesimo disegno di legge volto a procrastinare ulteriormente la legislazione anti-brigantaggio. Il deciso spostamento a Sinistra delle provincie meridionali nelle ultime elezioni del 1865 e il concreto sentore di una sconfitta parlamentare, avevano indotto in tal senso il Governo (sulla vicenda cfr. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio*, cit., 393-394).

stata assunta solo sull'apparenza dei fatti, il semplice ritrovamento di un foglietto di carta.

Certo, i correttivi alla legislazione d'eccezione apportati dalla legge Peruzzi con l'ammissione al ricorso per nullità, avevano consentito al Garcea di impugnare la sentenza di condanna e di sottoporre il suo caso a una corte in cui la presenza di magistrati di professione – quindi dotati di solidi strumenti tecnico-giuridici per esaminare i fatti e interpretare le norme – sembra aver fatto la differenza rispetto a un tribunale composto esclusivamente da ufficiali del regio esercito.

Non bisogna tuttavia dimenticare che a questo rimedio erano stati ammessi i soli condannati per complicità; al contrario, gli agenti principali del reato, cioè i briganti, che fossero stati condannati alla fucilazione o ai lavori forzati a vita, comunque non avrebbero avuto alcuno strumento per impugnare una sentenza di condanna infondata ed ingiusta, come quella inflitta al Garcea, salvo sperare in un provvedimento di grazia del Re.

Appare quindi difficile e complesso esprimere un giudizio netto sulla legislazione d'eccezione che governò buona parte del Mezzogiorno tra 1863 e 1865. Agli elementi positivi dati da una stretta regolamentazione legislativa della repressione, volta a porre termine alle pratiche barbare delle fucilazioni sommarie sul campo e all'esercizio arbitrario dei poteri da parte dei militari, si contrappongono certamente gli evidenti tratti illiberali di una disciplina che comprimeva fortemente le garanzie fondamentali offerte dallo Stato liberale.

Ancora per tutta la seconda parte degli anni 60 dell'Ottocento, bande di briganti continuarono ad operare nei territori meridionali e solo a partire dagli anni 70, quindi a ben cinque anni dalla cessazione della legislazione d'eccezione, si poté finalmente assistere alla parabola discendente del brigantaggio. Usando le parole del principale storico del brigantaggio meridionale, Franco Molfese, è proprio a partire da quegli anni che “al brigantaggio era ormai venuto meno qualsiasi carattere di azione collettiva, che comportasse comunità d'intenti, certe dimensioni delle bande e un

appoggio... dei contadini”. Quel che restava non si distingueva ormai più dalle manifestazioni di criminalità comune e, pertanto, da questo momento l’epoca del grande brigantaggio meridionale poté ritenersi definitivamente conclusa⁷³.

⁷³ Ivi, 401.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

JESSICA MAZZUCA

Dialogo tra saperi attraverso il metro dell'*ars* interpretativa. L'eredità di Emilio Betti e Salvatore Pugliatti

ABSTRACT – The article offers a reading of the juridical phenomenon and of music through the eyes of the interpreter, with a view to identifying the elements most pertinent to contemporary hermeneutics. In this sense, the thought of Emilio Betti and Salvatore Pugliatti are of considerable importance. The first for the pathos of the objective of his hermeneutical theory; the second one for the irruption of subjectivist exegesis. Law, like music, art, poetry and literature in general, is part of human existence, the interpretation allows us to know the world of the "artist", to investigate it, to explore it in depth, overcoming the artificiality of the thought or the excessive technicality of the language, giving the interpreter the possibility of being a protagonist, not a simple spectator of the story.

KEYWORDS – Law, music, interpretation, literal meaning.

JESSICA MAZZUCA*

**Dialogo tra saperi attraverso il metro dell'*ars* interpretativa.
L'eredità di Emilio Betti e Salvatore Pugliatti****

SOMMARIO: 1. Per un'introduzione - 2. Interpretare: intuizione o semplice riflessione? - 3. Il "pathos" intellettuale dell'interprete: l'eredità di Salvatore Pugliatti - 4. La sensibilità "oggettiva" dell'interpretare nel pensiero di Emilio Betti - 5. Conclusioni

1. Per un'introduzione

Italo Calvino ricorda che nessuna arte può uscire dall'impronta antropomorfa: le parole, i segni, le opere sono sempre il materiale più umano che ci sia. Una letteratura che al posto dell'uomo rappresentasse il vuoto disegnerebbe, pur sempre in negativo, l'immagine dell'uomo.

Se attraverso lo studio della cifra del reale può ricostruirsi il senso che ha animato la storia, è forse possibile individuare nell'*ars* interpretativa una strada percorribile per giungere ad una comprensione non riduttiva della realtà umana. L'interpretazione permette, invero, di rendere l'opera fruibile, di accedere al mondo dell'"artista", di investigarlo, di esplorarlo in profondità, superando l'artificiosità del pensiero o l'eccessivo tecnicismo del linguaggio, dando all'interprete la possibilità di essere protagonista, non semplice spettatore della storia. E di questo ne è convinto persino Nietzsche quando legittima l'idea che l'esperienza umana, nella sua tendenziale

* Docente in Filosofia Politica-*Legal English and Political Approach* presso l'Università Magna Græcia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

complessità, si rivela segnata dal metro interpretativo di ogni suo peculiare atteggiarsi.

Nell'intraprendere l'analisi del metodo interpretativo e delle forme in cui è destinato ad atteggiarsi, un modo peculiare di riflettere sul tema appare, tra gli altri, il confronto tra diritto e musica¹. Sebbene un tale binomio può risultare un po' bizzarro e poco armonioso invero, se andiamo in profondità, il suono muta, e l'analogia sembra più di una semplice suggestione.

Come la musica è una storia composta da tante storie, così è anche il diritto. Le note di uno spartito, come i precetti normativi, sono l'ultimo gesto di un uomo, del tempo che vive, delle sue tradizioni e per l'interprete diventano il primo gesto per farlo incontrare a chi lo ascolta. Il brano musicale e il testo di legge non si riducono a un mero significante ma si mostrano come un fenomeno umano complesso, e ci interrogano sulla loro permanenza, perché siamo noi (interpreti) chiamati a mantenerli inviti o, meglio, a riaccendere, fungendo da innesco spirituale, il materiale inerte di cui sono composti². In tal senso, possiamo dire che l'interpretazione si pone come principio aggregatore grazie al quale si apprezza il significato e l'utilità del binomio diritto e musica³, entrambi animati dal confronto senso e non

¹ Evidenzia i pregi di questa constatazione Giorgio Resta «*Il dialogo con le altre discipline umanistiche, così costruito, può quindi rappresentare per il giurista uno strumento indispensabile di lavoro, poichè permette di allargare sensibilmente il quadro positivistico tradizionale, portando alla luce molti di quei contenuti taciti, assunti inespresi e pregiudizi che, dietro il velo delle visioni razionalistiche, condizionano profondamente l'attività dell'interprete, guidandone i processi di comprensione e decisione*», G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLI, 2/2011, 459.

² MICHEL FOUCAULT, *Le parole e le cose*, trad. it. E. A. Panaitescu, BUR Biblioteca Universitaria Rizzoli, Milano, 2016, sostiene che il soggetto vero del quadro è invisibile, trattandosi dello sguardo dell'artista colto nell'atto creativo, impegnato a strutturare la raffigurazione.

³ Sul punto, come meglio si analizzerà nel prosieguo di questo contributo, sottolinea la rilevanza delle relazioni fra interpretazione giuridica e interpretazione musicale Emilio

senso, tra libertà associativa e chiusura formale, tra forza espressiva e astrazione.

2. Interpretare: intuizione o semplice riflessione?

In passato, i grandi titani della musica pretendevano un totale controllo del linguaggio musicale, la musica era vista come una ripetizione continua di moduli prefissati, di scale, accordi e giri armonici scontati⁴. Arturo Toscanini aveva una visione sua, intoccabile dello spartito, e un suono per così dire garantito. In altri termini, c'era l'idea che potesse esistere la formula garantita della musica di successo. Il problema dell'interpretazione non si affacciava in termini esasperati, perché la musica si traduceva in un segno oggettivo, cioè dai significati codificati e imbrigliati, dai percorsi di senso già confezionati e previsti⁵.

Betti che, nell'introdurre la distinzione tra tre funzioni fondamentali dell'interpretazione, la funzione ricognitiva, quella riproduttiva e quella normativa, (sviluppata di seguito nei volumi *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Giuffrè, Milano 1971, e *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), Giuffrè, Milano 1990, Parte II, Cap. VII, 697-788), dedica ampio spazio al tema dell'interpretazione musicale e al raffronto con l'interpretazione giuridica. Anche Salvatore Pugliatti, da esperto musicologo, oltre che da giurista, ha dedicato grande e profonda attenzione al tema dell'interpretazione musicale: cfr., S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Secolo Nostro, Messina 1941; L. FERLAZZO NATOLI, *Letteratura & diritto. Scritti su Salvatore Pugliatti*, Giuffrè, Milano, 2002, 125-141. Sul punto anche, G. GRAZIOSI, *L'interpretazione musicale*, Einaudi, Torino, 1967. Più di recente, sul dibattito sviluppatosi sul tema, v. M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione normativa e sui suoi possibili rapporti con l'interpretazione musicale*, in *Tigor*, Riv. di scienze della comunicazione, 1/2011, 101 ss.

⁴ Invero, fino al diciassettesimo secolo, il ruolo di interprete-esecutore era ad esclusivo appannaggio del compositore. Pertanto una specifica questione interpretativa, quale attività di ricerca dell'altro da sé, non aveva ragione di esserci.

⁵ Sicuramente, se interpretare vuol dire dare un suono più umano alle cose, con l'avvento del Romanticismo fondato sulla convinzione che l'opera d'arte sia esclusivamente

Oggi, molto è cambiato. Chi suona non si limita più ad un pensiero unico, fermo, ma punta su una ricchezza di conoscenze, figlie della musicologia, delle ricerche storiche, degli studi filologici, da condividere. La musica non è più statica, è ovunque. Anche un respiro o una pausa che si interrompono in modo inatteso, possono far scoprire qualcosa di utile al percorso artistico.

Negli stessi termini, l'approccio al diritto si rivela, oggi, fondato su fattori che non possiamo controllare, che sfuggono oltre il recinto del mero dato positivo, rivelandosi quest'ultimo inadeguato, nella sua tendenziale fissità, rispetto al rutilante passo evolutivo della vita.

Sicuramente, alle soglie del secolo nuovo, la scelta di dare una traduzione assiologicamente connotata e prescrittiva al metodo interpretativo ha fortemente contribuito nell'opera di ricostruzione di un concetto di diritto con la sua carica di valori, aperto verso dimensioni prima ritenute estranee alla sfera giuridica, appunto quelle dei fatti e dei valori.

È, invero, il superamento del paradigma esegetico del positivismo ottocentesco, informato ai dogmi del formalismo interpretativo⁶ e del principio della completezza, che segna il riemergere del ruolo dell'interprete, che vede rivalutato il carattere della sua attività, non più contenibile in una mera tecnica di ricognizione acritica di un significato oggettivo già dato, incorporato nel testo e preesistente all'interpretazione.

Ciò apre lo spiraglio verso nuovi orizzonti atteso che l'interpretazione, da mero strumento ausiliare per l'applicazione del diritto

proiezione dell'io, nell'atto dell'interpretare non può non scorgersi il pericolo di una appropriazione indebita dell'anima dell'artista da parte dell'esecutore. In tal senso v. E. FUBINI, *Temporalità e storicità nell'interpretazione musicale*, in *Musica e linguaggio nell'estetica contemporanea*, Einaudi, Torino, 1973, 85 ss.

⁶ Il formalismo giuridico, le cui origine storiche affondano in Francia, agli inizi del 1800, si regge sulla tacita assunzione che i testi di legge custodiscano un significato oggettivo completo o, comunque, suscettibile di accertamento, senza stravolgimenti da parte dell'interprete, Cfr., M. JORI, *Formalismo giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civ. VIII, Torino, 1992, 429 ss.

oggettivo, assurge a fenomeno concorrente con la *voluntas legis* nell'attività di produzione di regole giuridiche. Ad esiti differenti si sarebbe, invece, arrivati se si fosse continuato, senza esitazioni, a consacrare l'ideologia giuspositivistica ancorata all'idea che l'interpretazione sia “*uno strumento meramente cognitivo, che non serve a valutare la congruità della risposta normativa al problema, ma soltanto a riconoscere l'esatto significato della regola di legge nella sua applicazione alla fattispecie*”⁷.

È noto che la scuola positiva del diritto moderno, perseguendo rassicuranti quanti effimere illusioni di “certezza”, riteneva che fosse possibile interpretare ed applicare le norme in maniera asettica, senza l'intrusione di valutazioni, di opinioni e di scelte da parte dei giuristi⁸. Non a caso, la tecnica normativa più frequentemente utilizzata in quel contesto storico-politico era quella della codificazione, attraverso la quale il diritto vigente veniva enunciato in compilazioni di carattere sistematico, unitario e coerente, così da esprimere il più chiaramente possibile la volontà del sovrano⁹.

In coerenza a questo modo di vedere, l'interpretazione si esauriva, quindi, in un atto di “scoperta” del significato contenuto nelle varie disposizioni e quindi, preesistente all'interpretazione¹⁰. Detto altrimenti,

⁷ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, 6.

⁸ È la Scuola dell'Esegesi, prima di ogni altro orientamento, ad esprimere questa posizione. Ben diverso è, invece, il modo in cui la Scuola Storica tedesca (destinata, poi, a sfociare nella Pandettistica) declina l'approccio interpretativo di tipo formalistico. In assenza di una codificazione, in Germania, il compito di razionalizzare il diritto vigente è attribuito ai giuristi, anziché all'opera del legislatore. Cfr. V. VILLA, *La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo*, in *Etica & Politica*, 1/2006.

⁹ Per una panoramica storico-giuridica sul tema, risulta prezioso il contributo di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976; Id, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 41 ss.

¹⁰ In questo senso, come scrive Montesquieu, il giudice non è altro che la mera “*bouche de la loi*”, e si limita ad applicare la norma generale al caso concreto, secondo un procedimento sillogistico, dove la premessa maggiore è la norma, la premessa minore è il fatto concreto e

l'interpretazione si configurava in termini estremamente riduttivi, risolvendosi in una mera presa d'atto, che reitera il testo interpretato, senza aggiungere alcunché. Non è un caso se una simile ricostruzione della sfera giuridica muovesse dalla concezione del diritto ridotto a rigida regola regolamentare, cedevole alla chimera dell'astrazione tecnica e della neutralità rispetto ai valori.

Sul piano dell'iniziativa privata, la pretesa di irrigidire il diritto in vesti formali, per dare l'illusione che esso fosse dominabile o, per meglio dire, insensibile alle finalità egoistiche di breve respiro, si traduceva nella sistematica adozione di schemi di controllo dell'operato del giurista, quali criteri guida nell'attività decisionale dell'interprete. Del resto, non era infrequente che tale illusione (di controllo) trovasse la propria funzione ordinante nel ragionamento sillogistico, in quanto meglio rispondente all'esigenza razionalistica e alla diffusione dell'ideale teorico di concreta certezza¹¹. Due grandi esigenze quest'ultime, destinate a rincorrersi continuamente nella cultura moderna, in un intreccio strettamente intimo e irrigidito in schemi di inferenze, di metodi e di tecniche che fanno di esse un prodotto tendenzialmente rigido e pesante, sempre arretrato rispetto alle rapide evoluzioni delle dinamiche sociali. Tuttavia, se questa è la convinzione normale del teorico positivista, è anche vero che questa normalità ha soltanto due secoli di vita.

A partire dagli inizi del Novecento, l'intrapresa ricostruzione del fenomeno giuridico in termini sostanziali, si basa sull'opzione di fondo di transitare da una prospettiva d'analisi descrittiva e neutra ad una assiologicamente orientata e prescrittiva, nel tentativo di superare l'idea di

la sentenza è la conclusione, cioè il prodotto di un ragionamento diretto a ricondurre il fatto alla norma, CH. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Amsterdam-Leipsick, 1769, 154.

¹¹ In piena adesione a questa impostazione, Cesare Beccaria afferma che “*in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la [premessa] maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà e la pena*”, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, 53.

finitezza e neutralità del diritto. La tesi di fondo è che il diritto è essenzialmente un'attività umana, impregnata di valori e di fatti, e quindi, incompatibile con una prospettiva statica di tipo meramente dichiarativo e conoscitivo.

Naturale sviluppo di questo cambiamento è, quindi, l'adozione di un paradigma interpretativo declinabile non più in termini di mera attività riproduttiva, cedevole alla chimera dell'astrazione tecnica e della neutralità ma, quale garanzia contro formalismi e saperi logici-deduttivi¹², che assegna un ruolo attivo all'interprete all'interno dell'ordinamento in quanto «solo così si ridà vita a testi che altrimenti sarebbero incrostati da segni oppressivi»¹³. Il pensiero corre a Rodolfo Sacco che sul concetto di interpretazione (giuridica) rileva che «si tratta di un atto non giuridico, e non soggetto a norme giuridiche, necessario per dare un significato alla dichiarazione legislativa, che altrimenti non l'avrebbe; è un atto spirituale, conoscitivo [...] consistente non in un sillogismo, ma nella recezione di una dichiarazione, a cui esso attribuisce un significato»¹⁴.

Quello che, quindi, può sembrare un gesto automatico e meccanico, come perfetta combinazione tra ripetizioni programmatiche, reminiscenze tradizionali e rinvii concettuali, non deve indurre a pensare che l'opera dell'interprete sgorga in maniera inconsapevole, come una sorta di

¹² Su queste basi teoriche giova, altresì, dare atto del recente dibattito dottrinario, vivificato soprattutto in seno ai teorici civilistici, teso a evidenziare l'autosufficienza della prassi interpretativa ed anche argomentativa, e quindi, la legittimazione del giurista a tradurre le pretese in diritti, come sottolinea A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, ove afferma che «[...] alla domanda di partenza (cos'è il diritto) bisogna partire dal problema, non dal sistema, e la risposta del giudice è costruzione, non constatazione. L'ordinamento non è fenomenologia di diritti soggettivi già posti dal diritto oggettivo, ma di pretese giudizialmente perseguibili», 350.

¹³ M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Il Mulino, Bologna, 2016, 45.

¹⁴ R. SACCO, *Il concetto di interpretazione nel diritto* (1946), Giappichelli, Torino, 2003, 115.

automatismo incontrollato. È piuttosto un processo di armonie e disarmonie fra l'opera astratta e la ineludibile concretezza storica dei fatti.

In tal senso, Theodor Adorno, tra gli altri, mette in discussione la disintegrazione del soggetto rispetto all'opera. Per il filosofo tedesco, l'artista non deve adattarsi e conformarsi allo schema su cui poggia l'autenticità dell'opera, divenendone vittima. Piuttosto, Adorno invita a saggiare le opere non lasciando da parte le emozioni, e tanto meno trascurando l'intelligenza¹⁵.

L'agere dell'interprete e il dato preconfezionato rappresentano, quindi, i due poli di un fenomeno complesso ma, al contempo necessario perché è nel confronto tra senso e non senso, tra libertà espressiva e chiusura formale, tra entità lontane e inaccostabili alla componente reale, che si può riconoscere la tensione tra forza interpretativa e "astrazione" che anima da sempre l'opera umana, così accade nell'ordito musicale e così si rinviene nel componimento di una legge. Da questo punto di vista la parola "poetica" di Salvatore Pugliatti è carica di forti implicazioni quando afferma che «L'interprete deve trovare di ogni nota il giusto suono che le attribuisca quella espressività unica nella quale la visione artistica dello stesso interprete si concreta. Quel che si dice: tocco del pianista, cavata del violinista, non sono astratte attitudini tecniche (o non sono questo soltanto), ma, nell'atto, la virtù del giusto dosaggio sonoro, di quello che dà alla cellula del discorso musicale la sua piena capacità espressiva»¹⁶.

Come il giurista attua l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della disposizione normativa e la ineludibile

¹⁵ Simili considerazioni sono oggetto del discorso che Adorno sviluppa intorno ad un aspetto della musica di Stravinskij che particolarmente lo preoccupa: la cieca sottomissione che induce nell'ascoltatore «La musica di Stravinskij prende a gabbo l'ascoltatore. [...] Questi deve identificarsi. E contemporaneamente l'insieme di ciò che ascolta lo rende edotto dell'immutabilità. Questo lo schema su cui poggia l'autenticità di Stravinskij. Essa è usurpatrice» TH. W. ADORNO, *Filosofia della musica moderna* (1949), Einaudi, Torino, 2002, 193.

¹⁶ S. PUGLIATTI. *op. cit.*, 60.

concretezza storica, così anche il musicista si innalza al di sopra del testo, perché chiamato a risolvere difficili problemi ermeneutici, *i quali reagiscono su un risultato esecutivo, rendendolo più o meno “coerente”, “originale”, “convincente”; o al contrario “incoerente”, “banale”, “non persuasivo” o persino “offensivo”*¹⁷.

È, dunque, necessario dapprima, accostarsi alle idee originarie dell'autore, indagare sulle sue esperienze, studiare il contesto che lo circonda. Dopo, ha inizio un viaggio animato dal desiderio dell'interprete di portare il suo lavoro verso trame ospitate da una scenografia formata da parole, segni e simboli portatori dello spirito del suo tempo, per diventare una sola cosa con la sua opera.

3. Il “pathos” intellettuale dell'interprete: l'eredità di Salvatore Pugliatti

Il complesso, e a volte tortuoso, lavoro di raccordare dialetticamente in unità la dimensione statica e quella dinamica della realtà rende possibile, forse anche inconsciamente, il passaggio dalla semplice contemplazione astratta alla realizzazione concreta, per leggere e apprezzare saperi che fino a qualche tempo fa potevano sembrare esclusivi. Sicuramente, raccontare la realtà con uno sguardo più ampio da rendere più evidente il rapporto tra i vari linguaggi del sapere è uno degli scopi prefissi dal giurista e musicista Salvatore Pugliatti.

Siamo agli inizi del secolo scorso, l'ascesa e la caduta dei regimi totalitari prima, lo sfacelo della seconda guerra mondiale e la lenta ricostruzione dell'assetto istituzionale dopo, sono lo sfondo su cui si innesta un nuovo scenario giuridico, sociale e economico che vede l'irrompere dei paradigmi costituzionali che, per la loro portata formale e per il loro contenuto sostanziale, hanno indotto il sapere giuridico tradizionale a

¹⁷ In questi termini, G. RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema diritto e musica*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 2.

ridefinire quantomeno parte delle certezze dogmatiche sino ad allora raggiunte dalla scienza giuridica¹⁸.

La figura di Salvatore Pugliatti spicca senz'altro nel panorama del sapere italiano dei primi del Novecento per la sua personalità poliedrica e il carattere eclettico della sua formazione, capace di districarsi abilmente tra diritto e studi letterali, senza mai nascondere la sua vocazione per la musica.

Sul piano ermeneutico, Pugliatti si è contraddistinto per una progressiva e decisiva tensione alla configurazione dell'esegesi quale punto di riferimento costante, per l'edificazione del sistema. Sicuramente, non si tratta del paradigma esegetico di matrice francese, ormai «*riflesso di un'epoca definitivamente conclusa già sul finire del diciannovesimo secolo*»¹⁹, che si risolveva nella pedissequa spiegazione di un testo normativo vincolata passivamente al suo contenuto. Piuttosto, si tratta di una nuova esegesi, allineata ai tempi nuovi, che si risolve in «una riscoperta, [...] derivante da un avvertito bisogno di razionalità e di unità, e come tale operante non in funzione negativa ma di riaffermazione o meglio di maggiore espansione del metodo sistematico»²⁰.

Sensibile e sempre attento alle nuove problematiche che le sollecitazioni culturali, sociali e giuridiche da più parti gli suggeriscono, il giurista messinese mostra una crescente insofferenza verso l'impianto metodologico di impronta prevalentemente formalista, prediligendo un criterio di ricerca teso a valorizzare il mare di storia e concretezza che tutto

¹⁸ Tra le principali figure che intervennero nella disputa sui “concetti giuridici”, si segnalano, oltre a Pugliatti, Cesarini Sforza, Calogero, Jemolo e Scarpelli. Questa polemica appare significativa in quanto segnalava l'impostazione sostanzialmente crociana della cultura italiana nel dopoguerra. Per un approfondimento v. C. PALUMBO, *Il pensiero sui concetti giuridici: perché una “polemica” in Salvatore Pugliatti*, in *Tigor rivista di scienze e della comunicazione e argomentazione giuridica*, 2/2014, 47 ss.

¹⁹ V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in AA. VV., *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel I centenario della nascita, nascita (1903-2003)*, in *Rivista Diritto civile*, 49/2004, 569

²⁰ *Ivi*, 570.

attorno a lui pulsa sempre più incessante. Così, in netta contrapposizione con il pensiero idealista, da cui, comunque, si sentiva ispirato, Pugliatti difende il carattere soggettivo dell'interpretazione che impegna la sensibilità dell'autore senza esaurirsi in atto esclusivamente tecnico:

«I segni del testo possono essere soltanto il veicolo attraverso il quale l'interprete può pervenire alla piena intelligenza dell'idea che mosse il compositore o il poeta. L'interprete poi, se vuole rievocare o ricreare l'opera del compositore deve trovare quell'unica ed inedita parola che esprime il mondo dei propri sentimenti, del quale entra a far parte anche l'opera da interpretare, divenuta anch'essa un momento della sua esperienza»²¹.

Qui, Pugliatti ci sta certamente suggerendo che sebbene sia scontato un confronto immediato tra l'interprete e il testo, le idee fondanti l'*ars* interpretativa sono fatte di continui rimandi tra presente e passato, dando sfogo al linguaggio "interno", senza limitarsi a mettere in vetrina il pensiero originario dell'autore. Il testo è, quindi, il c.d. *limite esterno all'attività spirituale* dell'interprete che apparentemente si mostra inerte e neutro, sebbene ad uno sguardo più attento questo è materia viva, conseguenza della natura dinamica che ne costituisce l'oggetto. E, se ben ci pensiamo questo pensiero non è poi così diverso da quanto accade quando si passano in rassegna le sale di un grande museo ove, ad un primo sguardo distratto, si ha l'impressione di guardare le opere raffigurate. Soltanto dopo, prestando maggiore attenzione, ci si accorge che sono i quadri a guardare noi, ci interrogano sulla loro permanenza, in attesa di essere di essere riportati in vita.

A monte di questa intuizione c'è senz'altro l'idea che l'interprete non è un umile e semplice tecnico rispetto all'unicità dell'opera, al contrario, è colui che attualizza e rendere concretamente "vivo" il testo, attraverso un intervento ulteriore rispetto al pensiero dell'artista.

²¹ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 59.

In questo senso, Pugliatti difende, in chiara e aperta contraddizione con l'ideologia crociana, la soggettività dell'interprete, conferendo ad ogni atto interpretativo il carattere di un'attività creativa perché attraverso «l'interpretazione si attua una nuova sintesi creativa, nella quale l'opera del compositore opera come un fatto dell'esperienza dell'interprete»²². Del resto, del tutto coerente al panorama culturale e ideologico imperante in quei tempi si rivela l'attitudine a attingere alla componente volontaristica insita nell'atto del pensiero, fondata sull'intuizione della necessità costante dell'esegesi e della multidisciplinarietà e, dell'altrettanto forte e insopprimibile esigenza di calibrare qualsiasi riflessione, sia essa filosofica, metodologica o di diritto positivo, all'interno della cornice storica e concreta di riferimento. È, in particolare l'idealismo di matrice crociana e gentiliana ad imperversare come veicolo di contrasto rispetto alla datità oggettiva dei fatti, enfatizzando la rilevanza attiva del pensiero in atto del soggetto che tutto crea e tutto avvolge nelle spire della propria azione e forza creatrice²³.

Tuttavia, sebbene entrambi i pensatori influenzano profondamente i convincimenti e l'opera di Salvatore Pugliatti, questi si mostra molto più vicino all'idealismo di Gentile, conferendo gentilianamente ad ogni atto dello spirito il carattere di una attività creativa.

È noto che Gentile, nel prendere le mosse da Hegel, ma al sol fine di distaccarsi, in *“La riforma della dialettica hegeliana”* sviluppa le tappe della dialettica del pensiero pensante ponendo le basi per il passaggio dall'idealismo all'attualismo, affermando che «Fermo nel concetto della realtà dell'essere nel pensiero, esso [l'idealismo attuale] non può più

²² S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 38.

²³ Com'è noto, se sul piano del volontarismo che si può rinvenire un forte elemento di concordanza, i due pensatori presentano notevoli asimmetrie nella loro produzione, soprattutto sul piano delle premesse teorico-metodologiche e degli esiti interpretativi. Per un approfondimento, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974, 93-205; *Id.*, *L'ermeneutica idealistica. Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*, Napoli, 1993, 21 ss.

ammettere una idealità, né una forma qualsiasi dell'essere che trascenda l'attualità del pensiero come pensare; e fa avvertire che ogni pensato è reale nell'atto unico del pensiero che la pensa, e soltanto lì ha la sua verità».

Allo stesso modo, Pugliatti nell'evidenziare che l'atto interpretativo presuppone un momento puramente intellettuale, che si concreta nella piena intelligenza del testo, rileva che il momento filologico è solo il momento della c.d. antitesi, cioè della pura oggettività, quale negazione del soggetto nell'oggetto e, quindi negazione della propria libertà, che si oppone allo spirito creativo, laddove la sintesi è, infine, l'atto con il quale il soggetto prende coscienza che il passato e il fatto sono tali in quanto è lo stesso soggetto che li sta riconoscendo e riesprimendo come oggetti della sua attività di volizione.

In questo modo, l'intento di Pugliatti appare assai chiaro laddove lo stesso sottolinea che la questione interpretativa sia da guardare non dal punto di vista statistico e quantitativo, ma valorizzando la soggettività dell'interprete, quale espressione della capacità di andare al di là dei significati codificati e imbrigliati, dai condizionamenti ideologici, dai percorsi di senso già confezionati e previsti, difendendo la soggettività dell'interprete contro "ogni sorta di ingenuo realismo, che si fonda tacitamente sull'esistenza cristallizzata di un dato obbiettivo"²⁴. Così norma chiama norma, suono chiama suono, in un libero e spontaneo procedimento associativo che si stabilizza ogni volta in una composizione compiuta e definita.

Sul versante opposto di Pugliatti e più coerente con l'idealismo crociano è, invece, Alfredo Parente per il quale l'interpretazione «non deve consistere in una particolare esecuzione di un'opera, in cui l'esecutore sia costretto a trasformare qualcosa di proprio per animare la carta stampata dello spartito. L'opera parla da sè: essa non è certamente lo spartito, ma è l'insieme sonoro che corrisponde nel modo e nella misura volute dal

²⁴ Sul punto v. G. RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema diritto e musica*, cit., 9.

musicista ai segni in esso contenuti, e in quel complesso sonoro si esaurisce [...] l'opera d'arte»²⁵.

Per Parente c'è soprattutto il rispetto verso il testo, sul presupposto dell'unicità irripetibile dell'opera. Sicché, quando l'interprete si confronta con il testo trova un oggetto che è altro da sé e, chiamato ad assecondarne le potenzialità, finisce per assoggettarsi alle ragioni dell'autore e della partitura. Ecco quindi che l'interprete si identifica, senza alcuna esitazione, con lo sguardo dell'autore colto nell'atto creativo, impegnato a strutturare la sua opera, come dire che l'ars interpretativa appartiene solo ed esclusivamente al momento pratico ed i problemi che la riguardano non sono certo di natura estetica²⁶.

Sicuramente, l'immagine creativa impressa all'attività interpretativa da Pugliatti rispetto alla tendenziale fissità privilegiata da Parente, rivela la vocazione del primo a impegnarsi fermamente in una strenua difesa della soggettività dell'interprete. Nondimeno, se *l'interprete in quanto creatore è senz'altro creatore di una realtà artistica*²⁷, simili conclusioni non devono indurre a ritenere che per Pugliatti l'atto interpretativo si risolva in mera discrezionalità o addirittura puro arbitrio.

Invero, per Pugliatti, all'inizio di ogni interpretazione c'è sempre il testo, non la realtà, c'è il significante, non il significato. I continui richiami all'opera, al testo, persino nei loro risvolti più sensibili, mutevoli e meno oggettivabili, dimostrano che per il giurista messinese il campo d'indagine di ogni interpretazione ha come punto di partenza il rispetto e la dedizione verso l'opera, quale mappa da seguire, ma senza restarne in balia²⁸. Realtà,

²⁵ Per Parente, il ruolo dell'interprete deve essere passivo e statico; l'interprete deve cioè riconoscere l'alterità dell'oggetto, come tale, riconoscerlo per quello che è. A. PARENTE, *Critica e storiografia musicale: premesse metodologiche*, in *La Rassegna Musicale*, 5/1930, 380 ss.

²⁶ L'espressione è di P. ITALIA, *Musica e Interpretazione*, Città nuova, Roma, 53.

²⁷ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 46.

²⁸ Il rapporto testo-autore nell'individuazione dei presupposti su cui si fonda l'interpretazione costituisce, sul piano della musica, l'oggetto di un confronto tra ALFREDO

cose, significati, arrivano, ma solo al termine di un libero e composito procedimento, che nel preservare qualcosa dell'iniziale movenza, da comunque adito ad una ricostruzione complessiva del senso che ha animato l'intera opera²⁹.

Ragionando in questi termini, l'interprete ha, dunque, il compito di far esprimere al meglio quello che ha intorno, nel rispetto della tradizione più alta, ma senza farsi imbrigliare dai percorsi di senso già confezionati e previsti. In sostanza, per Pugliatti, sono gli interpreti che attualizzano ciò che nel testo è virtuale e astratto, "ricreando" concretamente l'opera d'arte³⁰.

4. La sensibilità "oggettiva" dell'interpretare nel pensiero di Emilio Betti

PARENTE, *La musica e le arti: problemi di estetica*, Laterza, Bari, 1936 e, SALVATORE PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit. Da una parte la tesi di Parente che, quale sostenitore del carattere tecnico-riproduttivo, in stretta aderenza alle posizioni crociane ritiene che si debba in tutto obbedire al testo scritto, dall'altra quella più attiva di Pugliatti che sostiene che si possa e si debba liberamente ricrearlo.

²⁹ K. HEMMERLE, *Testi di ontologia trinitaria*, Città Nuova, Roma, 1983, 45 «se lo suono bene Mozart, è possibile soltanto se Mozart resta Mozart. Ma se io suono veramente bene, Mozart diviene più Mozart, e io divengo più io». Ciò è possibile perché chi suona evidenzia quegli aspetti che si possono cogliere solo confrontando la sua personalità con quella dell'artista; tutto questo solo se Mozart resta Mozart, se il rapporto tra l'interprete e l'artista si costituisce intorno alla partitura alla quale io ci si accosta con scrupolosa preparazione tecnica, segno del rispetto per la persona di Mozart.

³⁰ Sul piano giuridico, risulta prezioso il contributo di V. VILLA in *Una teoria programmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, il quale sottolinea la fecondità del c.d. contestualismo come elemento fondamentale della teoria dell'interpretazione, facendosi portavoce di una forma di contestualismo "moderato" non radicale, ove il significato non è solo e soltanto contestuale, ma raccoglie in sé anche il senso convenzionale della realtà. Rileva pregi e difetti di questa impostazione V. VELLUZZI, *Contesti e interpretazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 13/2013.

Non trascurabile nel dibattito ermeneutico contemporaneo è senz'altro l'importanza e l'attualità del pensiero di Emilio Betti. Egli riprendendo il pensiero di Ernest Schleiermacher, esponente della corrente idealistica tedesca, muove dall'idea che l'interprete debba farsi un tutt'uno con l'opera, immedesimandosi nell'autore per riprodurre il pensiero: l'interprete deve riflettere su di un'alterità, su di una oggettività da noi indipendente, nell'intento di riconoscere il senso che vi è oggettivamente insito³¹.

Nella visione di Betti, il paradigma interpretativo si mostra edificato in difesa dell'oggettività intrinseca ad ogni corretta interpretazione³², individuando, pertanto, nella problematica dell'oggettività la questione centrale che caratterizza la sua proposta teorica.

In tal senso, Betti insegue l'ideale di un'ermeneutica obiettivistica, idonea ad evitare le possibili derive soggettivistiche, senza mai sopprimere la distanza tra interprete e *interpretenadum*. Non è un caso se, proprio su questi argomenti si appunta la nota polemica di Betti con Hans-Georg Gadamer, quali detentori di due contrapposte visioni dell'etica interpretativa, di *due opposte definizioni di ciò che significa comprendere e interpretare*³³. Se, infatti, Betti critica a Gadamer di avere costruito una teorica dell'interpretazione valorizzando indebitamente la soggettività dell'interprete, dimenticandosi, dice Betti, che l'ermeneutica è una scienza e che come tale non può fondarsi su quella ambigua parola che è la precomprensione³⁴, a sua volta il filosofo tedesco prende le distanze

³¹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 245.

³² *Ivi*, 27.

³³ T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988, 203.

³⁴ Secondo Gadamer quando interpretiamo un testo è possibile che cambi la nostra idea complessiva del componimento e, di conseguenza potrebbe mutare anche la comprensione dei singoli versi. Questo è il c.d. circolo ermeneutico, in cui si esprime la legge fondamentale di ogni comprendere, è una relazione tra parti e tutto che si costruisce all'interno del testo

dall'impostazione bettiana incolpandolo di aver ridotto l'ermeneutica a mera *techné*.

Gadamer, allievo di Heidegger per il quale il compito della filosofia consisteva nell'interpretare l'esistenza umana, nel tentativo di confutare l'idea secondo cui la scienza rappresenta l'unica strada verso la verità, in *Verità e metodo* considera il processo di comprensione -a partire da quello che già sappiamo- il punto di avvio di ogni interpretazione. A suo dire, la nostra comprensione assume sempre un particolare punto di vista storico: le nostre convinzioni e presupposizioni, le domande che riteniamo valga la pena porci, e i tipi di risposte da cui siamo soddisfatti, sono il prodotto della nostra strada. Pertanto, per il filosofo tedesco non è possibile distaccarci dalla storia e dalla cultura, per cui non potremmo mai avere una prospettiva completamente oggettiva³⁵. È invero, grazie a tale dialogo, definito da Gadamer "fusione degli orizzonti", che la nostra comprensione del mondo raggiunge un livello più ricco e profondo. Diverso è, invece, l'approccio di Betti che stigmatizza l'attribuzione soggettiva di significato considerandola «come il maggiore pericolo dell'ermeneutica contemporanea, la quale, qualora rinunciasse a riconoscere il proprio oggetto, rinunciarebbe anche alla propria intenzionalità veritativa, a favore di un prospettivismo interpretativo di stampo relativistico»³⁶.

Sicuramente, tale crescente fiducia nei confronti dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto trova soprattutto nello sfondo vichiano il proprio supporto teoretico. In Gianbattista Vico, fondatore italiano della scienza ermeneutica, egli rinviene in particolare quel legame tra mondo ideale,

da interpretare e si traduce in una guida metodica dell'esegesi del testo. Sul punto, v. L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1989, 66.

³⁵ Secondo Gadamer, quando leggiamo i testi che si tramandano da secoli, non solo approfondiamo la nostra comprensione ma siamo anche in grado di chiarire i nostri pregiudizi e le nostre angolazioni prospettive, così "noi leggiamo Platone e, Platone ci legge", H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Bompiani, Milano, 2000.

³⁶ E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma, 1987.

realtà storica e interpretazione, perché per Betti, come per Vico, il “mondo civile” è fatto, creato e prodotto dagli uomini e dunque si ha una vera conoscenza soltanto di ciò che si fa: *verum ipsum factum*. Le modificazioni della mente umana formano il mondo civile; la conoscenza del mondo civile non è solo dunque genetica ma anche ermeneutica, permettendo di tenere insieme rimando metafisico e realtà sensibile, individualità e intersoggettività, definitezza e infinitezza³⁷.

Ad ogni modo, nella teoria bettiana, costruita metodologicamente sul significato scientifico dell'interpretazione, non sfugge l'elemento valutativo assiologico che tuttavia, rimane «pur sempre vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica, immanente all'ordine giuridico considerato nella sua totalità»³⁸. Ne costituisce riprova l'avvertita necessità che il criterio logico, teleologico e assiologico siano modellati in stretta connessione in relazione alla situazione che in concreto invoca attuazione³⁹, ma sempre nell'ottica della preminenza dell'impronta oggettiva della sensibilità ermeneutica.

Nondimeno, l'oggettività dei valori non viene concepita da Betti come un qualcosa di statico e irrelativo, né come un dato inattuabile e immoto, cui la coscienza si trovi interamente posta di fronte fin dall'inizio, né come

³⁷ Betti dedica a Vico dedica un saggio, estratto di una lezione tenuta all'Università di Perugia nel 1957, *I Principi di Scienza Nuova di G.B. Vico e la teoria dell'interpretazione storica*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia diritto sociale*, n.10/1957, 48-59, ora in *ID.*, *Diritto metodo ermeneutica*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1991, 459-485. Cfr. inoltre G.A. PINTON, Emilio Betti's (1890-1968) *Theory of General Interpretation: its Genesis in Giambattista Vico (1668- 1744) with its Relevance to Contemporary Dialogue on Hermeneutic*, University Microfilm, Ann Arbor (Michigan) 1973.

³⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 22.

³⁹ È su questo che si appunta, d'altra parte, il confronto di vedute fra Betti e Kelsen, quando il primo scrive che «L'ordinamento giuridico non è qualcosa di bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione», *Ivi*, 35

un rango ideale di essi eterno e immutabile, bensì come il termine oggettivo di un processo di scoperta: termine, quindi, dinamico e storicamente condizionato⁴⁰.

In tal senso, i “valori etici” lungi dall’averne una consistenza soggettiva o formale, si apprezzano nella loro oggettività e nella loro sostanza⁴¹. Ciò in ragione del fatto che, a ben vedere, l’opera ermeneutica di Betti possiede sia un’impronta scientifica, laddove afferma che *le norme giuridiche non sono fine a se stesse, ma strumenti a fini di convivenza sociale, e, in particolare, le norme di diritto privato di regola rappresentano la soluzione di un conflitto di interessi*⁴², sia un’anima genuinamente filosofica ritenendo possibile una visione d’insieme che abbracci la realtà già data e prevista insieme ai supremi principi radicati nella storia dell’essenza umana⁴³.

Pertanto, l’interpretazione non è destinata ad esaurirsi in una attività statica e fine a stessa, ma si rivela parte integrante del processo ermeneutico quale momento di sintesi tra l’astrattezza del dato posto e la concretezza della situazione, garantendo così l’efficace soddisfazione degli interessi in gioco.

Nell’elaborazione di tali considerazioni, Betti individua nel fenomeno interpretativo due momenti essenziali per una corretta interpretazione: la fase “ricognitiva” nella sua accezione tradizionale, senza alcuna finalità pratica, ma con un obiettivo puramente cognitivo, cioè la conoscenza dell’oggetto. E poi, quale naturale e fisiologica conseguenza della prima, il

⁴⁰ E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., 29.

⁴¹ Per l’approfondimento delle cennate problematiche, G. RAZZANO, *Riflessioni su Emilio Betti filosofo e costituzionalista suo malgrado*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2017.

⁴² E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., 317.

⁴³ Così concepito, Betti elabora una teoria dell’interpretazione articolata nei quattro canoni ermeneutici *dell’autonomia dell’oggetto* rispetto al soggetto interprete; *della totalità della considerazione ermeneutica* data dalla perfetta corrispondenza tra le parti da interpretare e il tutto; *dell’attualità dell’intendere* attraverso l’immedesimazione dell’interprete con il testo da cui ha preso vita l’oggetto dell’interpretazione; e infine, *dell’adeguatezza dell’intendere* quale attitudine dell’interprete a una riflessività aperta e dinamica.

momento “riproduttivo” o “rappresentativo” ove, superato il senso originario, si perviene all’armonico fondersi del testo con la realtà concreta.

Ciò in quanto l’interpretazione viene a trovarsi dinnanzi ad un duplice compito: ricercare la valutazione originaria nella sua concatenazione con l’ambiente sociale in cui fu emessa; inoltre, ricercare se il testo normativo ha maturato un esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale, consistente nel comporre il conflitto tra le altre categorie di interessi all’infuori di quelli previsti⁴⁴.

Ebbene, nella visione di Betti, l’interpretazione riproduttiva tesa alla riproduzione e alla successiva comunicazione di un’esperienza altrui è tipica proprio dell’interpretazione musicale o teatrale. In questo contesto egli osserva come «il regista e il direttore d’orchestra, attori e esecutori, pubblico e critici, sono insieme chiamati a compiti ermeneutici differenziati che, insieme integrandosi, dovrebbero servire ad un’ideale collaborazione, rivolta ad intendere in una grande comunione d’intelligenza il senso del poema drammatico o musicale»⁴⁵.

Qui, lo sforzo di Betti è stato quello di includere nel processo interpretativo la considerazione dell’autore, come colui che dà vita alle forme rappresentative, calandole nel contesto sociale e culturale ove vengono riprodotte e al quale devono essere applicate. Evitando, nello stesso tempo, la caduta nel soggettivismo e nel relativismo. All’interprete è quindi chiesto di raggiungere una perfetta sintesi fra momento ricognitivo

⁴⁴ E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., 825. Invero, il rapporto tra i due momenti in cui si risolve l’interpretazione è così forte e stretto che ognuno di essi, in assenza dell’altro fa divenire l’ars interpretativa un’attività morta, priva di qualsivoglia risvolto pratico «la ricognizione della valutazione originaria [...] è indispensabile per accertare in quale misura essa abbia subito modificazioni con il sopravvenire di mutamenti dell’ambiente sociale [...] giacché solo con il tramite di essa è legittimo procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo alla viva attualità», *Ivi*, 824.

⁴⁵ *Ivi*, 644-645.

dell'idea altrui e quello ricreativo proprio. In tal modo nell'ars ermeneutica si conciliano la soggettività dell'intendere e l'oggettività del senso⁴⁶.

Le forme rappresentative-riproduttive sono, invero, il frutto di diverse forze che concorrono alla determinazione del significato originario, e il significato a sua volta trascende il soggetto agente e si mostra come un'opera in sé coerente e conchiusa, «indipendente dall'autore e obbediente a una propria legge di autonomia»⁴⁷.

Ciò è possibile perché la sostanza, insomma il prodotto dell'attività ermeneutica, sta nell'atto compositivo. Questo per dire che quando si parla di interpretazione si fa riferimento ad un'operazione complessa, posta in essere da tanti soggetti (il regista, il direttore d'orchestra, il pubblico ...) i quali, lungi dall'operare entro i rigidi confini dell'opera, sono chiamati a partecipare attraverso un incedere dialettico, teso al confronto e al dialogo, si da favorire la più feconda osmosi tra significante e significato. In tal modo, per Betti, l'eventuale successo storico e sociale è legato probabilmente non a ragioni intrinseche, ma al successo dei suoi risultati.

5. Conclusioni

Sintetizzando suggestioni e proposte fin qui esposte non pare azzardato dire che riflettere sul fenomeno interpretativo non significa soltanto promuovere uno studio che ci aiuti a ripercorrere la genesi e l'evoluzione teorico-ricostruttiva dell'istituto, inteso come strumento tecnico per scongiurare il disordine e promuovere l'ordine. Lo studio dell'ars interpretativa, invero, conduce a confrontarsi con nuove prospettive dove è importante la dimensione formale, ma devono essere forti i contrappesi in termini di complessità e molteplicità.

Quanto detto rende l'interpretazione una sorta di atto empatico, nella misura in cui pone l'opera, musicale o giuridica che sia, in perenne dialettica

⁴⁶ *Ivi*, 305.

⁴⁷ *Ibidem*, 259. Sul punto v. C. DANANI, *Il contributo di Emilio Betti nel quadro della cosiddetta crisi della koiné ermeneutica*, in *Acta Philosophica*, 10/2001, 5-28.

tra «eternità di valori e contingenza»⁴⁸, per scongiurare il pericolo di fissità e trasformare il testo in duttile strumento conformante i rapporti sociali ed il vivere civile. Del resto, quando si interpreta accade qualcosa di fisiologico che coinvolge il sistema nervoso, connettendo una mente umana con un'altra. Anche a quella di qualcuno scomparso duemila anni fa.

L'interpretazione può condurci indietro nel tempo, ci dà la possibilità di viaggiare, di scoprire luoghi perduti o cambiati, consentendo alla nostra mente di aprirsi al dialogo con gli scatti che le opere e i testi normativi, musicali, teatrali, scientifici, contengono. L'interpretazione fa questo, offre l'opportunità di ritrovarci in contesti storici, sociali, culturali ed economici vissuti da uomini di quel tempo, regalandoli ad un altro essere umano, quello di oggi, perché «non implica distanza, non si può applicare a qualcosa, ma è sempre un'azione carica di umanità»⁴⁹.

La considerazione svela, inoltre, come negli ingranaggi dell'attività ermeneutica si concreti non un rapporto bilaterale testo-interprete, bensì trilaterale testo-interprete-pubblico, laddove l'impiego del pubblico, affrancato da tentazioni nichiliste e formaliste, richiama l'interprete al suo precipuo compito, di favorire la più feconda osmosi tra testo e contesto⁵⁰. In al senso, Theodor Adorno ci ricorda che «L'artista è un funzionario dei compiti che gli si pongono. In questi compiti è presente tutta società che, attraverso di essi, diventa movente dei processi estetici autonomi»⁵¹.

⁴⁸ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 848.

⁴⁹ M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 11.

⁵⁰ Sull'esame delle relazioni fra testo e contesto si segnala il contributo di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, Vv. I-II, Torino, 2015.

⁵¹ TH. W. ADORNO, *Introduzione alla sociologia della musica*, Einaudi, Torino, 2002, 255. D'altra parte, la verità, nell'integrale prospettiva filosofica di Adorno, non può essere considerata come un dato oggettivo o fisso che si possa ambire a possedere stabilmente. Questa concezione della verità, di matrice illuministica, cela dietro di sé la falsità di tutto il complesso ideologico, scientifico-tecnico ed anche filosofico che l'ha prodotta.

Ciò trova conferma nella musica che, resa possibile dal convergere di personalità diverse, si rivela capace di unire, di gettare dei ponti, di avvicinare persone di cultura e sensibilità diverse molto più del linguaggio verbale che spesso isola e divide. Nondimeno, la stessa cosa accade anche sul piano del diritto dove, per quanto diversi, gli ingredienti della tradizione e della vena sperimentale convivono tra loro. È in questo che risiede la capacità dell'interprete di abdicare alla rigidità dell'approccio analitico, in favore di un modello storico ed ermeneutico, così guadagnando in termini di leggerezza e flessibilità, per riempire la "distanza" (storica, culturale, sociale) che lo separa dall'opera, sia essa una legge o una partitura musicale.

D'altra parte, il fare spazio all' "altro" non implica la perdita della propria identità per l'autore, né che l'interprete debba temere di non essere creativo, se rispetta la partitura. Questi ha il compito di far esprimere al meglio quello che ha intorno, ma senza dimenticare le basi su cui è stato costruito.

Entro la cornice delle regole giuridiche e delle note musicali aleggiano le scelte quotidiane, il rapporto tra rischio, certezza e incertezza, la possibilità di essere protagonisti o semplici ascoltatori, il senso della storia. Ne deriva che lo scarto in termini di apparente disordine e incertezza, che naturalmente si crea tra il testo, concepito in purezza e, il senso "interpretativo" ritagliato sulle peculiarità concrete, appare d'altra parte pienamente giustificato dalla necessità di garantire all'interprete di colmare la distanza (non il vuoto) tra l'opera e la realtà contingente in cui è destinata a trovare esistenza, valorizzando le situazioni di fatto nelle loro molteplici sfumature.

Così, nella misura in cui l'interprete si propone di esprimere la sua sensibilità, l'autore scopre in effetti un altrimenti nascosto a sé stesso. Viceversa, allorquando l'autore si rende disponibile ad essere interpretato, fa sì che vengano evidenziate nella sua opera aspetti e momenti che egli neppure conosceva e che, a ben vedere, non contrastano con la sua intuizione di fondo.

L'attività interpretativa può essere, quindi, definita come una sorta di cerniera, cognitiva prima che estetica, di una comune quadratura del cerchio tra natura ed astrazione. In questi termini, i canoni ermeneutici elaborati per lo studio del diritto, non si rivelano affatto così estranei al mondo della musica e, quivi anzi si rinvengono nella produzione fisica delle sfumature del linguaggio musicale, dove suono chiama suono, in un libero e spontaneo procedimento associativo che si stabilizza ogni volta in una compiuta e definita composizione.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

FORUM A CURA DI MASSIMO LA TORRE

La ribelle: rivolta nella Russia stalinista

E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, trad. S. Sichel, Guanda, Milano,

2018, pp. 180

CON CONTRIBUTI DI:

CHARLIE BARNAO, DOMENICO BILOTTI,

MARCO COSSUTTA

MASSIMO LA TORRE*

La ribelle: rivolta nella Russia stalinista**

Il Forum che si pubblica in questo numero è dedicato a un libro di recente apparso in varie lingue europee, e in ispecie in italiano, *La ribelle* di Evgenija Jaroslawskaia Markon (Guanda, Milano 2018). Si tratta di un documento eccezionale, un memoriale scritto originariamente in russo, da una detenuta in un campo di concentramento sovietico nella regione di Archangel'sk e ritrovato solo qualche decennio addietro negli archivi segreti della FSB, l'organizzazione che nella Federazione Russa ha preso il posto del KGB. Assai significativamente il quartiere centrale dell'FSB è la Lubianka, l'edificio tristemente noto dai tempi del primo terrore leninista, nei cui sotterranei si succedevano le esecuzioni sommarie degli oppositori al regime e dove tra gli altri fu anche detenuto Andrea Caffi, liberato miracolosamente e in extremis mediante l'intervento diretto di Angelica Balabanoff che andò personalmente a tirarlo fuori dalla cella.

Evgenija Markon è un'anarchica, che come tale è arrestata dalla polizia segreta sovietica, la GRU, negli anni Trenta. Nel campo di Archangel'sk sul mar Bianco, assiderata dal freddo glaciale, la Markon scrive una sorta di autobiografia, che ritrovata dai suoi aguzzini sarà poi usata come prova della irrimediabile attitudine controrivoluzionaria e dunque come anticamera all'esecuzione sommaria. Le pagine di questa donna sopravvissute ad uno dei momenti più atroci della recente storia umana rivelano in tutta la sua crudezza la tragedia della rivoluzione russa e

* Professore ordinario di Filosofia del diritto e coordinatore del Dottorato di ricerca in "Ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** I contributi del Forum sono stati sottoposti a valutazione anonima.

dell'esperimento comunista. La rivoluzione all'inizio di orientamento socialista e libertario viene "catturata" dal partito bolscevico e trasformata in un'operazione selvaggia di sperimentazione autoritaria dall'alto la quale sconvolge la società russa nelle viscere più profonde. Per poi però riconsegnare la Russia ai fantasmi più atroci del passato, il nazionalismo panrusso, un sottosuolo antisemita, l'imperialismo e il militarismo più esasperato. E così del comunismo si ricorderà innanzitutto questo, il pugno di ferro, le deportazioni, le requisizioni di massa, la povertà imposta a milioni di persone, l'uniformità dell'anima piegata ad ogni costo, tradendo di quella idea le aspirazioni di giustizia e di uguaglianza. Perché, sì, in un tale regime vige l'uguaglianza, ma, attenzione, c'è qualcuno che è più uguale degli altri. E questo "ugualissimo" è anche un "generalissimo" e non tollera nessuna critica, e nemmeno la fantasia della critica, e la fantasia della fantasia di questa. E tali fantasie, anche là dove non ci sono, comunque vanno estirpate e lo si fa con l'olocausto di innumerevoli innocenti mandati al macello. E quando l'esperimento dopo settant'anni di prove varie miseramente crollerà, allora le masse che lo hanno "assaporato" vedranno nel capitalismo la nuova loro grande epopea. E così sarà dal comunismo che si partorisce il trionfo del capitalismo senza vincoli della fine del Novecento, il secolo breve, e dell'abbrivio del terzo millennio. Tanti morti, tanti sacrifici, tanto sangue e fuoco, per nulla: per dar vita a un Eltsin, il quale svende il proprio paese al miglior offerente, oppure a un Putin, autocrata populista che cerca di rimettere ordine e ridare dignità ed orgoglio ad una società dissestata e demoralizzata, e lo fa rimettendo in auge gli idoli del passato che erano stati oggetto del disprezzo e della violenza dei Bolscevichi: il nazionalismo, la chiesa ortodossa, il mito della Grande Russia, lo zar, il Piccolo Padre, Nicola II ora santificato, l'oligarchia del denaro. Della stagione rivoluzionaria comunista russa non resta che cenere o fango o sangue ormai secco nelle mani di cadaveri mummificati.

Tutto ciò, questa immane tragedia, per certi versi è annunciata nel testo della Markon. Che ci rivela però soprattutto quanto intensa e profonda

fosse la corrente anarchica e libertaria del movimento operaio e socialista russo tra Ottocento e Novecento. È questa che con la sua immensa capacità di sacrificio e di mobilitazione aveva educato le masse dei contadini e degli operai al pensiero autonomo ed alla rivolta. Bakunin, Kropotkin, Tolstoj, Berkman sono tutti pensatori anarchici che imbevono di sentimenti antiautoritari intere generazioni ed un'intera cultura. La letteratura russa risente e riporta l'eco di quella temperie ideale. I Dodici di Blok ne sono uno specchio. Così come l'Uomo Nero di Esenin. E la Margherita di Bulgakov. L'eco arriva fino all'opera immensa di Vasilij Grossman, che nulla ha a da invidiare alla fantasia potente di Tolstoj ed alla sua forza concettuale. E nell'opera di Grossman ritroviamo qui e là, sempre nel Gulag, in cella, degli spiriti eccezionali, e pur nella loro condizione carceraria, liberissimi. Lo stesso accade nell'opera di Pasternak, e persino in quella di Solzenicyn. E questi spiriti liberi, angelici pur dinanzi all'orrore staliniano, sono degli anarchici, che ancora si rifiutano di cedere alla forza normativa del fatto. La Ribelle è testimonianza di questa ostinata controfattualità, di cui si nutre il tessuto ordinario delle relazioni umane anche in tempi non eroici. Ma è solo in quelli nei quali spirano venti di gelo e si sparge la fiamma della distruzione alimentata dal potere politico che questo sentimento di resistenza e di solidarietà si rende evidente e acutamente, dolorosamente, manifesto. La Ribelle è così una specie di agiografia, una storia di santi, anzi di una santa, strana e pazza santa, laica, senza Dio ed alla fine anche senza speranza.

CHARLIE BARNAO*

**Il testamento di una donna senza padrone.
Vita, passione e morte di Evgenija Jaroslavskaja-Markon**

SOMMARIO: 1. *Il libro, la scoperta, la storia* - 1.1 *La ribelle* -1.2 *La storia di Evgenija* - 2. *Un'autoetnografia in punto di morte: tra cura e testamento* – 2.1 *Un'autoetnografia ante litteram* – 2.2 *Capacità di osservare* - 2.3 *Empatia radicale e coinvolgimento totale* – 2.4 *Cura e testamento* – 3. *Un modo di vedere il mondo: senza padroni*

Eccovi dunque la mia vita: la vita di una ginnasiale rivoluzionaria, di una studentessa sognatrice, della compagna di Aleksandr Jaroslavskij, il più grande degli uomini e dei poeti, di una perenne viaggiatrice, di un'antireligiosa girovaga, di una corsivista di *Rul'*, di una strillona, di una ladra recidiva e di un'indovina vagabonda!

Scritto di mio pugno,
Evgenija Jaroslavskaja
3 febbraio 1931
Carcere disciplinare *Zajčiki*¹

1. Il libro, la scoperta, la storia

1.1 La ribelle

Il libro *La ribelle* è l'autobiografia di Evgenija Jaroslavskaja-Markon, giovane anarchica, “ribelle di sinistra” contro il socialismo russo degli anni

* Professore Associato di Sociologia Generale presso l'Università *Magna Græcia* di Catanzaro.

¹ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, Guanda, Milano, 2018, 95-96.

1920 e il potere bolscevico. È la storia di una «donna senza padrone»², che ha vissuto in modo estremo e radicale i suoi principi, immedesimandosi e immergendosi anima e corpo nella vita ai margini dei più poveri e stigmatizzati, seguendone in prima persona i percorsi di vita, e arrivando, così, ad una morte prematura che, per molti versi, assume le sembianze di un vero e proprio atto di martirio.

Tutto parte da una scoperta. Quella dello scrittore francese Olivier Ronin (il quale scrive anche la Prefazione de *La ribelle*) che, lavorando presso gli archivi russi sui Gulag per la raccolta di materiale per un suo libro su uno dei detenuti, nota la foto di una giovane prigioniera, ritratta di profilo, con un'espressione seria e vestita con un cappotto pesante. Quella donna, gli spiegò la conservatrice dell'archivio, si chiamava Evgenija Jaroslavskaja-Markon, era un'anarchica e venne fucilata, all'età di ventinove anni, nella prigione delle isole Solovki, uno dei più noti Gulag istituiti da Stalin.

Prima di essere giustiziata, quella donna aveva lasciato un manoscritto, «trentanove fogli coperti da una grafia fitta e serrata», che fu trovato nel 1996 negli archivi della direzione dell'FSB (servizi segreti che hanno sostituito il KGB) della regione di Archangel'sk. Il titolo del testo era «La mia autobiografia» ed era allegato al fascicolo istruttorio di Evgenija Jaroslavskaja-Markon come una delle prove materiali³. L'autobiografia, infatti, è formalmente un documento processuale (cioè l'autobiografia dell'imputata Evgenija Jaroslavskaja-Markon) che l'accusata scrive sui fogli che le vengono consegnati in sede di interrogatorio. Come afferma la stessa Evgenija Markon: «Scrivo questa autobiografia non per voi, organi inquirenti [...]. Semplicemente, ho voglia di 'imprimere' la mia vita sulla

² Cfr. B. GEREMEK, *Uomini senza padrone: poveri e marginali tra medioevo e età moderna*, Einaudi, Torino, 1992.

³ I. FLIGE, *Giuro di vendicare con la parola e con il sangue*, postfazione, in E. JAROSLASLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 133.

carta, ma di carta non riesco a trovarne, tranne che nell'Ufficio informazioni e indagini»⁴.

Il documento è datato 3 febbraio 1931, quattro mesi e mezzo prima della fucilazione dell'imputata⁵.

1.2 La storia di Evgenija

Evgenija Markon nasce a Mosca nel 1902 da una famiglia della borghesia intellettuale ebraica che si trasferisce a Pietroburgo poco dopo la sua nascita. Figlia di un filologo e storico dell'ebraismo, professore dell'Università di Pietrogrado e di Minsk e bibliotecario della Biblioteca pubblica imperiale, dal padre eredita un acuto spirito di osservazione e un'insaziabile curiosità per le relazioni umane.

All'età di tredici anni si "innamora perdutamente" dell'idea di "rivoluzione" e, intollerante verso l'autorità degli insegnanti, a quindici anni viene espulsa dal ginnasio per "rissosità". Riesce comunque a proseguire gli studi e si laurea in filosofia a Pietrogrado. Evgenija Markon, pur non vivendo la rivoluzione fallita del 1905, entra in contatto con diversi dei suoi esponenti. Dopo la repressione della Rivolta di Kronštadt matura la convinzione che solo con il *lupenproletariat* si possa perseguire il fine della rivoluzione.

Il 1923 è un anno centrale. Sposa il poeta e militante politico Aleksandr Jaroslavskij e, alcuni mesi dopo, in seguito ad un grave incidente in cui viene investita da un treno, le vengono amputati i piedi. Con Aleksandr Jaroslavskij, nel 1926, va all'estero a tenere una serie di conferenze, di seminari antireligiosi e a pubblicare diversi articoli su riviste. Attraverso il marito si avvicina all'anarchismo (in particolare al biocosmismo).

⁴ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 17.

⁵ I. FLIGE, *op. cit.*, 134.

Al ritorno in Unione sovietica Jaroslavskij viene arrestato (maggio 1928), condannato per attività ostile all'Unione e inviato alla reclusione nel Gulag presso le isole Solovki. Dopo l'arresto del marito si avvicina sempre di più al *Lumpenproletariat* e si immerge totalmente nella vita di strada: lavora come strillona, si dà al vagabondaggio, apprende il mestiere di ladra, esercita l'attività di indovina. Prova ad organizzare la fuga del marito dal campo di prigionia, ma per questa ragione viene arrestata il 17 agosto 1930. Viene reclusa a Solovki dove era recluso anche il marito. Intanto Aleksandr viene condannato a morte e la sentenza viene eseguita il 10 dicembre 1930.

Dopo avere tentato di aggredire Uspenskij (vicedirettore del lager delle Solovki e anche colui che fa giustiziare Aleksandr), viene condotta in cella di rigore, dove sembra sia rimasta quasi fino alla fine. È lì che scrive la sua autobiografia. Il 20 giugno 1931 Evgenija Isaakovna Jaroslavskaja-Markon viene giustiziata. Uspenskij prende personalmente parte all'esecuzione⁶.

2. *Un'autoetnografia in punto di morte: tra cura e testamento*

Che cos'è la vita se non ti fermi un attimo a ripensarla?⁷

2.1 *Un'autoetnografia ante litteram*

L'autobiografia di Evgenija Markon è scritta in una lingua cruda, diretta e vivace che caratterizza tutte le pagine del manoscritto. Il modo in cui si racconta e, soprattutto, il metodo con cui la giovane anarchica sembra raccogliere, rielaborare e successivamente esporre le informazioni che narrano la sua vita è molto vicino a quello che oggi definiremmo "approccio etnografico". Ancor più nel dettaglio, credo si possa affermare che lo scritto

⁶ *Ivi*, 146-147.

⁷ G. SAPIENZA, *Il vizio di parlare a me stessa*, Einaudi, Torino, 2011.

autobiografico di Evgenija sia una vera e propria autoetnografia ante litteram.

L'autoetnografia è una declinazione particolare dell'etnografia di cui, per certi versi, ha estremizzato nel corso del tempo alcuni aspetti metodologici⁸. Se, infatti, l'etnografia è lo studio di una cultura, di un mondo sociale, centrato sull'uso del metodo dell'osservazione partecipante del ricercatore che, avvicinandosi ai protagonisti della sua ricerca, tenta, attraverso un processo di immedesimazione, di vedere il mondo con i loro occhi, l'autoetnografia è una forma di auto-narrazione che posiziona il sé all'interno del contesto sociale. Nell'autoetnografia, cioè, è il ricercatore stesso oggetto da studiare, in quanto rappresentante della cultura, del mondo sociale, che viene indagato.

L'autoetnografia è sia metodo che testo⁹. Nella pratica della ricerca, infatti, è sia scrittura che metodo di ricerca, il quale connette il personale e l'autobiografico con il culturale e il sociale¹⁰. L'autore del testo, in quanto autoetnografo, è, allo stesso tempo, sia autore che focus della storia. È colui che racconta e colui che vive l'esperienza, l'osservatore e l'osservato. Io, in quanto autoetnografo, sono la persona che si trova all'intersezione del personale e del culturale, pensando e osservando come un etnografo, e scrivendo e descrivendo la realtà come un novelliere¹¹.

Evgenija Markon è sia l'autrice della storia che ci racconta e sia, al tempo stesso, protagonista. Ci racconta la sua vita, ma ci racconta soprattutto di un mondo all'interno del quale entra in modo totale e radicale. Ce lo racconta attraverso un processo riflessivo che – ci ricorda lei stessa – è sincero perché

⁸ Cfr. C. BARNAO, *Autoetnografia e interazionismo simbolico: un modo di essere e di vedere il mondo*, in *Sociologia Italiana – AIS Journal of Sociology*, 10, 2017, 221-233.

⁹ D. REED-DANAHAY, *Auto/ethnography*, Berg, New York, 1997.

¹⁰ C. ELLIS, *The Ethnographic I: A Methodological Novel about Autoethnography*, AltaMira Press, Walnut Creek, 2004.

¹¹ C. ELLIS, *Revision: Autoethnographic Reflections on Life and Work*, AltaMira Press, Walnut Creek, 2009; cfr. C. BARNAO, *Autoetnografia e interazionismo simbolico*, cit.

scrive in un momento in cui non ha più nulla da perdere. Infatti afferma: «Se sto esponendo tutto ciò con la massima sincerità, è perché mi aspetto comunque di essere fucilata o condannata a una lunga reclusione»¹².

2.2 Capacità di osservare

Leggendo la sua biografia, possiamo dire che Evgenija Markon è un'etnografa sia per formazione che per vocazione. Nel suo racconto emerge in modo chiaro l'influenza del suo percorso educativo sul modo in cui si è avvicinata, ha osservato e cercato di comprendere il mondo che la circondava: quello della rivoluzione, ma anche – e soprattutto – quello degli emarginati, nella loro quotidiana lotta per la sopravvivenza.

Lei stessa ricorda l'influenza nella sua formazione dell'attività del padre, studioso (filologo e storico dell'ebraismo) che indagava la storia sociale, quella «della vita di tutti i giorni» e che le ha trasmesso una dote fondamentale per qualsiasi etnografo. Come lei stessa dice, infatti, il padre le ha insegnato:

la capacità di osservazione, la curiosità per ogni tipo di psicologia e di modo di vivere (è stato questo che in seguito mi ha condotta a esperimenti sociali, e mi ha fatto considerare di studiare e assimilare lo stile di vita della mala; questo ma non solo...)¹³.

Ma la capacità di osservare non è sufficiente da sola. Nell'attività dell'etnografo vanno associate ad essa l'empatia, cioè la capacità di immedesimarsi nell'altro, e la riflessività, intesa come la capacità di autoanalisi (“chi sono io per l'altro?”; “Chi è l'altro per me?”).

¹² E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 18.

¹³ *Ivi*, 19.

2.3 *Empatia radicale e coinvolgimento totale*

Il modello educativo con cui viene socializzata Evgenija, insieme con la sua naturale «propensione all'estremo» ed «esaltazione della vita pericolosa»¹⁴, diventano infatti il presupposto per un coinvolgimento totale e radicale della donna sia nella causa rivoluzionaria che nel rapporto d'amore coniugale con Aleksandr Jaroslavskij. Evgenija stessa definisce il suo rapporto con il progetto rivoluzionario, come un rapporto d'amore¹⁵, addirittura caratterizzato da tutte quelle reazioni, persino fisiologiche, tipiche del legame amoroso. Infatti sottolinea come:

Quell'infatuazione era così simile a una passione amorosa che, quando in mia presenza veniva toccato l'argomento, arrossivo e mi turbavo, proprio come le mie amiche quando qualcuno accennava di sfuggita al loro prediletto...¹⁶

Il suo amore per la causa si sarebbe fuso, nel tempo, con l'amore forte e irresistibile per Aleksandr Jaroslavskij, che descrive così: «un amore così grande come il nostro, [...] una felicità così accecante»¹⁷.

Amore per la causa e amore per il marito si intrecciano l'un con l'altra in modo indissolubile, spingendo Evgenija verso il mondo degli emarginati, degli ultimi, dei più poveri: il *Lumpenproletariat*. Evgenija è convinta, infatti, che «gli uomini della rivoluzione» sono i componenti del *Lumpenproletariat*¹⁸.

¹⁴ O. ROLIN, *Prefazione*, in E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*

¹⁵ Lei stessa afferma: «tredicenne, mi innamorai perdutamente, con sincero slancio, dell'idea di rivoluzione» (E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 23).

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ivi*, 41.

¹⁸ *Ivi*, 36.

L'empatia permette all'etnografo – attraverso il proprio coinvolgimento diretto – di comprendere le persone con cui interagisce e le loro motivazioni all'azione. Le capacità empatiche, specie nei confronti delle categorie sociali più emarginate e svantaggiate, emergono trasversalmente in tutto il racconto autobiografico di Evgenija. Non a caso fa sua, citandola probabilmente a memoria, una «toccante citazione» di Nekrasov¹⁹ che recita: «Va' con gli oppressi, va' con gli offesi... entra nelle loro file; dove si sente il dolore, dove è duro respirare, va' tu per primo...»²⁰.

Evgenija esercita, così, la sua capacità di comprendere la vita e le sofferenze dei più poveri ed emarginati, avvicinandosi al loro mondo in modo radicale, fino a che non diventa lei stessa un membro di quel mondo: inizia come strillona, impara il mestiere di ladra, fa l'indovina e diventa membro a tutti gli effetti, nonché unica presenza femminile, di una comunità di diseredati. Si coinvolge, prendendo prima però le distanze dagli intellettuali che, talvolta ipocritamente e solo occasionalmente, si avvicinano in modo strumentale, con un approccio quasi voyeuristico, al mondo dei poveri attraverso degli «esperimenti sociali». Infatti afferma

Che bassezza simpatizzare con il mondo del crimine, osservarlo tenendosi al margine, se non addirittura darsi agli “esperimenti sociali” travestendosi, come alcuni eccentrici giornalisti occidentali che, nei panni dei barboni, trascorrono una notte al dormitorio o s'introducono in un losco tugurio, e da lì direttamente in una vasca per ripulirsi con un bagno mattutino di tutto quel lordume e magari, orrore! trovare un pidocchio! No, ho deciso di immergermi per bene nella feccia, e non come una “straniera blasonata”, ma come una loro pari: ho deciso di imparare a rubare...”²¹

Quella di Evgenija è una *empatia estrema*. Il suo, infatti, è un coinvolgimento senza limiti. Perfino il suo corpo diventa un oggetto

¹⁹ N. NEKRASOV, *Chi vive bene in Russia?* De Donato, Bari, 1968.

²⁰ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 26.

²¹ *Ivi*, 55-56.

culturale, rappresentativo del mondo nuovo in cui si inserisce, e così si trasforma drammaticamente. Il suo corpo diviene “corpo mutilato” come quello di molti altri abitanti della strada. Evgenija ricorda così l’episodio che avrebbe modificato i suoi arti per sempre: «Nel 1923 (in marzo) [...] fui investita da un treno e mi dovettero amputare tutti e due i piedi, evento per me talmente insignificante che quasi dimenticavo di menzionarlo nella mia stessa autobiografia»²².

Evgenija attraverso la sua *empatia radicale* mette in pratica un tipo di etnografia che si avvicina molto a quella che oggi viene definita *carnal sociology*²³. Quell’etnografia, cioè, di chi si incarna totalmente, anima e corpo, nel mondo che vuole conoscere, in una immersione che sia il più possibile durevole e profonda. Evgenija sviluppa in modo talmente radicale ed estremo la convinzione che il coinvolgimento deve essere *totale*, che addirittura derubrica ad una sorta di «insignificante» incidente di percorso la perdita dei piedi. Nel mondo in cui si era immersa, infatti, con gli alti ideali che la spingevano e l’estrema sofferenza della gente che la circondava, non era quello un episodio da ricordare come particolarmente significativo. E, procedendo nel suo racconto, sembra quasi che la sua vita scorra ineluttabile, in attesa della condanna a morte o della fine dei suoi giorni in carcere, fine naturale del suo percorso di immedesimazione totale nella vita degli ultimi, perseguendo ideali supremi.

Nell’arco del generale processo riflessivo di autoanalisi, trasversale a tutto il processo etnografico, esistono degli episodi che, al contrario, vengono considerati particolarmente rilevanti generando dei momenti di riflessività eccezionali da parte dell’etnografo. Sono i cosiddetti *momenti epifanici*, attraverso i quali viene gettata luce su fatti che fino a quel momento erano stati poco chiari, difficilmente comprensibili²⁴.

²² *Ivi*, 40-41.

²³ L. WACQUANT, *For a sociology of flesh and blood*, in *Qualitative Sociology*, 38, 1/2015, 1-11.

²⁴ Cfr. C. BARNAO, *Autoetnografia e interazionismo simbolico*, cit.

Secondo Denzin, le epifanie sono esperienze di vita «che modificano radicalmente e modellano i significati che la gente attribuisce a se ed ai propri progetti di vita»²⁵. Questi momenti eccezionali, che modificano il nostro modo di vedere il mondo che ci circonda, si possono verificare, assumendo un'importanza fondamentale per la comprensione della realtà di studio, anche durante la ricerca etnografica. Le epifanie sono momenti cruciali per l'interpretazione autoetnografica. Attraverso di esse l'autoetnografo riesce a trasformare il personale in politico e riesce a trovare le connessioni tra gli aspetti personali e quelli strutturali della realtà che sta studiando²⁶.

Nella biografia di Evgenija almeno due sono i momenti epifanici che emergono dal suo racconto: l'arresto del marito e, poi, l'esecuzione del marito stesso. L'arresto del marito è stata un'epifania perché, come lei stessa ricorda, le ha aperto la strada per quell'azione politica che da tempo aspettava: «Quando Aleksandr Jaroslavskij è stato arrestato, mi sono precipitata dal popolo della strada. [...] Prima mi tratteneva la mia devozione per Aleksandr Jaroslavskij; ora invece ero libera»²⁷.

È, infatti, solo al momento dell'arresto del marito, che si creano tutte quelle condizioni necessarie affinché Evgenija possa finalmente provare a realizzare alcuni dei suoi progetti legati alla rivoluzione attraverso la condivisione della vita quotidiana con il *Lumpenproletariat* che considera fondamentale per qualsiasi ribellione: «Come strumento sussidiario di lotta, considero necessario il supporto del mondo criminale, in quanto eterno “germe di rivolta”»²⁸.

E ancora, afferma:

²⁵ N.K. DENZIN, *Symbolic Interactionism and Cultural studies: The Politics of interpretation*, Wiley & Sons, New York, 2008, 82.

²⁶ C. BARNAO, *Autoetnografia e interazionismo simbolico*, cit.

²⁷ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 56.

²⁸ *Ivi*, 109.

Sognavo [...] di fondare un comitato dei delinquenti politico e apartitico [...] al preciso scopo di liberare dai luoghi di reclusione i condannati a morte in prima battuta, e poi tutti gli altri criminali più grossi, sia comuni sia politici²⁹.

L'altro momento epifanico dell'autoetnografia è quello in cui il marito viene giustiziato. È proprio dopo l'uccisione del marito che «sente il bisogno di comprendere la propria vita, le proprie azioni, ricostruire la coscienza di sé»³⁰. Probabilmente, infatti, la notizia dell'uccisione del marito spinge Evgenija a formalizzare il suo percorso riflessivo e scrivere l'autoetnografia che oggi leggiamo.

2.4 Cura e testamento

Sulla base della lettura del testo, e provando a ipotizzare le motivazioni più profonde che l'hanno spinta a scrivere la sua autoetnografia, possiamo dire che, per Evgenija, questa autoetnografia sia una *cura* (per sé) e un *testamento* (per gli altri).

Se il processo di scrittura è di per sé considerabile come terapeutico³¹, l'autobiografia in particolare può considerarsi una vera e propria forma di automedicazione in un momento decisivo della propria vita³². È stato messo in evidenza, poi, come talvolta l'intervistato di una ricerca, il quale sa di essere un soggetto marginale e, talvolta, con una speranza di vita molto limitata (per il tipo di vita che fa, per la sua malattia, ecc.) decide, o addirittura chiede, di essere intervistato per potere così lasciare una traccia

²⁹ *Ivi*, 72.

³⁰ I. FLIGE, *op. cit.*, 159.

³¹ C. ELLIS, T.E. ADAMS, A.P. BOCHNER, *Autoethnography: An Overview*, in *Historical Social Research/Historische sozialforschung*, 36, 2011, 273-290.

³² D. DEMETRIO, *Raccontarsi: l'autobiografia come cura di sé*, Cortina Raffaello, Milano, 1996.

di sé³³. Alla dimensione curativa di chi scrive e riflette sulla propria vita si può unire, quindi, la dimensione “testamentaria” e di razionalità strumentale di chi, come Evgenija, sa di avere una speranza di vita molto ristretta e decide di raccontarsi per lasciare una traccia di sé. Nel caso di Evgenija, però, possiamo addirittura ipotizzare che questo bisogno di lasciare una traccia è talmente grande, che supera perfino la preoccupazione di perdere la vita. L’autobiografia di Evgenija (che viene allegata all’atto di accusa) è, nei fatti, una confessione di colpevolezza (di “propaganda antisovietica”) che la porterà, così, alla condanna certa. La scrive sulla carta processuale, perché non ha altra carta su cui scrivere: lasciare il suo testamento su carta è più importante dell’altissimo rischio di morire proprio a causa di quel gesto.

Più che un «autonecrologio»³⁴, come lei stesso lo definisce, il testo scritto da Evgenija si presenta, quindi, come un vero e proprio testamento culturale e politico. La carta utilizzata è sì l’unica a lei disponibile in quel momento, ma è anche quella di un documento ufficiale, proprio come accade nei testamenti davanti ad un notaio, in cui Evgenija certifica le proprie volontà davanti ad un “notaio” d’eccezione, il suo carnefice.

3. Un modo di vedere il mondo: senza padroni

Qui giace una ribelle, senza partito, senza Dio e senza padrone³⁵.

L’autoetnografia è un modo di vedere il mondo³⁶. Il processo autoetnografico è un processo aperto, flessibile, spesso molto faticoso, di

³³ Cfr. C. BARNAO, *L’intervista qualitativa come forma di cura*, in C. CORPOSANTO (a cura di), *Narrazioni di salute nella web society*, Rubbettino, Catanzaro, 2017.

³⁴ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 55.

³⁵ O. ROLIN, *op. cit.*, 14.

³⁶ Cfr. C. BARNAO, *Autoetnografia e interazionismo simbolico*, cit.

comprensione della realtà. L'autoetnografo è egli stesso osservato e osservatore. Il suo modo di osservare il mondo che lo circonda diventa anche il modo attraverso il quale filtra tutte le informazioni che gli permettono di comprendere la realtà che vuole conoscere, in un continuo e incessante processo interpretativo.

Ma qual è il modo di vedere il mondo secondo Evgenija? La sua autoetnografia, intesa come un vero e proprio testamento culturale, è un inno alla libertà, in cui risultano chiari alcuni valori di riferimento e delle specifiche modalità d'azione.

Un modo d'agire. Evgenija ci lascia, innanzitutto, un modo d'agire, quello che per lei è il metodo per l'azione rivoluzionaria. Non ci può essere rivoluzione senza prima la comprensione delle classi più disagiate, di coloro che occupano i gradini più bassi della stratificazione sociale, e il loro coinvolgimento nell'azione politica. Tale comprensione è possibile solo attraverso un processo empatico, di immedesimazione profonda. Evgenija si immerge nella vita degli ultimi, dei diseredati, e ne comprende le caratteristiche culturali e il valore umano, consapevole del loro determinante ruolo nell'azione rivoluzionaria:

Ma chi sono allora, gli uomini della rivoluzione? Chiaramente la classe che non potrà mai salire al potere. Tale classe è il *Lumpenproletariat* [...] Il mondo del crimine fornisce alla rivoluzione i quadri principali. A cui vanno aggiunti la bohème letteraria e artistica, eternamente persa in risse e ragazzate, e i professionisti della rivoluzione: terroristi ed espropriatori, nonché le organizzazioni clandestine più estremistiche: gli anarchici e i massimalisti...³⁷

Possiamo dire che, attraverso l'azione empatica e il suo coinvolgimento radicale nella vita del *Lumpenproletariat*, Evgenija opera

³⁷ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *op. cit.*, 36.

una sorta di a) rovesciamento dello stigma e b) una riformulazione del ruolo dell'intellettuale.

a) *Rovesciamento dello stigma.* Mentre normalmente è lo stigma sociale negativo che guida la minore considerazione sociale e, talvolta, il disprezzo per alcune categorie sociali, nel caso di Evgenija accade l'esatto contrario. È lo stigma che indirizza l'interesse di Evgenija verso alcune categorie sociali che – proprio in quanto negativamente stigmatizzate – diventano centrali per il passaggio all'azione politica. Diversamente da come vengono normalmente considerati e rappresentati, i membri del *Lumpenproletariat* non appaiono come un magma indistinto di “straccioni” allo sbando, privi di capacità organizzativa, ecc. La società di marginali nella quale si inserisce la giovane anarchica è, invece, organizzata, ben stratificata e caratterizzata da raffinate strategie d'azione e di sopravvivenza quotidiana, messe in atto da persone che, in condizioni di vita estrema, sviluppano qualità straordinarie.

b) *Riformulazione del ruolo dell'intellettuale.* Anche se tutta la storia di Evgenija – dalle sue origini di intellettuale borghese alla sua adesione totale con la vita del *Lumpenproletariat* – può sembrare la storia di chi le proprie origini le rinnega, il suo atto finale, la stesura dell'autoetnografia, getta una luce nuova su tutto il percorso di vita della giovane anarchica. Evgenija, infatti, resta un intellettuale fino alla fine dei suoi giorni, scrivendo su carta tutto il suo profondo e appassionante percorso riflessivo. Ci consegna, però, un percorso di vita che è diverso da quello dell'intellettuale che rimane distante dalla gente comune o che – in modo temporaneo, solo occasionale e, talvolta, ipocrita – si coinvolge nella vita degli emarginati, magari cercando strumentalmente di prenderne le difese. L'autoetnografia di Evgenija ci indica, invece, una riformulazione del ruolo dell'intellettuale: la sua storia è la storia della trasformazione di un'intellettuale tradizionale in quella di un'intellettuale – per dirla con

Gramsci³⁸ – di tipo organico. Evgenija diventa membro integrante del mondo che vuole rappresentare con il suo lavoro intellettuale.

Un modo di essere. L'autoetnografia di Evgenija ci indica un modo di vedere il mondo, un modo di agire e, in ultima analisi, ci indica un modo di essere, in cui la libertà è considerato il valore più alto a cui tendere. Un valore estremo e radicale. Evgenija è pazza d'amore per la libertà e per il perseguimento di tale valore è pronta ad azioni estreme e radicali. Ma le sue non sono azioni irrazionali. Con Weber³⁹ possiamo dire che si tratta di azioni razionali rispetto ad un valore, quello della libertà appunto. Sono azioni razionali (sono azioni consapevoli, frutto di un calcolo) che però non implicano un bilancio tra costi e benefici, ma piuttosto perseguono il rispetto di un valore in modo radicale, con riguardo minimo o del tutto assente per le conseguenze che l'azione stessa comporta. Evgenija è pronta a tutto per raggiungere un obiettivo che consiste nel rispetto di alcuni valori. È pronta ad essere mutilata, a farsi imprigionare, a restare sola⁴⁰, è pronta a morire.

La storia di Evgenija è, in ultima analisi, una storia di liberazione: dalle proprie origini (la propria classe, la propria famiglia), dall'ideologia (la religione, la rivoluzione bolscevica), dal vincolo coniugale (quando va per strada dopo l'arresto del marito), dal proprio corpo mortale (quando decide di lasciare le sue memorie a costo di essere condannata).

Sì, la storia di Evgenija è la storia di un'indomita, incredibile e meravigliosa donna senza padrone.

³⁸ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere. Edizione critica dell'Istituto Gramsci*, 4 voll. (a cura di V. Gerratana), Einaudi, Torino, 1975.

³⁹ M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961.

⁴⁰ Sulla profonda solitudine di Evgenija, si può sottolineare come: «Il marito è stato ucciso, compagni di lotta non ne ha (e, a voler essere rigorosi, non ne ha mai avuti), ha interrotto i rapporti con la sua famiglia e [...] gli sconosciuti posterì rappresentano un'astrazione troppo grande e i criminali non sono interlocutori. [...] Il testo di questa autobiografia è un monologo» (I. FLIGE, *op. cit.*, 158).

DOMENICO BILOTTI*

**Ateismo, umanesimo, ebraismo, lumpenproletariat.
Note sulla vicenda biografica e sulla teoria politica di Evgenija
Jaroslavskaja-Markon**

SOMMARIO: 1. *Un percorso di formazione attraverso e contro il potere bolscevico* - 2. *Il perdono universale e la vendetta: esperienze di malavita e di detenzione* - 3. *Conclusioni dubitative: esiste una tassonomia dei rapporti tra il diritto e la rivoluzione?*

1. Un percorso di formazione attraverso e contro il potere bolscevico

Arrivano in Italia, per i tipi di Guanda, le memorie di una agitatrice russa⁴¹ che ha rappresentato il volto più genuino dell'opposizione libertaria e di "sinistra" al socialismo sovietico degli anni Venti: una figura carismatica, dalla vita tribolata quanto a tratti esaltante e a volte disperante e disperata, un'intellettuale frenetica che non si è mai negata la crudezza del contatto col più estremo disagio sociale. Si tratta di un memoriale di prigionia, di una autobiografia veloce quanto intensa.

Evgenija Jaroslavskaja-Markon è nata a Mosca nel 1902 da una famiglia della borghesia intellettuale ebraica. Il padre era Isaak Markon⁴², un eminente studioso del Medioevo ebraico. Pur non estraneo a una sensibilità ricostruttiva di ampio spessore sistematico, l'approccio

* Docente di Storia delle Religioni presso l'Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

⁴¹ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, original foreword O. ROLIN, trad. e cura di S. SICHEL, Guanda, Milano, 2018.

⁴² E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 96, n. 1.

storiografico di Markon ci è riconsegnato (anche dalle parole vergate dalla figlia⁴³) come eminentemente antidogmatico. Dell'ebraismo medievale, esplora, più che l'esegesi rabbinica e le dinamiche culturali, gli usi quotidiani, nonché l'ampia letteratura mercantile, diasporica e di viaggio, che ha avuto un ruolo importante nella formazione di un immaginario sociale europeo del Medioevo⁴⁴.

La famiglia era di orientamento sostanzialmente liberale, ma non era il liberalismo prevalentemente economicistico, adottato nella conformazione dello Stato ottocentesco per assecondare la trasformazione delle strutture produttive e l'affermazione politica dell'individuo proprietario⁴⁵. Questi concetti paiono estranei alla famiglia Markon, nonostante venga impartita alla giovane Evgenija un'educazione piuttosto asciutta e severa, che limita le uscite delle componenti femminili, che ha una servitù ben trattata, ma pur sempre una servitù, che scherma i legami familiari nel guscio di un certo tradizionalismo consuetudinario⁴⁶.

La Markon non vive la rivoluzione fallita del 1905; ne conoscerà, però, non pochi esponenti: i tanti che riescono poi a partecipare alla vittoriosa presa del potere del '17; i non pochi che "subiscono" quella vittoria, venendo puniti per le loro posizioni e la loro indipendenza.

Il contatto con la politica rivoluzionaria si realizza in due momenti che hanno un impatto giuridico e sociale di grande e generale rilevanza, ma

⁴³ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 18-19.

⁴⁴ Altre impostazioni preferiscono una prospettiva giuridico-dogmatica, oltre che teorico-esegetica (cfr. M. R. HAYOUN, *La filosofia ebraica. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Jaca Book, Milano, 2009); la validità di un approccio più concreto, e non per questo meramente aneddótico, è, ad esempio, difesa in R. CHAZAN, *Fashioning Jewish Identity in Medieval Western Christendom*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2004).

⁴⁵ Anche nel diritto italiano questi modelli furono largamente assunti e assorbiti nelle codificazioni e negli statuti ottocenteschi. V., tra gli altri, S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti (1861-2011)*, Donzelli, Roma, 2011, 24 ss.

⁴⁶ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 20-21, 23-24.

che per la giovane militante moscovita, poi cresciuta nell'ambiente pietroburghese, acquisiscono peso soprattutto nella crescita personale. Innanzitutto, nei disordini che precedono l'affermazione bolscevica, vive le prime esperienze di uscita da casa e dal comodo circuito familiare, in totale autonomia, senza l'accompagnamento parentale e la scorta bonaria di domestiche e dame⁴⁷.

Nemmeno quattro anni più tardi sa della drammatica soppressione della comune di Kronstadt, la comune libertaria che proprio Trotskij sarà chiamato (e violentemente) a reprimere⁴⁸. Il leader dell'Armata Rossa sembrava essere designato come erede di Lenin, alla successione alla guida del partito; le sue posizioni saranno poi scalzate, appena un anno più tardi, da Stalin. Trotskij e i suoi seguaci saranno sempre più marginalizzati, fino all'ostracismo politico e alla soppressione fisica⁴⁹.

C'è, infine, un ulteriore episodio segnante, di carattere ancor più personale: l'amore col poeta e militante politico Aleksandr Jaroslavskij⁵⁰. La compagna è inesperta, anche nelle vicende sentimentali e collabora solo marginalmente alle numerose attività editoriali semiclandestine dello scrittore, ma il loro legame sublima all'interno di una comune adesione intellettuale alla causa degli sconfitti. Un amore così forte da superare privazioni, detenzioni e fucilazioni, ma anche due divergenze teoriche ed

⁴⁷ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 25-28.

⁴⁸ Sul complessivo itinerario teorico di Trotskij, anche in riferimento alle posizioni assunte contro gli anarchici, K. D. ACKERMAN, *Trotsky in New York, 1917. A Radical on the Eve of Revolution*, Counter Point, Berkeley, 2016. Sulla genesi dell'esperienza anarchica in Russia, può essere utile H. J. GOLDBERG, *Anarchist in Petrograd*, University of Wisconsin Press, Madison, 1970, 102; sullo specifico episodio storico, D. GUÉRIN, *Anarchism*, Monthly Review, New York, 1970, 105.

⁴⁹ Questo quadro si mantenne ben oltre la soppressione fisica dei dirigenti di quell'ala del partito. V., ad esempio, la documentata e nutrita ricerca di W. J. CHASE, *Enemies within the Gates? The Comintern and the Stalinist Repression*, Yale University Press, London-New Haven, 2001.

⁵⁰ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 38-41.

esistenziali: il rapporto con l'ordinamento sovietico e con la piccola malavita resistenziale e sottoproletaria dei bassifondi. Per il poeta, la vocazione sentimentale per la patria russa, la voglia di concludere ogni viaggio con un ritorno, si fanno più forti delle feconde tentazioni intellettuali della Markon, che nella propensione alla scoperta sembra in linea di continuità con la parte più cosmopolita dell'ebraismo Otto e novecentesco⁵¹. Quando il marito, ormai imprigionato, la invita a trovare domicili più dignitosi della vita di strada e di espedienti, la giovane, che ha perso anche i piedi in un incidente ferroviario, adempie con riluttanza. Dietro questa diversità di vedute contingenti, però, sussiste una forte unità tematica.

I due coniugi raccontarono con chiarezza l'Unione sovietica nei lunghi quanto scalcinati tour di conferenze all'estero: vedevano e vivevano la loro contemporaneità con una lucidità quasi brutale, molto distante dall'immaginario vagamente *maudit* che è stato loro assegnato, viste sventure e peripezie di vita. I due dicevano che l'Unione non fosse né un "paradiso socialista", né un "inferno bolscevico", ma un ordinario Paese capitalista⁵². Certamente l'Unione sovietica non aveva realizzato le ireniche promesse della rivoluzione socialista e denudava gli aspetti tipici dei regimi che puntano all'autoconservazione: un incremento spropositato delle misure preventive personali, un contingentato razionamento nel soddisfare il fabbisogno, una rete di amministrazione centrale burocratica tutto fuorché scevra da (anche elevati) livelli di corruzione interna. Non era, però, quello stesso Stato un "inferno bolscevico": il potere bolscevico aveva impresso restrizioni di vario tipo, ma sulle sperequazioni sociali non aveva in fondo di troppo peggiorato un quadro che già prima dell'Ottobre era sconsolante. Nella potenza sovietica dell'inizio del XX secolo, c'erano ancora la malnutrizione, la mortalità infantile, un mercato nero parallelo alle

⁵¹ G. KENDALL, I. WOODWARD, Z. SKRBIS, *The Sociology of Cosmopolitanism. Globalization, Identity, Culture and Government*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke-New York, 2009, 82-83.

⁵² E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 35, 41.

dinamiche contrattuali lecite dello scambio e della circolazione dei beni, un atteggiamento fortemente ostile nella repressione del dissenso politico. Questi fenomeni disvaloriali, dopo la Rivoluzione socialista, possono spostarsi, rimodularsi, modificarsi persino nelle modalità attuative concrete, ma non scompaiono. E i grandi ceti dell'amministrazione (militare, contabile, accademica), come ben nota la stessa Markon, cercano di riorganizzarsi coi nuovi detentori del potere: l'avvento di una nuova mentalità o l'abbandono di pratiche predatorie e parassitarie non si realizzano, se non in casi sporadici di dissidenti che avranno, poi, nei decenni molto a pentirsene.

2. Il perdono universale e la vendetta: esperienze di malavita e di detenzione

Questi dati non giungono a Evgenija Markon da analisi e stime ufficiali: il governo non ne fornisce, né ne fornirebbe, impegnato com'è a diffondere versioni istituzionali e ridondanti persino delle sciagure (che i dirigenti del partito provvederanno, ovviamente, a risolvere o a dichiarar di risolvere). Non c'è approccio sociologico o meramente speculativo: la Markon osserva il disagio urbano perché lo vive, perché sceglie di viverlo.

Alla base di quest'antropologia, intrisa di umanesimo e militanza politica, c'è una considerazione altamente selettiva. La classe rivoluzionaria *par excellence* non è il proletariato che viene sempre più integrato al lavoro nell'industria *pesante* ma che nelle organizzazioni operaie trova prima, vera, rappresentanza politica. Non lo è la classe contadina, che fa fatica a familiarizzare con le istituzioni sovietiche, ma che, nelle sue occasionali agitazioni, è poi sostenitrice di forme anche opportunistiche di restaurazione. Insostituibile per il processo rivoluzionario non è nemmeno il ceto intellettuale, così disperso in mille rivoli introflessi e autoreferenziali. La base della rivoluzione è quello che Marx aveva chiamato, invero non

sempre con gli intenti dispregiativi che ebbero invece i suoi epigoni, *lumpenproletariat*. E proprio Marx negava in realtà il ruolo di abbrivio del processo rivoluzionario al sottoproletariato⁵³.

Per la Markon la questione è, al contrario, evidentissima: i *sottoproletari* sono gli unici non inquadrati in una classe la cui rappresentanza sia ordinata a un fine istituzionale; sono gli unici a non avere alcun interesse a conservare lo stato presente, che è la base stessa della loro irredimibile e irredenta condanna. Proprio la lettura umanistica e antropologica della giovane rivoluzionaria, però, che nelle sue memorie di prigionia si confessa spessissimo amante del metodo logico, lascia aperto almeno un interrogativo.

Come giustificare la centralità del sottoproletariato nel processo rivoluzionario, se proprio tra i sottoproletari sono facili gli egoismi incrociati, la rissosità interna, i fenomeni, talvolta anche crudi, di violenza non solo e non tanto *antisistema*, quanto e soprattutto reciproca?

La traccia di una spiegazione epistemologicamente orientata sembra esservi: quella sospettosità e quella propensione ai reati anche contro la persona, ma di modesta entità, sono instillati in individui ai margini di un sistema perverso e sperequato. La considerazione del movente individuale non viene alla luce per avvalorare l'idea di relazioni inter-soggettive meramente egoistiche. Al contrario, farsi carico della motivazione altrui, in special modo se filtrata attraverso l'oppressione del potere, significa contemporaneamente universalizzare il perdono e la vendetta.

Evgenija, così innamorata di un uomo carismatico e sensibile, al pensiero della morte violenta di Aleksandr, pronuncia durissime parole di vendetta e di perdono⁵⁴. Arriverà alla vendetta per onorare il suo amato, ma anche il boia, il più piccolo bullone di un ingranaggio marcio, perdonandone

⁵³ Rileva questa cesura N. THOBUM, *Deleuze, Marx and Politics*, Routledge, London-New York, 2003, 50 ss. Il giudizio marxiano è, comunque sia, impietoso (cfr. K. MARX, *Surveys from Exile*, D. Fernbach, a cura di, Vintage Books, New York, 1974, 296).

⁵⁴ Sul senso del perdono per l'A., E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 22.

il singolo, specifico, gesto compiuto. Si vendicherà sempre, e con le parole e col sangue, dell'apparato giudiziario che ha messo in scena quella condanna e quell'esecuzione⁵⁵.

Quest'asserzione così forte, per un'atea dichiarata, rischia di paventare persino uno sfondo escatologico, invero molto presente nel pensiero russo-ebraico⁵⁶. Si è in presenza, però, di una dinamica interiore che non ha una vocazione religiosa di riferimento, né probabilmente ne subisce un qualche tipo di indiretta influenza. È una scelta di vita marcata nell'animo, prima di ogni considerazione confessionale o anticonfessionale.

Bisogna sempre vendicarsi del potere istituito; si può, al contrario, ermeneuticamente giungere al perdono di qualunque condotta commessa da un sottoposto, anche nella sua tragica, estrema, ordinaria e consapevole banalità.

Per avvilente che possa sembrare, tanto più si rafforza la consapevolezza etica dell'Autrice, quanto più le sue vicissitudini esistenziali virano verso il baratro. Da agitatrice culturale, sebbene squattrinata, si adatta a fare poi la strillona per i quotidiani sovietici, sottoponendosi a due turni massacranti per poter vendere anche l'edizione della sera fino a tardissima ora.

Dopo questo impiego faticoso e mal retribuito, si accosta alla piccola delinquenza delle stazioni, dei pensionati e degli edifici dismessi. Come caratteristico di tutte le altre scelte così personali, la Markon tiene subito a chiarire che il furto le provoca una immensa, immediata, sensazione di piacere: un piacere intellettuale, sottile, che richiama ma supera di gran lunga quello che, nel senso comune, sarebbe il "gusto del brivido". Da rivoluzionaria, giustificava la sua militanza secondo una libera e personalissima inclinazione comportamentale e caratteriale, prima ancora

⁵⁵ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 54-55.

⁵⁶ Su questa suggestiva interafferenza, v., per tutti, P. J. S. DUNCAN, *Russian Messianism. Third Rome, Revolution, Communism and After*, Routledge, London-New York, 2000, 52 ss.

che teorica. Da dedita alle piccole ruberie di sussistenza – bagagli, borseggi, panni stesi – dichiara di agire per piacere, per mettersi alla prova, ma è una dichiarazione non troppo credibile; sembra la rivendicazione di uno spazio di radicale libertà, il “farla franca” come cifra del liberarsi da tutti i condizionamenti, compresi quelli che ci si infligge da sé, vittime e carnefici nella trama complessa dei rapporti sociali. Ed è forse per questo che un’atea convinta e spesso partecipe di propaganda antireligiosa si riduce a tentare di arrotondare i magri guadagni “criminali” facendo l’indovina tra i condomini, le celle, i caseggiati⁵⁷. Anche l’indovino e il cartomante delle culture popolari sovente attuano un rovesciamento: predicano qualcosa, investiti da una magia che in realtà non posseggono, possono rassicurare e così instillare, sobillare. Diventano parte integrante nel racconto dei semplici e dei creduloni. La divinazione e la prestidigitazione non sono peraltro infrequenti nelle leggende e nei racconti dell’ebraismo continentale: un retaggio malinconico e favolistico che, insieme a mendici e musicisti, ben restituisce, tra le altre, la pittura di Chagall⁵⁸.

Può forse sostenersi che la Markon enfatizzi la sua valutazione rivoluzionaria dell’extralegalità: in fondo non interagisce mai coi vertici apicali della delinquenza russa. Incontra prostitute sfruttate, trovatelli, ubriaconi: quelli che della malavita sono al massimo la bassa forza (si potrebbe perfino concluderne che la scrittrice incontra il *proletariato del sottoproletariato*, solidarizzando con esso). Nell’incontro con questi particolarissimi altri da sé, soprattutto minori, non annulla se stessa, ma è forse in errore a dichiarare di scoprire così la propria vera personalità. Farsi carico delle ferite degli altri non può significare procurarsi gli stessi tagli, a meno che non sia solo questo il modo che si rinviene per testimoniare una unica e universale, fraterna ed empatica, umanità.

⁵⁷ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 89-90.

⁵⁸ Interessanti conferme in J. WILSON, *Marc Chagall*, Random House, New York, 2007, 124 ss.; J. WULLSCHLAGER, *Chagall*, Knopf, New York, 2008, 135 ss.

Con un tratto sarcastico e contemporaneamente amaro, come se fosse l'ennesima monelleria in faccia al Leviatano repressivo del potere sovietico, Evgenija saluta i boia, i carcerieri e soprattutto la vita, con questo ruvido e temerario epitaffio, pur stranamente gravido di una straniante vitalità e di una esaustività autobiografica quantunque molto lucida:

<<eccovi dunque la mia vita: la vita di una ginnasiale rivoluzionaria, di una studentessa sognatrice, della compagna di Aleksandr Jaroslavskij, il più grande degli uomini e dei poeti, di una perenne viaggiatrice, di un'antireligiosa girovaga, di una corsivista di Rul', di una strillona, di una ladra recidiva e di un'indovina vagabonda >>⁵⁹.

3. Conclusioni dubitative: esiste una tassonomia dei rapporti tra il diritto e la rivoluzione?

Il lascito teorico più interessante, nell'autobiografia in commento, il vero interrogativo su cui può e deve misurarsi l'odierna teoria del diritto, riguarda il rapporto tra il diritto e la rivoluzione. La Markon, si è visto, adotta un dualismo radicale: ci sono fattori e attori sociali o propensi al sovvertimento, o propensi alla conservazione. La rivoluzione stessa è un fenomeno permanente, il cui risultato è una sempre *turbolenta* acquisizione di nuove istanze di giustizia: è la pratica incessante della teoresi rivoluzionaria. Il marxismo liquida il diritto come "sovrastruttura"⁶⁰. Per quanto questa asserzione sia interpretata sovente in modo superficiale (il diritto regolerebbe supinamente un qualunque rapporto di forze già esistente), c'è pur del vero in un giudizio così lapidario. Il diritto

⁵⁹ E. JAROSLAVSKAJA-MARKON, *La ribelle*, cit., 96.

⁶⁰ Intuendo i limiti di un'accezione meramente sovrastrutturale del diritto, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, 595-596, nonché S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, 129-131.

regolamenta un potere che presuppone, altrimenti nuovo diritto non potrebbe essere prodotto. Al tempo stesso, il potere controlla il diritto e mira a regolarne opportunisticamente l'esecuzione⁶¹; tuttavia, perché il diritto sia davvero effettivo, c'è bisogno che il potere vi ceda spazi e, se del caso, vi si conformi⁶².

A prescindere se detta nozione sia davvero compatibile con gli spunti teorici e con le vicende biografiche di Evgenija Jaroslavskaja-Markon, l'agitatrice russa sembra negare che la rivoluzione sia un "potere", essa consistendo proprio nell'abbattimento dei poteri istituiti e nella creazione di uno spazio (uno "spazio" giuridico?) radicalmente libero dove non c'è alcuna possibilità di stabilizzare dei gruppi di potere. La rivoluzione, non essendo un "potere", almeno nel senso democratico-liberale usualmente tributatogli, è, però, almeno un'*istituzione*?

Per rispondere a questo quesito, bisognerebbe prima di tutto interrogarsi sul significato da attribuire al termine "istituzione". Se si adotta il senso della sociologia funzionalista, correntemente riproposto anche dalla scienza amministrativistica legale, l'istituzione è una modalità espressiva dell'organizzazione formale del potere⁶³. Se si volesse, perciò, provare a considerare la rivoluzione come un'istituzione, bisognerebbe ricorrere a

⁶¹ C. SCHMITT, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham-London, 2008, 125-126.

⁶² C'è chi attribuisce un contenuto morale alle forme di autolimitazione del potere (v., per tutti, l'ampia ricostruzione di G. FORSTER, *John Locke's Politics of Moral Consensus*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2005, 251 ss.) e chi vi annette una mera opzione strumentale, fondata sull'istinto di conservazione del potere medesimo (D. KIPNIS, *Using Power. Newton's Second Law*, in A. Y. LEE-CHAI, J. A. BARGH (a cura di), *The Use and Abuse of Power. Multiple Perspectives on the Causes of Corruption*, Taylor and Francis, Philadelphia, 2001, 3 ss.).

⁶³ P. DALY, *A Theory of Deference in Administrative Law. Basis, Application and Scope*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2012, 188-190. Il succitato uso del lemma "istituzione", in campo sociologico, è attestato in modo chiaro in tempi più risalenti. Cfr. PH. NONET, *Administrative Justice. Advocacy and Changes in Government Agencies*, Sage, New York, 1969, V ss.

significati ulteriori da associare al medesimo lemma. L'istituzionalismo giuridico⁶⁴ lo ha tradizionalmente adottato per restituire una componente di materialità alla pratica giuridica, altrimenti imbrigliatasi in un'interpretazione, invero *esangue* e riduzionistica, del formalismo kelseniano⁶⁵. In questo senso, l'istituzione appare quasi, come in un ossimoro, "diritto in movimento", che recepisce le modificazioni e che può ricevere epistemologicamente il contributo di saperi altri (moralì, politici, sociali). L'istituzione non è così il *nomen* formale di un organo del potere, ma l'unità di misura del diritto alla prova della sua legittimazione e della sua applicazione. L'istituzionalismo ha avuto, cioè, il merito di spostare l'attenzione del giurista dal mero prodotto testuale della deliberazione ai presupposti non meramente attributivi di competenze della sua adozione e alle sue condizioni di vigenza ed efficacia in un ordinamento giuridico dato.

Se si è condiviso che l'istituzione è perciò "diritto in movimento", contenuto positivizzato ed effettivo della pratica del diritto, si potrebbe concluderne che per la *ribelle* Evgenija Jaroslavskaja-Markon la rivoluzione è "istituzioni in movimento": persistente dinamicità di un bisogno di giustizia che ribalta le forme in cui le norme e i rapporti sociali pongono le istituzioni.

Due importanti teorie politiche, sorte nel solco della tradizione socialista del movimento operaio, successiva alla Rivoluzione del 1917, si sono occupate, in modo non sempre soddisfacente, dei rapporti tra i

⁶⁴ Sull'importanza del filone dottrinale istituzionalista, nella teoria del diritto francese e in quella italiana, v., in una amplissima letteratura scientifica, A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, 27 ss.; M. CROCE, *Sfere di dominio. Democrazia e potere nell'era globale*, Meltemi, Roma, 2008, 34 ss.; A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Led, Milano, 2016, 64 ss.

⁶⁵ Su un efficace percorso teorico di compensazione tra l'eredità giuspositivistica e le esigenze metodologiche, additate dalla teoria istituzionalistica, resta insuperato il contributo offerto da N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Springer, Dordrecht, 1986 (in particolare, 6-24).

movimenti rivoluzionari e il loro svolgimento durativo: il maoismo e il trotskismo.

La permanenza del moto rivoluzionario si tradusse, nell'ordinamento della repubblica popolare cinese e, in particolar modo, nell'operato di Mao, nell'ambigua nozione di "rivoluzione culturale"⁶⁶. Mao e i dirigenti del partito comunista si prefissero di eliminare le professioni e le personalità troppo inclini alla speculazione culturale e all'involuta riflessione dottrinale, allo scopo dichiarato di secondare il soddisfacimento di bisogni eminentemente concreti. Questa istanza sostanzialistica, che pure si preoccupava di evitare la costituzione di un ceto rivoluzionario ufficiale, depositario di meccanismi giuridico-culturali inaccessibili alle masse, finì per produrre proprio l'effetto che dichiarava di stigmatizzare. Innanzitutto, istituzionalizzava una selezione pedagogica e paternalistica degli interessi esistenziali, sminuendo quelli, parimenti importanti per un'etica rivoluzionaria, di carattere immateriale: non era pur sempre la burocrazia di partito che classificava le devianze filo-occidentali e capitalistiche? In secondo luogo, i soggetti che di queste presunte devianze erano riconosciuti colpevoli erano sottoposti a un percorso di "rieducazione", mortificante sul piano individuale quanto socialmente inteso, in fondo, in modo non troppo diverso da come le teorie liberali occidentali hanno scientemente perseguito la concezione del reato e della pena anche in funzione di deterrenza generale⁶⁷. Qual era, allora, la differenza tra i rivoluzionari e i reazionari?

Teoricamente non meno problematica era la prospettiva trotskista. Da una parte, l'internazionalismo trotskista rifiutava la teoria stalinista del

⁶⁶ T. TSOU, *The Cultural Revolution and Post-Mao Reforms. A Historical Perspective*, The University of Chicago Press, London-Chicago, 1988, 57 ss.

⁶⁷ Rispetto alle originarie prospettazioni di questa funzione del diritto penale e della pena (ad esempio, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), A. Burgio (a cura di), Feltrinelli, Milano, 2009, p. 44), sembra piuttosto esserne prevalsa un'accezione velatamente intimidatoria che, più che alla proporzione tra l'offesa e la pena, guarda alla pretesa capacità dissuasiva della sanzione minacciata.

“socialismo in un solo Paese”⁶⁸. Dall'altra, però, il meccanismo istituzionale sul quale la rivoluzione permanente avrebbe dovuto poggiare era il “programma di transizione”: una serie di misure – invero, non sempre concretamente determinate – che avrebbero consentito il passaggio del sistema al socialismo⁶⁹. Come rapportare tutto ciò alla tesi di Evgenija Markon che vede la rivoluzione come fenomeno permanente e continuativo, come istanza di giustizia alla quale non possono essere opposte la stabilizzazione dell'ordinamento né l'adozione delle norme a ciò necessarie?

La carica ideale espressa, in modo peraltro stilisticamente molto vivido, dalla Markon sembra forse privare il moto rivoluzionario di una norma di chiusura, di un obiettivo raggiungibile o tendenziale, ma ha parimenti il pregio di impostare un problema teorico spesso non rilevato dai movimenti socialisti: i rapporti tra la rivoluzione e il tempo di esplicazione del suo corso (che la Markon concepisce come inarrestabile).

La Markon non lo rileva, non lo esplicita e, probabilmente, anche a costo di cadere in contraddizione, non lo ammetterebbe. Eppure, la questione del “tempo” e della durata di una rivoluzione è, in fondo, il problema di individuarne e disciplinarne gli effetti giuridici. La rivoluzione della Markon, per farsi giustizia, dev'essere permanente, è vero; in questa

⁶⁸ Un'acuta critica della concezione stalinista, sull'inestricabilità del socialismo realizzato dai confini di un ordinamento giuridico nazionale, trovasi in E. MANDEL, *From Stalinism to Eurocommunism: the Bitter Fruits of “Socialism in One Country”*, Verso Books, New York, 2016. Una presentazione esaustiva, ancorché in alcuni punti apologetica, del pensiero staliniano in E. VAN REE, *The Political Thought of Joseph Stalin. A Study in Twentieth-Century Revolutionary Patriotism*, Routledge, London-New York, 2002.

⁶⁹ Circa le accuse di indeterminatezza al programma di transizione, anche in termini eminentemente politici, cfr. D. LORIMER, *Trotsky's Theory of Permanent Revolution: a Leninist Critique*, Resistance Books, Chippendale, 1998, 77 ss. La medesima casa editrice curò l'anno successivo un'utile riedizione degli originari scritti di Trotskij sul punto (adottando la generalmente accettata traslitterazione onomastica anglosassone, L. TROTSKY, *The Transitional Program and the Struggle for Socialism*, Resistance Books, Chippendale, 1999).

concezione, il diritto può divenire l'unico canale possibile nella connessione tra la rivoluzione e la giustizia. In assenza di meccanismi attuativi, anche una istanza rivoluzionaria permanente può essere repressa, ostruita e negata dal potere che si costituisce a esito del processo rivoluzionario, facendosi così controrivoluzione⁷⁰. Il diritto, per la rivoluzione, può essere il pugnale con cui si vuole tagliare una corda che lega i polsi agli sfruttati: se è voltato verso le vene, ucciderà il povero che vuole ribellarsi. Se è voltato verso il nodo, riuscirà a liberarlo⁷¹.

⁷⁰ Nella moderna dottrina politologica e giuspubblicistica permangono concezioni più ottimistiche degli organi istituzionali che assumono il potere a seguito di una rivoluzione, perché li si ritiene normalmente legittimati dalle stesse istanze e dagli stessi gruppi sociali che determinarono il sommovimento politico sul piano sostanziale. V., ad esempio, in ordine alla rivoluzione socialista in Cina, R. HAGUE, M. HARROP, *Comparative Government and Politics*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke-New York, 2007, 276-277; in termini teorici più generali, in riferimento, però, ai modelli costituzionali del secolo precedente, I. JANKOVIC, *The American Counter-Revolutionary in Favor of Liberty*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke-New York, 2019, 257 ss.

⁷¹ L'immagine letteraria adottata può forse rimandare alla celebre massima di Joseph de Maistre, per cui "la spada della giustizia non ha fodero". Il senso che qui si usa, tuttavia, più che allo scetticismo tipicamente controrivoluzionario del giurista italiano, guarda alle possibilità espansive dei diritti di libertà, nelle teorie politiche dell'anarchismo. Secondo questa prospettiva, ad esempio, M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei moderni*, Derive Approdi, Roma, 2017.



La Ribelle: un'irriducibile inconcludenza?

Le vicende di Eugenija Jaroslavskaja-Markon, narrate dalla stessa in un memoriale redatto durante la prigionia nei campi staliniani conclusasi con la sua cruenta esecuzione, non possono che coinvolgere il lettore e suscitare un immediato sentire comune con *La Ribelle* (con questo titolo il manoscritto viene proposto nella edizione italiana – per i tipi di Ugo Guanda editore – ripresa dalla traduzione francese a cura di Oliver Rolin e Irina Flige, ai quali si devono le imprescindibili *Prefazione* e *Postfazione*).

Nel lasciare al lettore la fatica di seguire il periglioso e coerente percorso che conduce Eugenija dalla dimora della sua famiglia di intellettuali borghesi alle *prigioni del popolo*, ove verrà brutalmente assassinata, va affermato l'indubbio valore che questa testimonianza assume.

Il manoscritto contiene una chiara ed incondizionata denuncia della repressione staliniana che con la forza di un maglio si abbatté sopra ogni forma di dissenso, da quello politico a quello sociale. nel descrivere le sue vicende personali, l'autrice costruisce una interessantissima fonte storica, uno spaccato di *certa* vita sovietica degli anni Venti. Nello svolgersi della drammatica autobiografia i due aspetti (l'opposizione più propriamente politica, ed il rifiuto delle regole sociali consolidate a cui si aggiunge l'esaltazione della figura del emarginato, quale il ladro ed il teppista, l'unico autentico soggetto rivoluzionario in quanto mai compromesso con il potere), si fondono nella vita vissuta da Eugenija così come ella la abbozza sulla carta, più per il *piacere* di rivedere se stessa, di rivivere le sue

* Professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Trieste.

esperienze di libertà, che per accusare il mostro staliniano che la sta stritolando.

Ella non ricorda per un pubblico che sa impossibile (il manoscritto rimarrà infatti sepolto per decenni negli archivi della burocrazia sovietica e solo di recente riscoperto dai curatori dell'edizione francese), è conscia che quelle pagine vergate d'inchiostro non avranno un futuro, allo stesso modo in cui è pienamente consapevole della sua inevitabile ed imminente eliminazione.

Ciò non di meno scrive, non per i posteri, non per lasciare un atto d'accusa contro gli aguzzini suoi e di una intera umanità scalpitante verso la libertà, ma per poter ancora una volta sputare in faccia a questi servi tutto il disprezzo che prova per il regime sovietico e per i suoi cani da guardia.

Nello scrivere Eugenija perpetua quella solitaria ribellione che dalla adolescenza l'accompagna caratterizzando la sua breve vita. Non può rimanere passiva di fronte all'onnipotente oppressore e, per quanto oramai murata nel Lager, fa esplodere la ribellione con lo scrivere, con un narrare a se stessa che vuole colpire, offendere il suo carceriere. È l'unica arma (oltre ad un mattone, come vedrà il lettore) che le è rimasta e la usa con tutta la potenza che le rimane.

Eugenija è un corpo incatenato che pur tuttavia riesce a librarsi con leggerezza verso la libertà quando imprime il suo inchiostro ribelle sulla carta. Non intende accusare alcuno di alcunché di fronte ai posteri, desidera soltanto testimoniare all'aguzzino che leggerà quelle carte il suo abissale disprezzo. Non ha timore di essere sola, perché in solitudine ha condotto la sua lotta contro il potere incontrando tutt'al più casuali compagni di strada e trovandoli nei bassifondi, fra i reietti della società. Non ha costituito leghe, né perorato la loro fondazione, ha approfittato di momentanei incontri per destrutturare fin dove le era possibile un presente di oppressione. Eugenija, per quanto di dichiararsi anarchica e con l'anarchismo militante si sia più volte incontrata, non propone, né si colloca in un movimento di massa; ciò che per ella conta è la rivolta individuale, l'intima ribellione al potere.

Certo, al di là della immediata simpatia la vicenda narrata da Eugenija Jaroslavskaja-Markon ci apre anche la visuale su di un fare che potrebbe apparire operativamente inconcludente (più che teorizzare e partecipare alla costruzione di una società rivoluzionaria, sembra che Eugenija proponga una inesauribile prassi di ribellione al potere ed, più in generale, ad ogni società), a volte sorretto da penetranti ingenuità (si veda la questione dell'autentico soggetto rivoluzionario) e aperti fanatismi (la giovane Eugenija si priva dei pasti per assimilarsi ai proletari affamati di Pietroburgo). Ma al di là di ciò rimane il suo ergersi di un potere vigliacco animato da spregevoli lacchè, ai quali getta in faccia una dignità mai venuta meno.

Piace allora ricordarla mentre cammina, per rubare le parole a Louis Mercier Vega, in mezzo ai suoi compagni “votati alla ricerca di una società giusta e libera, schiacciati da regimi brutali e ipocriti, stretti tra i propri sogni e la propria lucidità”.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

ANTONINO MANTINEO

Dalla Res Publica christiana alla Res Publica humana: l'itinerario umano e intellettuale di Giorgio Barone Adesi

ABSTRACT – This essay is about university career and the brilliant and innovative works of Barone Adesi, full professor in Roman law and and Byzantine law. Indeed, he desires to return to Calabria, a bridge between East and West promontory on the Mediterranean, that role of place of peace, as "City of the sun", as imagined by Tommaso Campanella, which would bring us back and bring us back to a new humanity.

KEYWORDS – Roman law, Byzantine law, legal knowledge, religious dialogue.

**Dalla *Res Publica christiana* alla *Res Publica humana*:
l'itinerario umano e intellettuale di Giorgio Barone Adesi****

Ricordare in questa sede ove si è sviluppata più intensamente e proficuamente la ricerca scientifica, accademica ed umana del prof. Giorgio Barone Adesi ci consente di scambiarcene vicendevolmente il grande dono che sono stati i suoi studi e di trasmetterlo a futura memoria, non solo a queste istituzioni culturali universitarie della Calabria, e di Catanzaro, e non soltanto alla Chiesa universale - e per questo cattolica e, quindi, a tutte le Chiese che possano essere segno, più di quanto lo siano ancora oggi, di quell'unità cui sono state sempre chiamate e che sola può rendere possibile l'unità della famiglia umana - ma a tutta la comunità umana. Collaborare con lui nell'ottica di avvicinare il mondo della ricerca universitaria alla Chiesa e alla società civile ci ha consentito di sviluppare negli anni tante iniziative come «I colloqui dionisiani», l'«Osservatorio sulle libertà religiose nell'area euromediterranea», o la «Bibbia sulle strade dell'uomo», iniziative che muovevano dal desiderio di restituire alla Calabria, ponte tra Oriente ed Occidente - come richiama anche il titolo della collana che ospita gli scritti

* Professore ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Il contributo, non sottoposto a valutazione, riproduce e amplia, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta in occasione del Convegno di Studi per la presentazione del volume *Il diritto romano nella legislazione degli imperatori cristiani. Scritti di Giorgio Barone Adesi* (a cura di M. Carbone, O. Licandro, I. Piro; 2019), organizzato dal Centro di ricerca "Laboratorio di storia giuridica ed economica" dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro, presso il Campus universitario "S. Venuta", il 27 novembre 2019.

di Giorgio Barone Adesi¹ -, promontorio sul Mediterraneo, quel ruolo di luogo di pace, quale «Città del sole», come immaginata da Tommaso Campanella, che ci riportasse e ci riporti ad una nuova umanità.

O, ancora, segnaliamo l'impegno del prof. Barone Adesi sul versante del dialogo ecumenico e interreligioso, come pure viene riconosciuto da tutte le comunità religiose e dai loro rappresentanti.

Anche per quanto riguarda il dialogo fra culture e religioni diverse, tra il diritto romano e il diritto vivente, il prof. Barone Adesi è testimone lucente, essendo lui stesso la conferma vivente ed attiva, e lo sarà per tutto il tempo che ci auguriamo sia lungo in cui continuerà i suoi studi, della necessità di ascoltare le ragioni degli altri, senza prevaricare alcuno in forza delle ragioni proprie e per *ri-trovare* il senso del dialogo continuo fra le diverse famiglie culturali e i diversi saperi giuridici e religiosi.

Della parabola umana ed accademica di Giorgio Barone Adesi vogliamo oggi offrire alcuni frutti, fra i tanti, della sua produzione, che segnano non solo un punto altissimo della sua ricerca, che gli studiosi del diritto romano e di quello bizantino, si ha il dovere di custodire e far fruttificare, ma, come prima abbiamo indicato, una testimonianza cui si è chiamati tutti gli operatori della conoscenza nelle istituzioni universitarie, a coniugare ricerca scientifica ed innalzamento e crescita umana, nei termini, se mi è consentito, di avvicinare le ragioni dell'intelligenza a quelle del cuore, ovvero, quelle che portano lo studio faticoso e mai sazio a disporsi all'incontro con gli altri, con empatia e con tenerezza.

Il primo frutto offerto alla nostra odierna riflessione lo cogliamo dal saggio pubblicato nel 1700° anniversario dell'Editto di Milano e pubblicato negli scritti in onore di Giorgio Barone Adesi: "Libertà religiosa e convivenza

¹ Cfr. M. CARBONE, O. LICANDRO, I. PIRO (a cura di), *Il diritto romano nella legislazione degli imperatori cristiani. Scritti di Giorgio Barone Adesi*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2019.

delle religioni: nell'editto di Milano e negli indirizzi legislativi costantiniani”².

Già nella premessa al Suo saggio, Giorgio si pone nell'ottica dello studioso che si mette in gioco per ritrovare faticosamente le ragioni che consentono di modificare la prospettiva verso cui sembra orientarsi il diritto e la società.

Avvertiva, infatti, come “nell'odierna società globalizzata la radicale contestazione della convivenza religiosa non appare ormai circoscrivibile ad aree geografiche dove minoranze continuano a rimanere indifese da violente aggressioni effettuate da maggioranze decise ad eliminarle”³. E, ancora, constatava “come, nonostante la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, trovino incontrastato sviluppo movimenti fondamentalisti, - e individuava questi in tutte le religioni, compresa la cattolica - concordi nella distruzione della libertà e della convivenza religiosa, d'altronde non tutelata dall'emarginazione della religione rilevabile nelle società secolarizzate”⁴. Individuava questi movimenti fondamentalisti in tutte le religioni, comprese la cattolica. E proseguiva, come a segnare quanto sia fragile, mai lineare, il rapporto con cui le maggioranze entrano in rapporto con le minoranze, anche nell'ambito della libertà religiosa: “ad affrontare le sfide odierne poste dai fondamentalismi, non rispondono le garanzie accordate alla libertà religiosa individuale nel corso della tormentata esperienza storica contrassegnata da persecuzioni volte ad eliminare le minoranze, escluse dal godimento di diritti riservati ai fedeli delle confessioni maggioritarie”⁵.

La lettura storica e giuridica degli Accordi raggiunti a Milano nel febbraio del 313 dagli augusti Costantino e Licinio, che determinarono le disposizioni pubblicate a Nicomedia il successivo 13 giugno, consente all'A.

² M. CARBONE, O. LICANDRO, I. PIRO (a cura di), *Il diritto romano nella legislazione...*, cit., 471 e ss.

³ *Ivi*, 474.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

di coglierne tutto il portato innovativo e rivoluzionario, introducendo il principio con il quale la *potestas* autocratica non avrebbe potuto, da lì in avanti, in alcun modo discriminare i sudditi su base religiosa. L'autorità imperiale giunge a riconoscere alla ragione e alla volontà di ogni singola persona la libertà di decidere quanto afferisce alle *res divinae*⁶.

A rasserenare l'impero religiosamente lacerato si introduceva un altro principio secondo cui ogni suddito avrebbe potuto seguire la disciplina e la religione preferita. La legittimazione cristiana implicava, pertanto, la generale estensione del provvedimento a tutti i culti, nella prospettiva di promuovere la pacifica convivenza.

Così, come notava l'A., non soltanto Eusebio e Lattanzio, ma anche l'odierna storiografia rileva la straordinaria estensione riscontrabile nel conferimento della libertà religiosa non unicamente ai cristiani ma ai seguaci di tutte le *religiones* professate nella *res publica romana*.

Sul versante del diritto delle libertà religiose, vi sono stati quanti hanno ritenuto come l'editto di Milano del 313 abbia segnato il passaggio dalla intolleranza ecclesiastica all'intolleranza civile, armando il potere civile "di tutti i mezzi coercitivi di cui...poteva disporre". Questa l'opinione autorevole del giurista Francesco Ruffini, padre nobile del diritto statale del fattore religioso, il quale indicava l'editto di Milano come "uno degli eventi più imponenti e più tremendi nella storia dell'umanità"⁷.

Giorgio Barone Adesi conosce bene la lezione della storia e ben ha saputo analizzare come l'editto di Milano costituisca un *initium libertatis* dell'uomo moderno, un *initium* persino della laicità dello Stato, sebbene, e lo riconosce lo stesso A., richiamando quanto dichiarato da Scola, già arcivescovo di Milano, intervenuto alle celebrazioni, quell'Editto sia stato,

⁶ *Ivi*, 21.

⁷ F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992, 87-88.

nel complesso e per un futuro ancora lontano che avviasse principi fondati sulla tolleranza civile e religiosa, un “inizio mancato”⁸.

E così, quanto alle violenze ed atrocità attribuite all’augusto, esse, quasi volendo attenuare e responsabilità personali di Costantino, vi è stato chi le ha voluto ascrivere all’esercizio della funzione imperiale, riducendo, quasi, le responsabilità personali di Costantino⁹. Così, l’A. si interrogava sulla fine dell’era costantiniana, e sulla scia del teologo e medievista francese Chenu¹⁰, riteneva che rientrano nell’era costantiniana tutte le epoche caratterizzate dagli indirizzi politici-religiosi ascritti al primo legislatore cristiano.

Ancora con Chenu possiamo, in questa sede, esprimere un giudizio complessivo sull’era costantiniana dichiarando che la sua fine è stata segnata dal Concilio Vaticano II. E sebbene si tratta di un Concilio mai attuato, anzi, persino ostacolato e, quasi rimosso, dalla coscienza ecclesiale, ritengo che nella vita della Chiesa contemporanea la grande novità sia costituita da Papa Francesco che si pone nella prospettiva concreta di accompagnare la Chiesa a rendere concreto ed attuale il messaggio del Vangelo e a riconsegnare al Popolo di Dio la freschezza del Concilio Vaticano II, per restituire una primavera di novità e di umanità alla Chiesa e alla società contemporanea¹¹.

⁸ Cfr. A. SCOLA, *Dall’Editto di Milano una nuova storia per la fede*, in *Avvenire*, 6 dicembre 2012 (<https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/libertareligiosascola>).

⁹ M. CARBONE, O. LICANDRO, I. PIRO (a cura di), *Il diritto romano nella legislazione...*, cit., 497.

¹⁰ Cfr. M.D. CHENU, *La fin de l’ère constantinienne*, in J.P. DUBOIS-DUMÉE *et al.*, *Un concile pour notre temps*, Aubin, 1961, 59-87.

¹¹ Su questi temi sia consentito richiamare: 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, pp. 1-48; 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, Chiese e pluralismo confessionale*, 28/2018, 1-14; A. MANTINEO- L. M.

Solo poche altre considerazioni voglio offrire in questa sede del pensiero profondo e sempre attuale del prof. Giorgio Barone Adesi.

Lo ritroviamo nel saggio “Cittadinanza e religione nell’Europa ortodossa”¹². Esso si collega non solo idealmente ai risultati offerti nel saggio precedente, su “La libertà religiosa e la convivenza religiosa”, ove aveva segnalato che “mentre l’occidente cristiano, cattolico e riformato, criticasse l’ “età costantiniana” contrassegnata da lunghi secoli di guerre di religione e condanne a morte di eretici, l’oriente ortodosso affronta il problema della ricostruzione in paesi *post*-comunisti dei rapporti tra stato e chiesa ortodossa, custode tradizionale dell’identità religiosa nazionale”¹³. L.A. confidava ed auspicava, in quel lavoro, l’incidenza che era lecito attendersi dal Grande e Santo Concilio della Chiesa ortodossa, nel 2016 a Costantinopoli.

I Paesi dell’Est Europa, anche quelli che sono entrati di diritto nell’Unione europea, dovrebbero essi stessi ricevere molta più attenzione, da parte degli osservatori politici, e, soprattutto, da parte degli studiosi¹⁴, che consenta di analizzare con cura e equilibrio, come sempre mostrato dal nostro A., quel vasto continente dell’Est Europa così vicino eppur ancora così sconosciuto, che sarà determinante per costruire la pace e il dialogo fra Nord e Sud del mondo, nel medio oriente, e per comporre una Europa unita nella diversità.

Anche nelle occasioni dolorose e problematiche con cui la Chiesa ortodossa d’Oriente ha mostrato come ragioni non religiose, ma politiche ed economiche, talvolta eterodirette e condizionate dalle grandi potenze

GUZZO (a cura di), *Il Papa venuto dalla “fine del mondo” per la Chiesa del terzo millennio*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019.

¹² M. CARBONE, O. LICANDRO, I. PIRO (a cura di), *Il diritto romano nella legislazione...*, cit., 503 ss.

¹³ *Ivi*, 501.

¹⁴ Sul punto, per tutti, si veda G. CIMBALO, *Confessioni e comunità religiose nell’Europa dell’Est, pluralismo religioso e politiche legislative degli Stati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 8/2019, 1-120.

mondiali, le quali appaiono fomentare la divisione, lo smembramento, la stessa unità della Chiesa ortodossa, non certo in ragione dell'autocefalia, che pure rimane un segno di collegialità, ci aiuta nel comprendere meglio la complessità di quei problemi, la profonda analisi del prof. Barone Adesi.

Del lavoro "cittadinanza e religione nell'Europa ortodossa", ci piace richiamare, quello che l'A. indicava già alcuni anni fa, come la vera missione della Chiesa, anche per il contributo che può e deve dare quella ortodossa: la libertà, la fraternità, l'amore, tra i popoli e a soppressione di discriminazioni razziali o di altro genere, oltre la cura del creato, su cui le Chiese ortodosse, anche prima di quella cattolica, hanno mostrato grande sensibilità, come sul rispetto umanitario dei popoli migranti. Questi auspici e questo impegno della Chiesa ortodossa appaiono tanto più urgenti oggi, a fronte di regimi politici che anche nell'Est propongono politiche securitarie improntate da chiusure nazionaliste, da rigurgiti autoritari, dalle chimere di traguardi economici a discapito di diritti universalmente riconosciuti.

Gli ultimi spunti nella breve ricostruzione che qui è stata svolta li vorremmo ricavare da un altro interessante ed originale lavoro di Giorgio Barone Adesi, sull' "Ecclesia catholica in republica: sulla configurazione etnica delle ecclesiae dei barbari stanziati nell'impero romano".

Al di là dei tanti meritori elementi che lo studioso di diritto romano e di diritto bizantino offre agli addetti ai lavori, ci pare che esso presenti molti aspetti utili per una lettura della contemporaneità.

In particolare, merita che venga rilanciata, proseguita, approfondita e rinnovata la riflessione, in quel lavoro avviata, sulla dimensione della *respublica romana* e sul tentativo avviato già da Costantino di "romanizzare" l'*ecclesia catholica*. Lo storico, segnala, tra l'altro, come le *ecclesiae* formate da barbari cristiani, trovassero riscontro nelle liste episcopali del concilio niceno del 325, dove venivano ricordati vescovi dei beduini arabi, della Gotia e della Persia.

Qui, e non vorremmo stravolgere le ricerche preziose di Giorgio Barone Adesi, anche rispetto ai suoi approdi scientifici, ci pare sia questo il

tempo in cui dalla *civitas christiana*, siamo chiamati tutti a costruire la *civitas humana*. Una civiltà che ci faccia riconoscere tutti costituiti della stessa terra, da cui siamo stati generati e che dobbiamo custodire e di cui dobbiamo avere cura e, perciò, tutti umani.

Richiamo qui tra i tanti il pensiero di Luigi Ferrajoli, l'illustre filosofo del diritto che a fronte dei drammi della contemporaneità, fra tutti quello delle emigrazioni planetarie, ci riporta alla necessità di immaginare la costruzione di una costituente dei migranti, che, facendo tesoro delle istanze dei poveri della terra, e fra questi, quelli degli emigranti, sappia riscrivere una nuova costituzione mondiale, fondata su diritti umani universali¹⁵.

Le scienze giuridiche sapranno raccogliere questa sfida?

Barone Adesi, nei suoi tanti anni di studio e di ricerca, questo merito lo ha guadagnato e oggi, nel mio modesto intervento, lo ho voluto con voi condividere.

¹⁵ Cfr., in particolare, L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

LUCA LOSCHIAVO

Il ruolo del giurista oggi e la necessità di ripensarne la formazione

ABSTRACT – The profound social transformations of our time require a serious reflection on the need to rethink the legal training; this is particularly urgent given the significant role played by those who practice the legal profession. The present work intends to offer an insight into the manifold problems faced today by the legal profession in a complex society.

KEYWORDS – History of law, legal interpretation, administrative law, Alf Ross, Ulpian.

Il ruolo del giurista oggi e la necessità di ripensarne la formazione**

1.

Non è raro che i giuristi tornino di tanto in tanto a interrogarsi circa il modo in cui debba avvenire la loro formazione. L'epoca che s'è aperta con la fine del secondo millennio – un'epoca, si dirà, dai contorni piuttosto incerti – non fa certo eccezione. La discussione – stimolata anche dal rapido succedersi in questi anni di riforme e controriforme dei corsi di studio universitari – è aperta più che mai. Come al solito, ai *laudatores* dei tempi che furono si contrappongono i sostenitori del cambiamento i quali, compatti quando si tratta di denunciare le storture del “vecchio regime”, si dividono però in mille rivoli quando si tratti di immaginare “il nuovo”. Non m'è riuscito di sottrarre me stesso alla tentazione di partecipare al dibattito. L'ho fatto organizzando un convegno che si è celebrato due anni fa e i cui atti sono disponibili in rete in accesso gratuito¹ e torno a farlo ora, con queste poche pagine, occasionate da un inatteso quanto stimolante invito

* Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Teramo.

** Contributo non sottoposto a valutazione.

¹ Alludo al convegno *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, promosso dall'Istituto Emilio Betti e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre e celebrato nei giorni 19 e 20 gennaio 2017. L'omonimo volume di atti, a cura di B. PASCUTA e L. LOSCHIAVO, uscito per le edizioni RomaTrE-Press (Roma 2018), è disponibile anche come e-book, appunto in *open access*, sul sito romatrepress.uniroma3.it all'interno della collana 'La cultura giuridica'.

che alcuni docenti di diritto tributario hanno voluto gentilmente rivolgermi².

A me pare che la discussione sulla migliore formazione dei giuristi del futuro non possa oggi esser disgiunta da una serena considerazione del ‘peso’ che i giuristi stessi rivestono nell’odierno contesto sociale. Un ‘peso’ che certamente non è più il medesimo che si poteva apprezzare una o due generazioni fa. Vorrei allora provare a svolgere alcune riflessioni che toccano in particolare tre punti: la crisi che sta vivendo la figura del giurista genericamente inteso e il ridimensionamento – un vero e proprio svilimento direi – che ha subito il suo ruolo in questi ultimi decenni; le conseguenze che su un piano generale questo produce e rischia di produrre ancor più negli anni a venire e, infine e soprattutto, quali potrebbero essere le strade da percorrere per uscire da tale crisi ed evitare i rischi connessi. Com’è facile comprendere sin da ora, il discorso finirà inevitabilmente con l’agganciare il tema della formazione dei giovani giuristi.

Si tratta certamente di problemi che coinvolgono ogni giurista, al di là dello specifico settore disciplinare da questo principalmente coltivato. Sono però anche problemi assai ampi e complessi e sono consapevole del fatto che le mie considerazioni potranno a taluno apparire troppo sintetiche e persino semplicistiche. Confido tuttavia che, pur nella sintesi e nella semplificazione, rimanga nondimeno qualcosa di vero e di utile.

2.

Si può dunque partire dalla presa d’atto dello stato di crisi che da qualche decennio caratterizza la giurisprudenza, intesa questa non solo come scienza del diritto ma anche e soprattutto come componente

² Mi riferisco al seminario *Tendenze e metodi della ricerca nel diritto tributario* organizzato dall’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario (AIDPT) tenutosi a Roma il 12 luglio 2018 presso l’Università LUISS.

fondamentale e necessaria di uno stato di diritto, come forza attiva capace di indirizzare la convivenza degli individui e dei gruppi sociali in maniera pacifica e organizzata (i romani avrebbero detto *ad iure vivendum*, distinguendo così la vita all'interno di una *civitas* da una qualsivoglia società che a loro sarebbe sembrata barbarica).

Ce ne fosse bisogno, un chiaro sintomo che le cose vanno male può facilmente riconoscersi nel calo generalizzato che soprattutto nell'ultimo periodo – a parte qualche eccezione – ha caratterizzato l'andamento delle immatricolazioni ai corsi di laurea in giurisprudenza nel nostro Paese³.

Personalmente non è tanto il dato quantitativo a preoccuparmi, quanto invece il profilo qualitativo. Tra coloro che escono dalle scuole secondarie con le note migliori sono sempre in numero minore quelli che intraprendono studi in giurisprudenza. I diplomati più bravi preferiscono evidentemente altri percorsi formativi che ritengono più adatti a soddisfare le loro legittime ambizioni. Ho l'impressione che, nel medio termine, ci si debba perciò rassegnare a un abbassamento medio del livello qualitativo dei futuri giuristi.

Tra i possibili motivi del calo di *appeal* che interessa gli studi di diritto, quello di più immediata comprensione riguarda il convincimento, sempre più diffuso, secondo cui la laurea in giurisprudenza offrirebbe oggi sbocchi occupazionali limitati e poco gratificanti. E, in effetti, tutti sappiamo che le carriere professionali tradizionali (avvocatura e notariato, soprattutto, perché la magistratura meriterebbe un discorso a sé) sono intasate ed è quindi naturale che s'immaginino assai più difficili gli approdi verso posizioni lavorative ritenute appaganti sotto il profilo economico e del prestigio sociale.

Ad allontanare i ragazzi dai corsi di diritto, vi è però, a mio avviso, almeno un altro importante elemento ed è la differente considerazione

³ Si veda, a questo proposito, l'analisi quantitativa contenuta nel contributo di A. BANFI al volume di atti citato a n. 1.

sociale di cui oggi giorno gode il giurista: una considerazione che è oggi assai più negativa che in passato. Qui il discorso deve farsi un po' più articolato.

3.

È, direi, soprattutto dalla fine degli anni Ottanta del secolo passato che, in Italia, i giuristi in genere hanno cominciato a godere di una stampa tutt'altro che positiva. Nella percezione che a me pare comune a larghe fasce della popolazione attiva (penso soprattutto agli imprenditori medi, piccoli e piccolissimi), il giurista che lavora nel pubblico (il funzionario statale, l'amministratore pubblico, il magistrato) è avvertito da quelle che amano definirsi le "forze trainanti del Paese" come un freno rispetto alle "energie positive" espresse dalla società: chi, per mestiere, usa argomentazioni giuridiche è percepito come uno che, sollevando "inutili questioni di principio", mette i bastoni fra le ruote, crea ostacoli che artatamente bloccano, rallentano o rendono più costose operazioni altrimenti vantaggiose. Spesso, addirittura, si riconosce in chi maneggia gli strumenti giuridici l'origine prima dei processi corruttivi: sarebbe infatti proprio il giurista-burocrate a creare appositamente quegli ostacoli, rendendo con ciò inevitabile il ricorso a strategie "grigie", vale a dire "scorciatoie" o percorsi "aggiranti".

Passando dal pubblico al privato, il giurista che veste i panni dell'avvocato, del consulente giuridico, del tributarista, viene invece visto come il possibile risolutore di questo genere di problemi: colui che può aiutare a superare gli ostacoli sollevati della burocrazia. Eppure, in qualche modo, neanche questo professionista si sottrae al giudizio negativo: anch'egli, infatti, trae alimento da questo sistema il quale rende l'operare dell'imprenditore così inutilmente difficile e tremendamente dispendioso.

4.

Nemmeno, però, se si sale a un livello più alto, l'opinione che si ha dei giuristi migliora. Credo si possa essere d'accordo sul fatto che il giurista – che pure ha accompagnato in maniera assai significativa lo svolgimento della vita repubblicana nei suoi primi decenni a partire dalla stesura della Carta fondamentale – è oggi praticamente estromesso dalla “stanza dei bottoni”. Se vi entra, lo fa solo in quanto “tecnico”, in quanto, cioè, chiamato a escogitare quelle soluzioni legislative che rendano attuabili decisioni prese da altri. In genere – voglio dire – il giurista non partecipa quasi più alla fase progettuale, quella che ispira e orienta il processo decisionale del governo politico. Sempre più quel ruolo di progettazione e orientamento, necessario a riformare il vecchio e creare il nuovo, è invece occupato da personaggi che provengono da iter formativi diversi e sono portatori di altri saperi: economisti, statistici, aziendalisti, ingegneri, sociologi, politologi, esperti della comunicazione.

5.

In parte – è vero – questa situazione si deve alla drastica riduzione dei tempi della politica: siamo ormai abituati a una campagna elettorale permanente che lascia ben poco spazio per progetti di riforma a lunga scadenza e contenuti “di grande respiro”. Ci si limita per lo più a politiche di puro “galleggiamento” e a risposte di tipo emergenziale. Non è un caso che non si riesca ad affrontare con serenità e serietà problemi di grande rilievo giuridico che andrebbero invece discussi con urgenza: dal venir meno della centralità dello stato e della legge statale (minacciate dalla duplice spinta delle autonomie localistiche e della globalizzazione dei processi economici), al necessario ripensamento del concetto giuridico di famiglia (non più

rispondente a quello socialmente percepito⁴), alla riconsiderazione di taluni valori costituzionali che vengono oggi avvertiti con molta minore urgenza di altri che nel 1946 (quando l'Assemblea Costituente cominciava le sue riunioni) erano poco o affatto considerati: si pensi, per fare qualche esempio, a come sia mutato l'atteggiamento comune di fronte alla tutela del lavoro⁵, alla libertà di stampa⁶ – che, dopo Internet, interessa assai meno della tutela della riservatezza – alla tutela dell'ambiente e dei beni primari come l'acqua e lo stesso territorio, si pensi alla generalizzata convinzione circa l'insostenibilità del welfare...).

Vi è però sicuramente dell'altro. A spingere il giurista ai margini delle sedi decisionali (basta osservare come si sia ridotta rispetto al passato la percentuale dei giuristi presenti in Parlamento), ha probabilmente influito anche il fatto che, in questi ultimi decenni, e per motivi che non è difficile comprendere, le forze politiche abbiano cominciato a “inseguire” e a farsi interpreti di quelle parti sociali di cui si diceva e che, appunto, non nascondono la loro insofferenza per il giurista e ciò che esso rappresenta (le regole e il loro necessario rispetto).

Qualche autorevole personaggio ha anche provato a suggerire che la colpa debba in parte addebitarsi agli stessi giuristi, i quali non avrebbero oggi il medesimo “peso specifico” che avevano quelli delle passate

⁴ Se l'art. 29 recita «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società fondata sul matrimonio...», pochissimi oggi, in Italia, ritengono che le unioni costituite al di fuori del vincolo matrimoniale (il cui numero è da anni in costante crescita) non siano vere famiglie e non meritino di essere anch'esse tutelate.

⁵ Si consideri il tenore degli artt. 35 («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni...») e 36 («Il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera dignitosa...») e lo si valuti oggi, di fronte all'esplosione del lavoro precario, al lavoro nei *call center* e a quello dei *riders* (i servizi di consegne a domicilio).

⁶ Art. 21: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure...».

generazioni (in sostanza: i giuristi di oggi “non peserebbero” perché intrinsecamente “leggeri”, non sarebbero cioè all’altezza di quelli del passato).

Se così fosse, quella tendenza all’abbassamento del livello qualitativo cui facevo riferimento prima sarebbe già in atto e, a maggior ragione, ci si dovrebbe interrogare con urgenza circa la bontà del sistema con cui i giuristi vengono formati (ci arrivo tra un momento).

6.

Per chi come me fa anche lo storico (o meglio: prova a fare lo storico del diritto) e si sforza di leggere i fenomeni sociali nel lungo periodo, si tratta in fondo di riconoscere semplicemente un mutamento in atto. Nel ruolo di “consiglieri del re”, i giuristi sarebbero ora sostituiti da altre figure con differenti specifiche competenze. La sostituzione della vecchia classe dirigente con una nuova caratterizzata da un differente impianto culturale e valoriale non è un fatto eccezionale: non sarebbe certo il primo avvicendamento di tal genere nella storia e potrebbe anche non essere un male (se non, ovviamente, per chi esce dal gioco e cioè gli stessi giuristi...).

È allora il caso di valutare serenamente quali siano gli effetti di tale avvicendamento. Ebbene, se si analizzano le risposte che la nuova classe dirigente, figlia di questo mutamento epocale, è stata capace di approntare negli ultimi decenni relativamente ai gravi problemi con cui è stata chiamata a confrontarsi, sarebbe difficile negare che essa si è rivelata sostanzialmente inadeguata. È un fatto oggettivo – e generalmente percepito, al di là delle conferme che offre l’ISTAT – che nell’Italia degli anni Ottanta del Novecento si vivesse assai meglio che non in quella odierna, mentre in altre nazioni europee – inserite quindi grosso modo nello stesso contesto geo-politico – si vive certo meglio ora che allora. Se ho parlato di classe dirigente e non di classe politica è perché sarebbe ingiusto – lo dico qui tra parentesi ma

bisogna pure che lo dica – attribuire ai soli rappresentanti politici (assistiti dai tecnici-giuristi) tutta la responsabilità di questo stato di cose. Mi pare infatti che una parte importante di tale responsabilità vada invece attribuita al mondo dell’alta imprenditoria italiana. Quest’ultima, se per un verso non ha certo mancato di condizionare fortemente le politiche dei governi che si sono succeduti, sul piano della competizione internazionale, ha collezionato per decenni una serie abbastanza impressionante di sconfitte (mi basta ricordare Montedison, Parmalat, Buitoni, Ignis, Zanussi, Olivetti, Standa, Monte dei Paschi, Alitalia, Italtreno, Ilva...).

Tornando a ciò che qui interessa, penso si possa dunque dire che il ridimensionamento del ruolo dei giuristi (o la loro sostituzione) non ha affatto avuto esiti positivi per il Paese. Probabilmente – almeno questa è la mia convinzione – ciò si deve in buona misura anche al diverso *background* culturale delle nuove figure cui si chiede ora di progettare le soluzioni di cui si avrebbe bisogno. Quanti provengono da percorsi formativi “non giuridici” (in particolare quello economico-finanziario e quello aziendalistico, appunto) affrontano ottimamente un certo tipo di problemi (latamente economici o anche di programmazione socio-economica), ma – fatte salve naturalmente importanti eccezioni – non sono in genere in grado di dare adeguate risposte quando si tratta di affrontare questioni che affondano più profondamente nella dimensione sociale (per fare qualche esempio: la (de)crescita della popolazione e il suo contemporaneo invecchiamento; la salvaguardia delle minoranze di fronte alle politiche “massificanti” imposte dai poteri economici; una gestione equa e lungimirante delle risorse naturali che consideri il loro progressivo esaurimento; il recupero qualitativo (cioè culturale) dell’assai decaduta istruzione pubblica; la resistenza alle pulsioni irrazionali, soprattutto quando incentivate e cavalcate dai movimenti politici, per non parlare del fenomeno epocale dell’immigrazione...).

7.

In linea di principio, verrebbe da dire, sarebbe dunque auspicabile che i giuristi riacquistassero il ruolo che avevano in passato o comunque che andassero a colmare i vuoti dell'attuale classe dirigente che pure sono evidenti. Un semplice ritorno al passato non sarebbe però una soluzione sufficiente (e probabilmente nemmeno praticabile). Occorre invece che si faccia avanti una nuova figura di giurista. Senza per questo perdere la sua specificità, il giurista deve quindi a sua volta rinnovarsi, arricchire le proprie competenze, allargare la propria visuale e abituarsi al confronto dialettico con altri saperi e altre culture. Il percorso formativo – in altre parole, i nostri corsi in giurisprudenza – va in questo senso ripensato.

Prima ancora, però, di dedicarsi a questo compito, per evitare di ripetere errori già fatti in passato, è necessario aver ben chiaro in mente chi sia il giurista, cosa da lui si voglia e a quale fine debba egli rivolgere i suoi sforzi. Ecco un punto importante che non bisognerebbe perdere di vista: qual è, in sostanza, il fine che deve perseguire il giurista?

A proposito di errori da non ripetere, val qui la pena di ricordare come, a partire dagli anni Sessanta del Novecento – prima nel mondo anglo-americano poi anche nell'Europa continentale – si sia affermata l'idea che il giurista è soprattutto un tecnico. Insomma, come ebbe a scrivere efficacemente Alf Ross, forse il principale esponente del razionalismo scandinavo, chiudendo il suo *On Law and Justice* nel 1958, il giurista deve «operare quanto possibile come un tecnico razionale. In questo compito egli non è né conservatore né progressista. Come gli altri tecnici, egli si limita a mettere il suo sapere e la sua arte a disposizione di altri, in questo caso di chi tiene le redini del potere politico»⁷. Questa visione, secondo cui il giurista non deve farsi portatore di contenuti e di istanze, ma essere invece strumento dell'azione politica, astenendosi da qualunque tentativo di

⁷ Cito dall'edizione italiana curata da G. GAVAZZI: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, p. 358.

influenzarla, si è imposta da tempo in maniera generalizzata. In precedenza ho già accennato al fatto che è solo in questa veste che il giurista viene ancora invitato a sedere nelle stanze del potere.

Come già da qualche anno gli epigoni americani di Ross hanno cominciato ad ammettere, questa impostazione non è stata foriera di grandi risultati ed è anzi all'origine di gravi incomprensioni. Su un piano logico anzitutto. Il tecnico è abile a risolvere i problemi per i quali è stato preparato. Quale sarà però la sua risposta quando venga posto di fronte a problemi che non conosce perché insorti quando questi aveva ormai ultimato il suo iter formativo? Non sarebbe allora meglio abituare il giurista in formazione al ragionamento giuridico più che alla meccanica soluzione di casi già dati? Se poi, dal piano logico si passa a quello della realtà storica, non è difficile riconoscere come nelle società occidentali il diritto si sia fatto strumento non del potere politico democratico (Ross, naturalmente, aveva in testa i governi delle democrazie occidentali), bensì di quello economico-finanziario. E in ciò il diritto ha finito col negare sé stesso: non un sistema di pesi e contrappesi, di tutele e garanzie, ma uno strumento atto a legittimare e consolidare posizioni di forza. L'ideale della *civitas* – che è civile appunto perché la convivenza al suo interno è garantita dal diritto contro abusi e prevaricazioni – è stato sacrificato a quello dal progresso del mercato, all'idea, cioè, che il più debole non possa che soccombere darwinianamente di fronte al più forte.

Voglio resistere alla tentazione di evocare a questo punto quale possibile soluzione il ritorno a quell'immagine che da Ulpiano è passata nelle prime righe del Digesto di Giustiniano e che ci presenta il giurista come quel sacerdote che, con devozione, si dedica ad amministrare l'arte di ciò che veramente è buono e giusto (e resisto pure alla tentazione di ricordare che Ulpiano, anticipando Ross di qualche millennio, si era effettivamente messo a disposizione del potere rimanendo a lungo “primo ministro” dell'imperatore Severo Alessandro, salvo poi essere ucciso dai sicari di questo per aver resistito a qualche pretesa imperiale).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

JOHN KOMLOS - SALVATORE PERRI

Le ragioni sociali ed economiche dell'ascesa di Trump

ABSTRACT – All five US administration since Ronald Reagan became president in 1981 accept policies based on low taxes that included an enormous windfall for millionaires. In addition, their “supply-side” policies were based on market liberalization, hyperglobalization, and propping up the financial sector through the bailouts of 2008. However, these policies failed. The consequence was the “hollowing out” of the middle class that included a growth of indebtedness and the swelling of impoverished and depressed people leading to a substantial rise of “deaths of despair” that includes suicides and opioid overdose. The rich have become powerful enough to influence the dominant ideology and to support further tax reduction adding to the public debt which is now above 100% of GDP. Democrats also neglected the suffering of the people in the Rust Belt. Consequently, the victory of Donald Trump has deep social and economic causes, it is an illogic response to a real problem.

KEYWORDS – Socio-Economic dynamics, Voting behaviour, Economic policies, US, Donald Trump.

Le ragioni sociali ed economiche dell'ascesa di Trump ***

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *L'origine: il Reganismo* - 3. *Gli effetti economici del Reganismo* - 4. *Un altro passaggio cruciale: gli effetti della Globalizzazione economica* - 5. *La continuità con George W. Bush e la speranza tradita con Barack Obama* - 6. *Le evidenze dello sfaldamento sociale della società statunitense* - 7. *Conclusioni: l'elezione di Trump è stato il culmine di un processo durato 36 anni.*

1. Premessa

L'ascesa del Trumpismo ha molte cause, economiche e sociali, che affondano le proprie radici in un processo storico di trasformazione della società statunitense. Le conseguenze sociali di scelte economiche interne e di dinamiche economiche internazionali hanno avuto inevitabilmente conseguenze politiche, legate alla composizione dei blocchi elettorali di riferimento dei due grandi partiti americani.

* Professore Emerito, Università di Monaco; Visiting Professor, Università della Carolina del Nord di Chapel Hill.

** Docente a contratto di Politica Economica dell'Unione Europea presso l'Università *Magna Græcia* di Catanzaro.

*** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Gli autori desiderano ringraziare il Prof. Carlo D'Ippoliti, il Prof. Vittorio Daniele e la Dott.ssa Raluca Tofan, per il contributo e i suggerimenti relativi ad una precedente versione del lavoro. Eventuali errori o imprecisioni rimangono imputabili esclusivamente agli autori.

L'elettorato statunitense si caratterizza per una forte segmentazione, stabile nel tempo, con alcuni segmenti elettorali della popolazione americana che tradizionalmente sostengono i Repubblicani. Questi segmenti sono, al loro interno, molto eterogenei, e sommano componenti religiose e altre secondo le quali il rapporto fra cittadino e stato andrebbe radicalmente ridiscusso. Si passa dagli Evangelici cristiani, alla destra con simpatie militari, ai «suprematisti bianchi» del sud, ai conservatori in senso stretto compresa l'ala più oltranzista che arriva a considerare lo stato come un nemico. Questa forma di conservatorismo rimpiange il passato rappresentato come glorioso, considera la libertà individuale nel senso più esteso del termine, si oppone alle tasse, esaltando la ricchezza individuale.

Un'America rivolta al passato in cui era più giovane, più fiduciosa, più orgogliosa di sé stessa: un'immagine che contrasterebbe con quella odierna, considerata in declino. Questo insieme eterogeneo di gruppi sociali trova un collante dalla fede nello stato minimalista, nell'individualismo aspro, nell'esaltazione del «sogno americano» e, soprattutto, nella ferma convinzione che coloro che, in una terra di libertà e opportunità, non riescono ad ottenere un qualche successo devono esserne, in qualche modo, responsabili. Secondo questa logica, chi è povero non merita sussidi o sostegno statale, né sanità, né istruzione, in una visione del mondo che ricorda molto quella originaria di Herbert Spencer.

Questo gruppo di elettori conservatori costituisce la maggioranza nella parte Occidentale degli Stati Uniti (ad eccezione di Washington, Nevada, California, Oregon e Colorado), la maggior parte delle Grandi Pianure¹ e la Confederazione - dall'Idaho attraverso il Texas e poi in Sud Carolina, un vasto tratto di territorio che copre la maggior parte del paese. Tuttavia, la popolazione di questi stati non è sufficiente per garantire la maggioranza nel Collegio Elettorale. Per raggiungere i 270 voti dei grandi elettori presidenziali necessari ad eleggere il Presidente, i repubblicani

¹ Una vasta area di pianure ad est delle Montagne Rocciose del Nord America che si estende dalle valli del fiume Mackenzie in Canada fino al sud del Texas.

hanno bisogno del supporto di alcuni stati “contendibili” o di capovolgere l’esito di alcune delle roccaforti democratiche².

Questo è esattamente quello che è successo nelle elezioni presidenziali del 2016. La vittoria in soli tre di questi stati, Pennsylvania, Michigan e Ohio, che in passato avevano votato per Barak Obama sia nel 2008 che nel 2012, ha consentito di mettere Donald Trump alla Presidenza degli Stati Uniti d’America. La Pennsylvania e il Michigan, ad esempio, non avevano votato per un presidente repubblicano dal 1988. Lo spostamento di soli 251.000 voti da Trump a Hillary Clinton in questi stati “chiave” l’avrebbe resa vincitrice. Ciò corrisponderebbe al cambiamento di voti dello 0,7% in Pennsylvania, dello 0,2% in Michigan e del 7,9% in Ohio. Questi stati sono nel cuore della c.d. “Rust Belt” che è stata colpita dal declino della produzione industriale e che non ha trovato le risposte sperate nelle amministrazioni che per decenni si sono succedute.

L’obiettivo di questo saggio è quello di delineare i fondamenti delle dinamiche sociali ed economiche che hanno alimentato le fiamme della frustrazione in una parte importante della società americana³ che è risultata essere determinante nella vittoria di Trump.

Il distacco tra istituzioni e cittadini è uno dei fattori chiave fatto crescere la frustrazione di quest’ultimi fino al punto di far scaturire un risultato solo apparentemente sorprendente, che tuttavia è frutto di una dinamica lunga e complessa. Questo processo, a partire dal Reganismo, è stato alimentato dalla globalizzazione economica, dalla rivoluzione tecnologica dell’informazione (IT) e si è concluso con la crisi finanziaria del 2008, durando di fatto tre decenni.

2. L’origine: il Reganismo

² J. ROTHWELL, P. DIEGO-ROSELL, *Explaining nationalist political views: the case of Donald Trump*, in SSRN, 2016, 1 ss.

³ J. STIGLITZ, *Globalization and its new discontents*, in *Proj. Synd.*, 2016.

La presidenza di Ronald Reagan rappresenta uno spartiacque ideologico e politico che è stato in grado di porre le basi per la trasformazione della struttura socio-economica statunitense. I suoi dettami di politica economica hanno attinto nell'ortodossia liberista e nell'applicazione delle cosiddette "politiche neoclassiche dell'offerta" declinate in senso estremo, tanto che la sua dottrina di politica economica ha preso proprio il nome specifico di "Reaganismo".

Il principio fondamentale su cui si è fondata questa dottrina è quello secondo cui tagliare le tasse dei ricchi e dei super-ricchi avrebbe determinato un aumento degli investimenti e, quindi, creato posti di lavoro. Questo iniziale vantaggio per la sola categoria dei ricchi in un lasso di tempo non ben definito avrebbe fatto "ridiscendere" i benefici "a cascata" verso le masse (teoria del trickle-down)³. Secondo queste ipotesi, la riduzione delle tasse avrebbe dovuto determinare un aumento del reddito disponibile e ciò avrebbe incentivato le persone a lavorare di più e gli imprenditori a correre maggiori rischi, alimentando in tal modo la crescita economica e dei redditi. Questa era l'ipotesi teorica che è molto utile sul piano elettorale, ma si basava su troppe assunzioni ingiustificate senza supporto né teorico né empirico⁴.

Le limitazioni concettuali di un tale approccio erano evidenti. Le persone che lavoravano a tempo pieno non avrebbero probabilmente potuto aumentare le proprie ore di lavoro, pertanto la gran parte dei lavoratori salariati sarebbero stati esclusi dai benefici della riduzione delle tasse, in termini di offerta di lavoro potenziale. I nuovi investimenti non vengono intrapresi se non in prospettiva di adeguati rendimenti; prospettive già limitate all'epoca, almeno sul piano nazionale, a causa della saturazione dei mercati e della crescente competizione dei paesi emergenti.

³ Celebre è l'utilizzo in campagna elettorale da parte di Reagan della Curva di Laffer.

⁴ B. DALAMAGAS, *Testing the validity of the Laffer-curve hypothesis*, in *Annales d'Economie et de Statistique*, 1998, 77 ss.

In aggiunta, se i ricchi avessero speso i loro guadagni aggiuntivi comprando beni di lusso esteri o viaggiando fuori dai confini statunitensi, l'effetto "a cascata" si sarebbe riversato altrove. Inoltre, in quella fase, si era agli albori della "Finanziarizzazione dell'economia"⁵. I redditi aggiuntivi potevano essere investiti in titoli di stato esteri (o domestici) e altre attività finanziarie, invece che in capitale fisico, uscendo così dal circuito strettamente produttivo. Più in generale, l'idea che il taglio delle tasse ai redditi più elevati potesse stimolare investimenti e crescita non aveva fondamenta solide.

Al contrario, esistono molte prove che siano politiche opposte a quelle Reaganiane, dirette, cioè, ad aumentare il potere d'acquisto, dei ceti meno abbienti, quelle più efficaci ad accrescere la domanda aggregata e, dunque, gli investimenti. Proprio a causa dei bassi redditi, i poveri e i ceti medio-bassi hanno una domanda «repressa» rispetto a quelli ad alto reddito; per il principio keynesiano della propensione marginale al consumo decrescente rispetto al reddito, i ceti meno abbienti reimmetterebbero, attraverso la domanda di beni e servizi, quote maggiori dei loro incrementi di reddito rispetto a quelli più abbienti che, in ogni caso, rappresentano una frazione esigua della popolazione.

Ma anche aderendo all'impostazione Reaganiana, per rilanciare l'economia, ci si sarebbe dovuti assicurare che gli investimenti ipotetici diventassero effettivi attraverso vincoli di incentivazione, e che i posti di lavoro venissero effettivamente creati, subordinando i tagli fiscali all'effettiva realizzazione degli investimenti. Oppure, tornando in ambito di politiche dell'offerta neoclassiche, si poteva migliorare la formazione del capitale umano rafforzando il sistema scolastico. In altre parole, c'erano molti modi per favorire la crescita economica con una «prosperità inclusiva», se solo le *élite* fossero state orientate al riguardo.

⁵ E. HEIN, *The macroeconomics of finance-dominated capitalism and its crisis*, Edward Elgar Publishing, 2012.

3. *Gli effetti economici del Reaganismo*

Come si è scoperto successivamente, gli effetti stimolanti dei tagli fiscali avevano la “viscosità della melassa” visto che nulla di ciò che si era prodotto in termini di aumento del reddito era “sceso” nelle classi medio-basse. Joseph Stiglitz ha sottolineato che «il presidente Ronald Reagan ha cominciato a svuotare la classe media e distorcere i benefici della crescita esclusivamente verso i vertici.»⁶. Mentre i ceti alti guadagnavano più potere, in proporzione la quota dei tagli delle tasse a loro spettanti aumentava. Il taglio delle tasse voluto da Nixon del 1971 era ancora distribuito abbastanza uniformemente tra la popolazione, mentre quello attuato dall'amministrazione Carter, nel 1977 era orientato soprattutto verso i poveri e le classi medio-basse. Con il suo Revenue Act del 1978 fu la prima volta che le classi alte ricevettero un taglio sostanziale delle tasse.

Le riduzioni delle tasse di Reagan sono state fortemente orientate verso le classi abbienti come quelle di Bush. Reagan in pratica, ha tagliato l'aliquota marginale di tassazione a metà per le classi più ricche. I repubblicani hanno distribuito ai poveri importi trascurabili, mentre i ricchi diventavano sempre più ricchi. Il taglio delle tasse del 2003 ha avuto inevitabilmente effetti regressivi. L'amministrazione Obama ha poi reso permanenti i tagli fiscali che Bush aveva varato nel 2010 e nel 2013. Allo stesso modo, il taglio delle tasse attuato da Trump verrà incentrato principalmente su coloro che guadagnavano più di 500.000 dollari annui⁷.

Per essere rassicurati, i cittadini dei ceti medi possono essere manipolati attraverso messaggi semplici che fanno presa emotivamente e, di conseguenza, anche politicamente (i cosiddetti “hot-buttons”). Ad esempio, convincendoli che i soldi che riescono a portare a casa ogni mese

⁶ J. STIGLITZ, *What America's economy needs from Trump*, cit., in *Proj. Synd.*, 2016.

⁷ A. VAN DAM, *Is the GOP tax plan an unprecedented windfall for the wealthy? We look at 50 years of data to find out*, in *The Washington Post*, 2017.

aumenteranno⁸. La promessa è più soldi per tutti. Questa affermazione era vera ma solo in parte. Quello che veniva sottaciuto è che per ogni persona del Main street, inteso come l'uomo comune della classe media, i tagli alle tasse avrebbero significato un piccolo aumento del reddito disponibile.. Ma non significava assolutamente nulla per il miglioramento delle loro prospettive a lungo termine. Invece, per i ricchi i tagli alle tasse di Reagan rappresentarono un proprio punto di svolta⁹.

Ad essi hanno portato un grande vantaggio che hanno usato strategicamente per coltivare ancora di più il loro potere economico¹⁰. Consideriamo i milionari che avevano pagato, ad esempio, 700.000 dollari in tasse e le cui tasse siano state ridotte a 350.000 dollari. Cosa avrebbero potuto fare con i loro 350.000 dollari risparmiati? Si può supporre che alcuni ne abbiano speso una parte per consumi ulteriori o per comprare titoli di stato, azioni o obbligazioni. Tuttavia, coloro che hanno investito una parte sostanziale degli incrementi di reddito nel tentativo di rafforzare la loro posizione di potere, sostenendo i gruppi di pressione (lobbying) anche attraverso la collaborazione degli economisti d'area¹¹, hanno consentito loro

⁸ T. FRANK, *What's the Matter with Kansas? How conservatives won the heart of America*, Metropolitan Books, New York, 2004. J. STANLEY, *How propaganda works*, Princeton University Press, Princeton, 2015.

⁹ J. GALABRATH, *The predator state: How conservatives abandoned the free market and why liberals should too*, The Free Press, 2008.

¹⁰ L. M. BARTELS, *Unequal democracy. The political economy of the new gilded age*, Russell Sage Foundation, New York, 2016.

¹¹ FERGUSON et al. (*Industrial Structure and Party Competition in an Age of Hunger Games: Donald Trump and the 2016 Presidential Election*, working paper in *Institute for new economic thinking*, 2018) sostiene che proprio i flussi di denaro spieghino l'elezione di Trump. Questo processo può essere spiegato proprio con l'accumulazione di ricchezza derivante dal taglio delle tasse. Tuttavia, come lo stesso Ferguson sottolinea in alcune interviste recenti, i gruppi economici che fanno capo a grandi aziende industriali stanno revocando la loro fiducia ai Repubblicani, come si è visto nelle elezioni di medio termine, a causa delle improvvise politiche di Trump sui dazi che rischiano di colpire la catena di valore all'interno degli Stati Uniti.

di alimentare e promuovere questa ideologia iperliberista¹² (la teoria dei così detti “soldi intelligenti”).

Queste considerazioni sono state poi utili per diffondere il messaggio sulla superiorità del libero mercato che viene proposto in opposizione all'intervento dello stato (concetto dello stato minimo), la deregolamentazione a tutto campo dei mercati e del commercio che includeva anche il settore finanziario¹³. Questa è stata indubbiamente una strategia di grande successo, perché ha convinto la cittadinanza anche sul piano cognitivo e ha finito per imporre un'ideologia egemone.

Ogni persona comune non era di fatto grado di separare e valutare oggettivamente il proprio interesse personale finendo sostanzialmente per sostenere quello del super-ricco. Negli anni '90 l'ideologia del libero mercato divenne così profondamente radicata nel tessuto sociale che le politiche economiche del democratico Bill Clinton cominciarono ad assomigliare a quelle dell'ala moderata del Partito Repubblicano.

I milioni di dollari di guadagni derivanti dalla riduzione delle tasse sono stati utilizzati non solo per sovvenzionare i gruppi di esperti tecnici come enunciato in precedenza, ma hanno consentito anche sostenere i politici dell'ala iperliberista. Di conseguenza, la struttura di incentivi fiscali che veniva proposta si concretizzava in proposte legislative che avrebbero aumentato ulteriormente il potere dei super-ricchi¹⁴. Così i guadagni derivanti dal taglio iniziale delle tasse hanno creato un circolo vizioso, che ha portato all'aumento del potere politico e all'ulteriore affermazione di questa visione del mondo incentrata sulla ricerca di profitti e potere.

Questa dinamica a spirale fra ricchezza e accumulazione di potere è stata sicuramente dannosa almeno quanto i tagli fiscali. Questa struttura di

¹² D. RAVITCH, *Big money rules*, The New York Review of Books, 2017.

¹³ J. HACKER, P. PIERSON, *American amnesia: how the war on government led US to forget what made America prosper*, Simon & Schuster, New York, 2016.

¹⁴ J. FAUX, *The servant economy: where America's elite is sending the middle class*, Wiley, New York, 2012.

tassazione distorta, non solo era ingiusta sul piano morale, ma non ha ottenuto nessuno dei risultati economici promessi, quali l'effetto "cascata" verso le classi meno abbienti, non ha stimolato la crescita economica, e soprattutto, ha spostato l'ago della bilancia del potere in modo permanente a favore dei ricchi e super-ricchi, minando così il presupposto fondamentale di un sistema politico democratico, cioè la frammentazione del potere. Così la plutocrazia è nata «non con il botto ma con un gemito»¹⁵.

Arthur Laffer aveva sostenuto che il taglio delle tasse avrebbe aumentato la crescita e quindi le entrate del governo: una comoda argomentazione a sostegno dell'ideologia repubblicana. Lo stesso argomento è stato ripetuto nel dibattito che ha portato alla promulgazione dei tagli fiscali di Trump, anche se non esiste nessuna prova empirica di ciò. Paul Krugman ha finito per definirla come economia "voodoo", per enfatizzare il fatto che una credenza assurda può finire per influenzare concretamente i comportamenti delle persone. I tagli fiscali di fatto non sono stati efficaci nel migliorare il sistema economico.

Al contrario, le presidenze Reagan-Bush hanno lasciato un debito raddoppiato dal 30% al 60% del PIL. Questo può essere considerato il lascito principale del Reaganismo in quanto gli americani si sono ormai abituati a un deficit di bilancio strutturale; poiché l'onere degli interessi sul bilancio federale continua ad espandersi, il debito si autoalimenta, provocando anche conseguenze sui rapporti tra Governo e Federal Reserve¹⁶. Una tendenza, quella dell'aumento del debito, non semplice da invertire: ogni generazione tenderà a trasferire il fardello del debito alle generazioni successive, ed è improbabile che un governo riesca a proporre

¹⁵ D. C. JOHNSTON, *It's even worse than you think: what the Trump administration is doing to America*, Simon & Schuster, New York, 2018. S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *How democracies die*, Crown Publishing, New York, 2018.

¹⁶ L'eccessiva espansione del credito da parte della FED nei primi anni 2000 è considerata una delle concause della Crisi Finanziaria del 2006 (P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, 10a ed., Il Mulino, Bologna, 2016).

politiche per invertire questa dinamica (poiché proposte del genere non sono premianti a breve dal punto di vista elettorale). Continuare a percorrere questa strada comporta, però, gravi rischi. Potrebbe raggiungersi un punto di rottura se Cina e Giappone non volessero più finanziare il governo americano acquistando i titoli di stato: i tassi di interesse sul debito aumenterebbero ed il paese potrebbe avere difficoltà a rifinanziarsi a tassi gestibili. Nonostante anche in questa fase gli Stati Uniti stiano riuscendo a collocare i propri titoli di stato nonostante i mancati acquisti del governo cinese, un elevato ammontare di debito rende comunque vulnerabile le finanze statunitensi dal punto di vista di shocks inattesi sul lato dei tassi, vincolando di fatto anche la gestione monetaria della FED.

Oltre ai tagli fiscali a favore dei ricchi, che hanno provocato un deficit di bilancio endemico, un altro aspetto caratterizzante della retorica di Reagan era la sua intolleranza nei confronti dei sindacati e la repressione del diritto di sciopero, come testimonia il caso dell'Organizzazione dei controllori del traffico aereo. Nel 1981 il sindacato cessò di esistere e 11.000 impiegati furono licenziati, segnando la fine dell'influenza delle grandi associazioni dei lavoratori¹⁷. Intimiditi da questo evento paradigmatico, il numero di scioperi che ha coinvolto almeno 1.000 lavoratori è diminuito da 235 nel 1979 a 17 nel 1999¹⁸ e la quota della forza lavoro sindacalizzata, ancora del 26% durante la presidenza Carter, è crollata di 1/3, ed ha raggiunto il 17% prima della fine del secondo mandato di Reagan¹⁹. Quindi si può dire che il potere sindacale può considerarsi un ricordo²⁰.

I sindacati erano stati la spina dorsale della classe media. Hanno assicurato che una parte dei profitti sarebbe dovuta andare anche ai

¹⁷ E. ARNESEN, *Encyclopedia of U.S. labor and working-class history*, 1/2007.

¹⁸ E. ARNESEN, *op. cit.* .

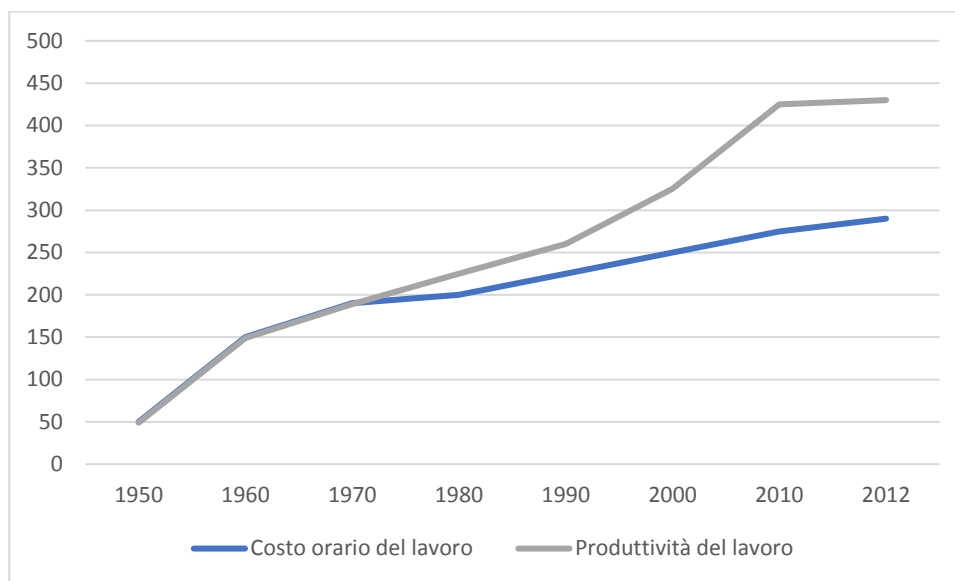
¹⁹ BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Table 1. Union affiliation of employed wage and salary workers by selected characteristics*, 2015.

²⁰ L. MISHEL, *Unions, inequality, and faltering middle-class wages*, in *Econ. Policy Institute*, 2012.

lavoratori e non solo ai dirigenti e agli azionisti. Collettivamente i lavoratori potevano minacciare di scioperare esercitando quindi un sufficiente potere contrattuale per ottenere per loro stessi un salario di sussistenza. Senza quel potere compensativo, quei lavoratori “low skilled”, ovvero quelli con un'istruzione di scuola media superiore o che avevano abbandonato gli studi, furono abbandonati a loro stessi²¹. I risultati furono devastanti in questo segmento della classe media. Il risultato è stato che la produttività è cresciuta 2,3 volte più velocemente dei salari (Figura 1) ed in termini di potere d'acquisto i lavoratori hanno perso terreno. La differenza è confluita nei profitti che sono cresciuti esponenzialmente.

Figura 1. Divario tra la produttività e il costo del lavoro

²¹ J. BIVENS, E. GOULD, L. MISHEL, H. SHIERHOLZ, *Raising America's pay. Why it's our central economic policy challenge*, in *Econ. Policy Institute*, 2014.



Fonte: S. FLECK, J. GLASER, S. SPRAGUE, *The compensation-productivity gap: a visual essay*, in *Monthly Labor Review*, 2011, 57 ss.

I primi anni '80 furono il vero punto di svolta. Fino alla presidenza di Reagan il divario tra crescita della produttività e crescita delle retribuzioni era trascurabile e durante la presidenza Carter il divario era rimasto costante a 18 punti percentuali (Tabella 1).

Tabella 1. Divario tra produttività e costo orario del lavoro, 1947=100

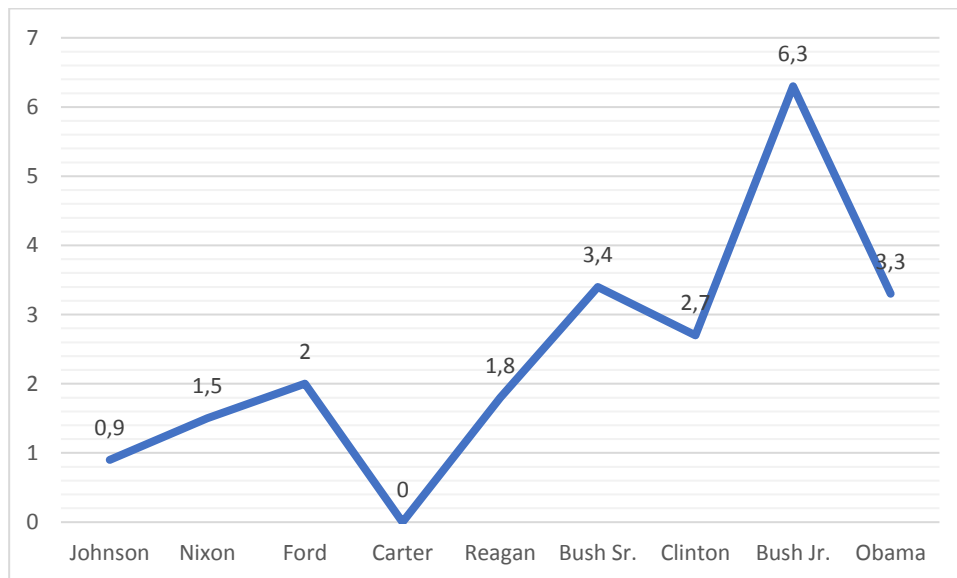
Presidente	Dimensione divario		Differenza	
	Inizio	Fine	Totale	Percentuale annuo
Johnson	0,2	4,9	4,7	0,9
Nixon	4,9	12,2	7,3	1,5
Ford	12,2	18,3	6,1	2,0
Carter	18,3	18,5	0,2	0,0
Reagan	18,5	32,6	14,1	1,8
Bush Sr.	32,6	46,1	13,5	3,4
Clinton	46,1	67,8	21,7	2,7
Bush Jr.	67,8	117,9	50,1	6,3
Obama	117,9	144,6	26,7	3,3

Fonte: S. FLECK, J. GLASER, S. SPRAGUE, *The compensation-productivity gap: a visual essay*, in *Monthly Labor Review*, 2011, 57 ss.

Sotto l'amministrazione Reagan il divario riprese la sua crescita. Iniziò una divaricazione che, da allora in poi, si allargò continuamente, nonostante ogni successiva amministrazione democratica tentasse di rallentare la velocità con cui il divario aumentava (Figura 2).

Durante la presidenza Clinton, il divario è cresciuto ad un ritmo più lento rispetto a Bush Sr. e, analogamente con Obama, crebbe più lentamente rispetto a quanto cresceva durante l'amministrazione di Bush Jr. Durante la presidenza di Bush Jr., cresceva ad un tasso di 6 punti percentuali all'anno. All'inizio del 2017 il divario aveva raggiunto i 150 punti percentuali. Ciò significa che i salari sono aumentati del 40% dal 1982, ma la produttività è aumentata del 94%, ovvero più del doppio, e le cifre relative alle retribuzioni includevano anche gli stipendi milionari degli amministratori delegati. Con l'indebolimento dei sindacati, i lavoratori hanno subito indubbi svantaggi.

Figura2. Tasso di crescita del divario produttività-reddito nelle diverse presidenze degli Stati Uniti



Fonte: S. FLECK, J. GLASER, S. SPRAGUE, *The compensation-productivity gap: a visual essay*, in *Monthly Labor Review*, 2011, 57 ss.

4. Un altro passaggio cruciale: gli effetti della Globalizzazione economica

Nel 1989 a Reagan è succeduto George Bush Sr. che ha rafforzato la North Atlantic Free Trade Association (NAFTA), successivamente trasformata in legge da Bill Clinton nel 1994. In campagna elettorale aveva promesso più crescita, più uguaglianza e la creazione di 200.000 posti di lavoro entro il 1995²². Purtroppo, Clinton non ha stimato il numero di posti di lavoro che sarebbero stati distrutti dalle importazioni: circa 880.000 fino al 2002. Il suo team economico era guidato da Robert Rubin, CEO della mega banca d'investimento Goldman Sachs²³. Si diceva che la globalizzazione sarebbe stata positiva per l'America, ma sono stati sottostimati gli effetti distorsivi e distributivi.

Nel 2000 la Cina è entrata nell'Organizzazione mondiale del commercio cosa che le ha dato un facile accesso al mercato degli Stati Uniti. I venti burrascosi della globalizzazione sono diventati uno tsunami²⁴. Il settore manifatturiero ha subito forti ripercussioni ed il ceto medio con esso, i posti di lavoro sono stati “esportati” e il deficit commerciale è cresciuto. In precedenza, la bilancia commerciale sotto Reagan era equilibrata: l'America importava all'incirca quanto esportava.

Da allora il disavanzo accumulato ha raggiunto i 13 trilioni di dollari e sta crescendo ad un ritmo di quasi 500 miliardi di dollari all'anno. Milioni di lavoratori sono stati svantaggiati per effetto delle importazioni e il potere politico che non ne ha colto il potenziale distruttivo. Oggi, la produzione

²² W. J. CLINTON, *Remarks at the signing ceremony for the supplemental agreements to the North American free trade agreement*, in *Public Papers of the Presidents of the United States*, 1993.

²³ Goldman Sachs è a tutt'oggi ben rappresentata a Washington. Hank Paulson ha lavorato con l'amministrazione di Bush Jr. e molti altri collaborano con l'amministrazione Trump.

²⁴ D. ACEMOGLU, D. AUTOR, D. DORN, G.H. HANSON, B. PRICE, *Import competition and the great US employment sag of the 2000s*, in *Journal of Labor Economics*, 34/2016, 141 ss. J. PIERCE, P. SCHOTT, *The Surprisingly Swift Decline of US Manufacturing Employment*, in *American Economic Review*, 106/2016, 1632 ss.

industriale in senso stretto impiega solo l'8,5% della forza lavoro. Le persone estromesse dal mercato attivo del lavoro sono aumentati a dismisura e non hanno trovato risposte dal Partito Democratico³⁵.

È noto agli economisti che il libero scambio ha vincitori e vinti. Tuttavia, in molti hanno esaltato a dismisura i vantaggi del libero scambio senza sottolineare la necessità di pensare anche al benessere di coloro che ne venivano svantaggiati. Joseph Stiglitz e Dani Rodrik sono stati delle eccezioni²⁵.

Rodrik ha avvertito che «in assenza di una risposta concertata del governo, troppa globalizzazione avrebbe acuito le fratture sociali, esacerbato i problemi di distribuzione, e minato la stabilità sociale della nazione». Col senno di poi sottolinea le responsabilità dei suoi colleghi economisti: «È stata a lungo una regola implicita dell'impegno pubblico degli economisti che, quest'ultimi, dovrebbero difendere il commercio e non soffermarsi troppo sugli effetti che esso ha. I modelli standard del commercio (...) in genere producono effetti distributivi netti: le perdite del reddito di alcuni gruppi sono il rovescio della medaglia dei "guadagni dal commercio". E gli economisti sanno da tempo che i fallimenti del mercato - tra cui mercati del lavoro scarsamente funzionanti, imperfezioni del mercato del credito - possono interferire con la distribuzione di quei guadagni»²⁶.

Tuttavia, alcuni economisti hanno minimizzato costantemente le preoccupazioni distributive, anche se è ormai chiaro che l'impatto distributivo del NAFTA o dell'ingresso della Cina nell'Organizzazione

³⁵ T. FRANK, *Listen, Liberal: or, what ever happened to the party of the people?*, Metropolitan Books, New York, 2016.

²⁵ D. AUTOR, D. DORN, G. HANSON, K. MAJLESI, *Importing political polarization? The electoral consequences of rising trade exposure*, in *The National Bureau of Economic Research*, 2017.

²⁶ D. RODRIK, *Are economists partly responsible for Donald Trump's shocking victory in the US presidential election?*, in *Project Syndicate*, 2016.

mondiale del commercio erano significativi per le comunità più direttamente coinvolte negli Stati Uniti. L'entità dei guadagni derivanti da accordi commerciali, è stata sovrastimata, sebbene tali guadagni siano stati relativamente modesti almeno dagli anni '90. La penetrazione del mercato americano da parte dei prodotti cinesi ha avuto ripercussioni politiche. Una recente analisi ha rilevato che «Michigan, Wisconsin, Pennsylvania e Carolina del Nord avrebbero eletto il candidato democratico anziché quello repubblicano se, nonostante tutti gli altri punti a sfavore, la crescita della penetrazione delle importazioni cinesi fosse stata inferiore del 50% rispetto alla crescita effettiva durante il periodo di analisi. Il candidato democratico avrebbe anche ottenuto la maggioranza nel Collegio elettorale in questo scenario controfattuale»²⁷.

Pertanto, gli effetti deleteri della globalizzazione sul benessere di coloro che sono usciti perdenti, non sono stati presi seriamente in considerazione quando Clinton ha abbracciato l'ideologia repubblicana del libero scambio²⁸. Anche l'agenda di deregolamentazione Reagan-Bush fu adottata, così Clinton spostò la linea politica democratica verso l'ideologia repubblicana, abbandonando così la classe operaia e alimentando il malcontento della popolazione.

La mancanza di regolamentazione del settore finanziario è diventata un problema distributivo dieci anni dopo. E quando con la sua nomina di Brooksley Born alla Commodities Future Commission, tentò invano di regolamentare i derivati, l'amministrazione non riuscì ad aiutarla concretamente. Infatti, Clinton finì per approvare la legge che proibiva alla Commissione stessa di regolamentare i derivati.

²⁷ D. AUTOR, D. DORN, G. HANSON, K. MAJLESI, *A note on the effect of rising trade exposure on the 2016 presidential election*, in *The National Bureau of Economic Research*, 2016.

²⁸ D. AUTOR, D. DORN, G. HANSON, *The China shock: learning from labor market adjustment to large changes in trade*, in *Annual Review of Economics*, 2016, 205 ss. J. PIERCE, P. SCHOTT, *Trade Liberalization and Mortality: Evidence from U.S. Counties*, cit., in *The National Bureau of Economic Research*, 2016.

5. La continuità con George W. Bush e la speranza tradita con Barack Obama

Bush Jr. ha continuato il Reganismo con l'ideologia della deregolamentazione. Quando nel 2008, è scoppiata la crisi finanziaria la sua amministrazione ha elargito favori e miliardi alle grandi banche, ai suoi amministratori delegati e agli azionisti senza alcun vincolo. La classe media è scivolata verso la disoccupazione, o nel limbo dei “working poor” dovendo accettare lavori a bassi salari nell'economia dei contratti a termine, in molti hanno perso le loro case. Questo è il fenomeno che Stiglitz ha chiamato socialismo per i ricchi e capitalismo per i poveri, dove si privatizzano gli utili e si socializzano le perdite.

L'arrivo di Barack Obama è avvenuto nel mezzo della più grande crisi finanziaria dalla Grande Depressione. Sulla scia della campagna elettorale aveva fatto delle promettenti promesse di cambiamento, che facevano appello al crescente numero di scontenti. Una volta in carica si è alleato senza volerlo con l'establishment, continuando essenzialmente le politiche economiche dei suoi predecessori. Come Bush Jr., ha continuato a sostenere le banche “troppo grandi per fallire” (too big to fail), salvandole dalla bancarotta²⁹. Inoltre, e altrettanto significativo, il fatto che si sono visti pochi nuovi volti nelle nomine per gli incarichi più importanti per lo scacchiere economico. Ad esempio, Timothy Geithner, nominato da Bush Jr. presso la Federal Reserve di New York era un ex amministratore delegato di Goldman-Sachs (e membro del gabinetto di Bill Clinton) oppure Robert Rubin. In pratica Obama si è affidato ad un ex incaricato repubblicano nella posizione cruciale di segretario del tesoro non dando nemmeno l'idea di un vero cambiamento.

²⁹ N. SCHEIBER, *The escape artists: how Obama's team fumbled the recovery*, Simon & Schuster, New York, 2011.

Questo è particolarmente vero nel caso di Geithner, la sua azione non è stata incisiva per impedire l'arrivo della crisi finanziaria e, di conseguenza, ne condivide anche la responsabilità. Ancora una volta, le classi inferiori e medie furono lasciate indietro. Un esempio significativo è il caso di Jamie Dimon, CEO di JP Morgan Chase, che ha continuato a riscuotere il suo compenso di circa 17 milioni di dollari nel 2009, soldi pagati dai contribuenti tramite le tasse³⁰.

6. Le evidenze dello sfaldamento sociale della società statunitense

Gli esiti nefasti di questo percorso sono evidenti. Si manifestano nelle fabbriche e case abbandonate nei quartieri maggiormente problematici della Rust Belt. La situazione delle classi meno abbienti peggiora anche socialmente. Questa è una delle ragioni per cui il tasso di omicidi negli Stati Uniti è da 3 a 8 volte superiore a quello degli stati dell'Europa occidentale e settentrionale, dove la rete di sicurezza fornita dallo stato riduce considerevolmente l'ansia³¹. Queste differenziazioni fra Stati Uniti ed Europa si sono manifestate anche in tempi precedenti, ma la crisi attuale le ha rese, se possibile, ancora più evidenti.

L'alto tasso di omicidi è anche una funzione diretta dell'insufficiente disponibilità di servizi di supporto al benessere psicofisico e della salute mentale³². Nel 2016 ci sono stati 384 episodi con sparatorie che hanno coinvolto gruppi di individui. L'omicidio di poliziotti o il numero di sparatorie indicano analogamente in maniera evidente la quantità di violenza dalla quale è pervasa la società statunitense³³.

³⁰ D. ELLISE, *JPMorgan's Dimon scores \$16M bonus*, in *CNN Money*, 2010.

³¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Statistics*, 2017.

³² J. KOMLOS, *How raising taxes on the rich could prevent mass shootings*, in *PBS NewsHour*, 2015.

³³ HUFFPOST GRAPHICS, *There have been 153 mass shootings*, in 2017.

Nel 2015 il reddito reale familiare medio in Ohio, Wisconsin e Michigan era, rispettivamente, di 5.900, 6.000 e 9.300 dollari al di sotto del suo livello alla fine del 20esimo secolo³⁴. Questo calo senza precedenti dei redditi ha avuto conseguenze sociali drammatiche: sono aumentati i suicidi e si è verificata una vera e propria epidemia di oppioidi nella Rust Belt. Tutti e tre gli stati hanno registrato un tasso di mortalità per overdose più elevato rispetto alla media nazionale nel 2015³⁵. La Pennsylvania ha avuto 3.500 decessi per overdose raggiungendo un tasso di 26 su 100.000³⁶. Le morti per overdose dell'Ohio sono aumentate da meno di 1.000 nel 2004 a 4.000 nel 2016, raggiungendo un tasso di 30 su 100.000³⁷. Il consumo pro-capite di stupefacenti negli Stati Uniti è più di tre volte superiore a quello dell'Europa occidentale e le morti per droga otto volte maggiori³⁸.

Sono aumentate inoltre i casi di alcoolismo e le malattie epatiche croniche da esso derivate. Il risultato è un aumento della mortalità di mezza età tra i bianchi americani. Questo non era mai successo prima in un paese sviluppato, in tempo di pace e in assenza di un'epidemia. Gli Stati Uniti sono l'unico paese ricco a sperimentare un aumento della mortalità negli anni recenti. I più colpiti sono gli uomini bianchi con un'istruzione di livello medio basso. I loro tassi di mortalità sono aumentati dall'inizio del XXI secolo, mentre quelli con un'istruzione universitaria sono immuni da questa tendenza³⁹. Anche i neri e gli ispanici non sono stati influenzati da questa dinamica nella maggior parte dei casi, non hanno in pratica sperimentato il

³⁴ Altri Stati limitrofi nei quali il reale reddito familiare medio è ancora inferiore al suo livello di fine del 20esimo secolo includono Indiana, Kentucky, West Virginia e Virginia.

³⁵ H. HEDEGAARD, M. WARNER, A. M. MINIÑO, *Drug overdose deaths in the United States, 1999-2015*, in *NCHS data brief*, 2017.

³⁶ D. SAPATKIN, *Drug deaths in Pa. and N.J. soar even faster than national rate*, in *The Philadelphia Inquirer*, 2016.

³⁷ J. LURIE, *Ohio's new overdose rates are truly insane*, in *Mother Jones*, 2017.

³⁸ 7,4 per mille contro 2,2 per mille.

³⁹ A. CASE, A. DEATON, *Mortality and morbidity in the 21st century*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, 2017.

c.d. ascensore sociale inverso come nel caso dei bianchi. Questo non vuol dire che le minoranze non siano state colpite dalla crisi, ma partendo da una posizione mediamente svantaggiosa essi hanno risentito meno del cambiamento.

Il tasso di incarcerazione è anch'esso un segno del profondo disagio che vivono gli individui che si ritrovano ai margini della società. Nel 2015 ci sono stati non meno di 6,7 milioni di persone (il 2,7% della popolazione adulta) "attenzionate" dal sistema giurisdizionale negli Stati Uniti; questo include persone scarcerate sotto condizione o in libertà vigilata e 2,2 milioni di persone detenute⁴⁰. Questo è il più alto tasso di incarcerazione del mondo: con il 5% della popolazione mondiale, gli Stati Uniti hanno il 23% dei suoi prigionieri⁴¹. Anche se si tratta di dati puntuali, questi risultano essere molto significativi nella descrizione del contesto statunitense.

Il numero di fallimenti personali evidenzia le difficoltà che le persone trovano nell'adempiere ai loro obblighi finanziari⁴². Nel 2014 ci sono stati 900mila di fallimenti in crescita dai 300mila del 1980 e raddoppiati su base pro capite⁴³. Tra le conseguenze sociali più devastanti basta evidenziare i 9,3 milioni di proprietari che hanno perso la casa tra il 2006 e il 2014⁴⁴.

La povertà persistente indica che l'economia di mercato ha lasciato in questa fase milioni di persone in difficoltà e pressoché prive di protezione. Nel 2017, una famiglia di due persone era considerata povera se il suo

⁴⁰ BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Correctional populations in the United States*, 2015.

⁴¹ C. HARTNEY, *US Rates of Incarceration: A Global Perspective*, in *National Council on Crime & Delinquency*, 2006.

⁴² J. B. SCHOR, *The overspent American: why we want what we don't need*, Harper Perennial, New York, 1999.

⁴³ A. KRULICK, *Bankruptcy statistics*, in *Debt.org.*, 2012. BANKRUPTCYACTION.COM, *Business and non-business filings*, 2014.

⁴⁴ L. KUSISTO, *Many who lost homes to foreclosure in last decade won't return* – NAR, in *Wall Street Journal*, 2015. REALTYTRAC.COM, *Foreclosure & Foreclosed Homes*, 2014. U.S. BANKRUPTCY COURTS, *Bankruptcy cases commenced, terminated and pending*, 2017.

reddito totale era inferiore a 17.000 dollari all'anno⁴⁵. Questo significava che 45 milioni di persone vivevano sotto la soglia di povertà, il 15% della popolazione: un tasso paragonabile a quello del 1966, un anno dopo che il programma Medicare era iniziato sotto l'amministrazione Johnson⁴⁶. Altri 15 milioni di persone vivevano leggermente al di sopra della povertà, definita come il 100-125% della soglia di povertà⁴⁷ e quindi sono da considerare tra quelli che vivono in una condizione di maggiore stress e di paura nei confronti del futuro.

Il tasso di povertà tra i minori statunitensi, il 19,6%, è circa il doppio del tasso medio prevalente nei paesi ad alto reddito e sette volte superiore a quello della Danimarca⁴⁸. Una delle ragioni dell'alto tasso di povertà tra i bambini è che il tasso di divorzi è raddoppiato⁴⁹, e la quota di famiglie con bambini affidati ad un genitore donna è quadruplicata dal 1950⁵⁰. Nel 2016 un terzo di tutti i bambini viveva in famiglie monoparentali.

L'UNICEF ha valutato il benessere dei bambini statunitensi al 26 ° posto, al di sotto rispetto a quelli dei paesi europei e persino inferiore a quelli dei paesi a reddito medio-basso come Ungheria, Polonia, Slovacchia ed Estonia⁵¹. Sei milioni di bambini sono segnalati ogni anno per

⁴⁵ B. D. PROCTOR, J. L. SEMEGA, M. A. KOLLAR, *Income and poverty in the United States: 2015*, in *U.S. Census Bureau*, 2015.

⁴⁶ U.S. CENSUS BUREAU, *Figure 4. Number in poverty and poverty rate*, 2017.

⁴⁷ C. HOKAYEM, M. L. HEGGENES, *Living in near poverty in the United States: 1966–2012*, 2014.

⁴⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATIONS AND DEVELOPMENT, (OECD), *Growing unequal?: income distribution and poverty in OECD countries*, Paris, 2008. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATIONS AND DEVELOPMENT, (OECD), *Divided we stand: why inequality keeps rising*, cit., Paris, 2011.

⁴⁹ National Center for Health Statistics, *Advance report of final divorce statistics, 1988*, 1991.

⁵⁰ U.S. CENSUS BUREAU, *Families by presence of own children under 18: 1950 to present data; historical families tables, Table FM-1*, 2018.

⁵¹ UNICEF INNOCENTI RESEARCH CENTER, *Child well-being in rich countries. A comparative overview*. Firenze, 2013.

maltrattamenti alle agenzie degli Stati Uniti e cinque bambini muoiono ogni giorno a causa di abusi o negligenza⁵². I tassi di natalità pretermine negli Stati Uniti sono più vicini a quelli prevalenti in Africa che a quelli Europei⁵³. Una adolescente del Mississippi ha 15 volte in più la probabilità di partorire rispetto ad una sua coetanea Svizzera⁵⁴. Questi problemi sociali sono radicati nella natura del sistema economico statunitense che offre poche opportunità di miglioramento sociale per una larga parte dei bambini residenti, in termini di sostegno economico e di servizi per l'infanzia, e di conseguenza questo è un fattore distruttivo per le famiglie a basso reddito in cui ci siano minori.

Consideriamo, inoltre, che nel luglio 2017 nel paese più ricco ed influente del mondo, il 40% della popolazione si considerava in difficoltà finanziarie e un altro 3% si dichiarava gravemente sofferente⁵⁵, si tratta di non meno di 140 milioni di persone. L'Affordable Care Act (il cosiddetto "ObamaCare") aveva ridotto drasticamente il numero di persone prive di assicurazione sanitaria dal 16% nel 2010 all'8,6% della popolazione, nel 2016 ha comunque lasciato ancora 28 milioni di persone senza l'assicurazione sanitaria e la sua revoca è nell'agenda politica del Partito Repubblicano⁵⁶. Tra quelli di età inferiore ai 65 anni il tasso di persone non

⁵² CENTER FOR DISEASES CONTROL AND PREVENTIONS, *Child abuse and neglect prevention*, 2016.

⁵³ E. C. HOWSON, M. KINNEY, J. LAWN, *Born too soon. The global action report on preterm birth*, in *World Health Organization*, Geneva, 2012.

⁵⁴ M. S. KEARNEY, P. B. LEVINE, *Why is the teen birth rate in the United States so high and why does it matter?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 26/2012, 141 ss.

⁵⁵ GALLUP, *U.S. life evaluation (weekly)*, 2018.

⁵⁶ Un giudice federale del Texas ha dichiarato incostituzionale un passaggio chiave della legge. Si tratta della sezione dell'Affordable Care Act relativa all'obbligo di acquistare una polizza assicurativa da parte di ogni individuo. Trump ha accolto con entusiasmo la notizia dichiarando che continuerà a smontare pezzo per pezzo l'ObamaCare nonostante l'ostilità del Senato. K. AVERY, K. FINEGOLD, A. WHITMAN, *Affordable care act has led to historic, widespread increase in health insurance coverage*, in *ASPE Office of Health Policy*, 2016.

assicurate era del 13% anche nel 2016 ed è molto più alto tra alcuni gruppi: tra cui i poveri in cui è circa il 26% e tra gli ispanici in cui è del 28% ⁵⁷.

Ovviamente, tutti i suddetti sviluppi sociali influenzano l'ansia e la salute mentale della popolazione. Il numero di persone che cercano assistenza ambulatoriale per la depressione negli Stati Uniti è aumentato dallo 0,7% della popolazione nel 1987 al 2,3% nel 1997 e poi al 2,9% nel 2007⁵⁸. L'uso di farmaci tra questi pazienti è aumentato dal 37% al 75% nello stesso intervallo di tempo. Nel 2014, 16 milioni di adulti (6,7%) hanno avuto almeno un episodio importante di depressione⁵⁹.

Questo è la parte ipersensibile della società al quale è stato rivolto il messaggio di Trump, ovvero di rendere “nuovamente grande l'America”, riportare posti di lavoro, e allo stesso tempo additare gli immigrati e altri fantomatici “nemici esterni” come cause del malessere della popolazione. Il capro espiatorio è una pratica normale tra gli “uomini forti”: la ricerca di un nemico polarizza l'elettorato e lo compatta verso posizioni altrimenti insostenibili.

In breve, erano evidenti i sintomi della sofferenza di quello che può essere definito il sottoproletariato americano, che Donald Trump ha intercettato mostrandosi vicino a queste persone, ad esempio, con la dichiarazione «amo quelli scarsamente istruiti»⁶⁰. La disperazione, la frustrazione e le disuguaglianze sono potenti forze politiche e Trump è stato in grado di catturarne i flussi e raccogliere la rabbia dell'elettorato: quelli che non sono riusciti a raggiungere il Sogno Americano hanno trovato in lui un nuovo punto di riferimento.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ M. OLFSON, S. C. MARCUS, B. DRUSS, L. ELINSON, T. TANIELIAN, H. A. PINCUS, *National trends in the outpatient treatment of depression*, in *Journal of the American Medical Association*, 287/2002, 203 ss.

⁵⁹ ANXIETY AND DEPRESSION ASSOCIATION OF AMERICA, *Understand the facts: depression*, 2016.

⁶⁰ J. HAFNER, *Donald Trump loves the “poorly educated” — and they love him*, in *USA TODAY*, 2016.

È stata la strana forma di “indifferenza benevola” nei confronti di questi strati sociali da parte delle cinque amministrazioni precedenti che hanno permesso a Donald Trump di catturare i tre stati della Rust Belt che hanno portato a questa storica congiuntura.

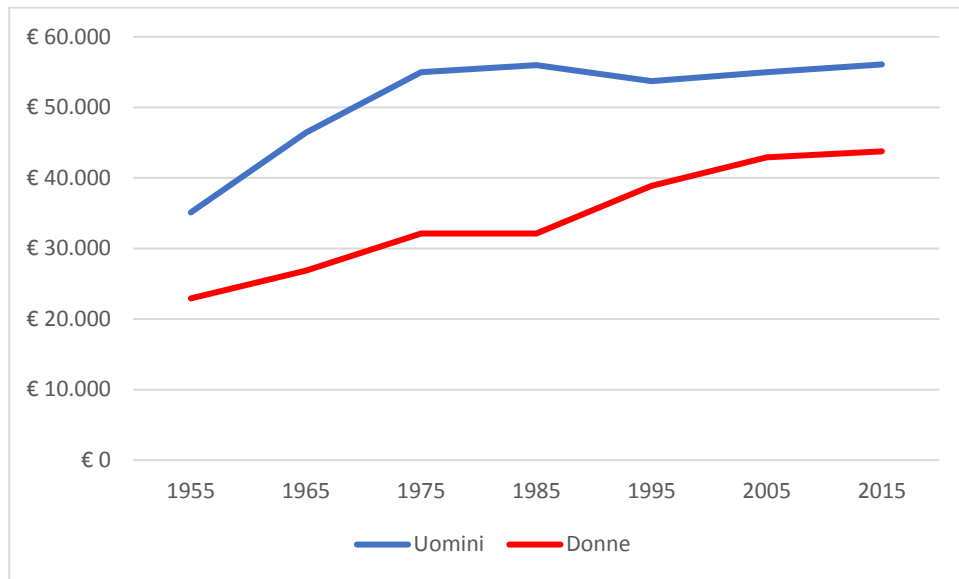
7. Le dinamiche economiche e l'avvento di Trump

Le persone che Hillary chiamava «deplorabili, ignoranti», cioè coloro che sperimentavano l'alienazione della mobilità sociale ed economica verso il basso, o la delusione della decennale stagnazione salariale, erano gli stessi che osservavano altri vivere nell'opulenza. Quelli che erano stati colpiti dallo tsunami della globalizzazione, coloro le cui case erano state pignorate e svendute, osservavano gli artefici della crisi finanziaria protetti dalle istituzioni. Alla fine, coloro che pensavano che trascurare il 99% della popolazione fosse la politica più ingiusta dei tempi moderni si sono ribellati e, per farlo, hanno deciso di rovesciare l'establishment che, nei loro confronti, aveva manifestato una benevola indifferenza.

C'erano troppe promesse di cambiamento che non erano state mantenute e, come spesso accade in questi casi, ci si è convinti che solo un uomo forte potesse cambiare il corso degli eventi. Hillary Clinton rappresentava l'istituzionalismo e, agli occhi di molti elettori, avrebbe mantenuto lo stesso atteggiamento dei suoi predecessori.

I grafici sottostanti mostrano chiaramente l'esito delle politiche attuate nei 36 anni precedenti l'elezione di Trump. La fig. 3 mostra l'andamento degli stipendi e dei salari dal 1979 al 2000.

Figura 3. Reddito medio per genere nel 2016, in dollari costanti

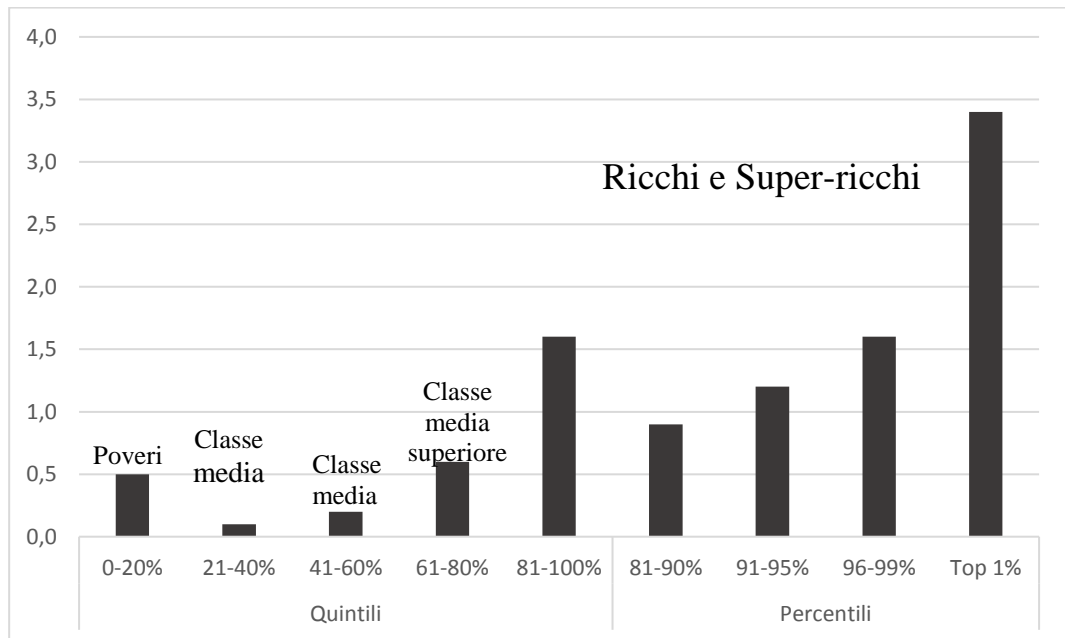


Nota: Dipendenti a tempo pieno. Fonte: U.S. CENSUS BUREAU, *Current Population Survey, Annual Social and Economic Supplements*, 2016.

Si osserva per gli uomini una lunga stagnazione dei redditi, meno marcata per le donne (eccetto gli ultimi anni) bisogna tuttavia sottolineare che la dinamica del salario femminile segue un percorso di recupero da posizioni di partenza molto distanti. Mentre il lavoratore tipico sperimentava la stagnazione dei salari, le entrate dei ricchi e dei super-ricchi aumentavano. Ciò ha determinato grandi disuguaglianze nel reddito e quello che viene definito come indebolimento strutturale della classe media (Figura 4). I redditi di tre quintili della classe media erano molto inferiori a quelli dei ricchi e degli ultraricchi, cioè dell'1% della popolazione, soprattutto in termini di tassi di variazione. Ogni barra sul lato sinistro del grafico rappresenta il reddito al netto delle imposte (al netto dell'inflazione) di 1/5 ° (quintile) delle 124 milioni di famiglie degli Stati Uniti. Il reddito include quello prodotto più il valore dei trasferimenti, come buoni pasto e assegni di disoccupazione. Pertanto, ogni barra rappresenta 24 milioni di famiglie (circa 64 milioni di persone).

Il quintile del segmento più ricco non è mostrato a sinistra ma nel lato destro ed è ulteriormente suddiviso in quattro gruppi, ciò al fine di evidenziare che il reddito dell'1% più ricco della popolazione è aumentato proporzionalmente di più, vale a dire di 600.000 dollari nei precedenti tre decenni mentre il reddito della classe medio-bassa è aumentato di soli 1.200 dollari per raggiungere 31.000 dollari. Questo dato spiega eloquentemente la dinamica della distribuzione del reddito.

Figura 4. Tasso di crescita del reddito 1979-2011



Fonte: J. KOMLOS, *Growth of income and welfare in the U.S., 1979-2011*, working paper no. 22211 in NBER, 2016.

Il 20% più povero delle famiglie (la prima barra) ha continuato a ricevere buoni pasto e altri benefici, per evitarne la completa indigenza che avrebbe potuto portare ad una pericolosa instabilità sociale, ma con un reddito medio annuo di 18.000 dollari queste persone riuscivano a malapena a sopravvivere. Ovviamente, i due gruppi della classe media tra il 21esimo ed il 60esimo percentile della popolazione sono andate peggio: il

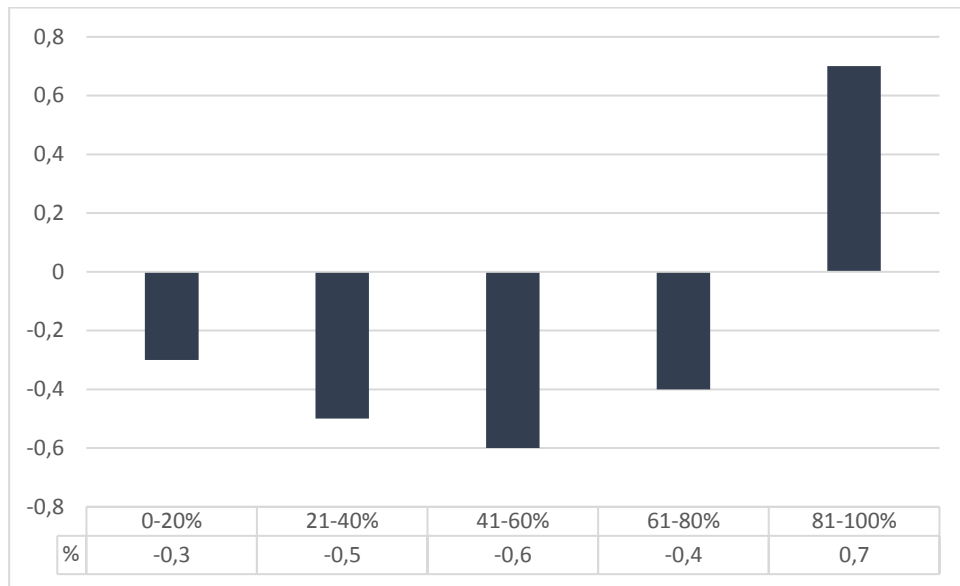
loro tasso di crescita del reddito è difficilmente distinguibile da zero. In effetti, la classe media (41-60%, la terza barra) ha guadagnato, ma soli 32 dollari all'anno nei 32 anni presi in considerazione.

Mentre lo svuotamento della classe media è evidente sul lato sinistro del grafico, il lato destro chiarisce che l'1% più ricco della popolazione è stato il principale beneficiario della crescita economica. A dire il vero, parte della crescita è andata verso il basso, “effetto cascata”, ma solo per il resto del quintile principale. “L’effetto cascata” aveva la viscosità della melassa proprio sull'80° percentile.

L'ansia che ha alimentato la base politica di Trump è molto più profonda di quanto questo il grafico sulla crescita dei redditi implichi. La ragione è che la Figura 4 è in termini di reddito, ma il livello di reddito non equivale al benessere. Per quanto riguarda la valutazione soggettiva del proprio benessere, è il reddito relativo che conta veramente. Una cosa è non essere in grado di permettersi un Iphone se nessun altro ne ha uno, ma la sensazione è completamente diversa se altri ostentano il loro ultimo modello.

La distribuzione del reddito negli Stati Uniti, basata sulle dichiarazioni dei redditi, mostra quanto sia disuguale. Il 60% della popolazione solo il 20% del reddito totale (al netto delle imposte) generato nell'economia, che è pari ai guadagni dell'1% superiore. In altre parole, 1,2 milioni di della parte più ricca guadagnano tanto quanto i 60 milioni di contribuenti in fondo. Gli Stati Uniti hanno la maggior disuguaglianza del mondo sviluppato.

Figura 5. Tasso di crescita del benessere (%), 1979-2011



Fonte: J. KOMLOS, *Growth of income and welfare in the U.S., 1979-2011*, working paper no. 22211 in NBER, 2016.

La Figura 5 rappresenta una visione più accurata del benessere dei cinque gruppi di reddito, misurato in termini di reddito relativo. Gli psicologi hanno dimostrato che il modo in cui sentiamo la nostra qualità della vita (soddisfazione) dipende dai riferimenti che abbiamo: la deprivazione relativa conta molto se confrontiamo il nostro benessere con quello degli altri. La figura 5 presuppone che le persone utilizzino il quinto quintile come riferimento e confrontino il proprio reddito con quello del gruppo principale⁶¹.

Questo grafico fornisce il vero indizio del successo di Trump: il tasso di crescita del benessere è negativo per tutti i gruppi eccetto quello dei super-ricchi. Il resto della società è rimasto indietro per più di una generazione.

In sintesi, l'America ha avuto una lunga serie di promesse da parte di cinque amministrazioni da Reagan ad Obama. Tagli alle tasse, economia a

⁶¹ Per il quinto quintile sono il riferimento di loro stessi, quindi, il reddito relativo non gioca un ruolo nel loro tenore di vita.

“cascata”, deregolamentazione, globalizzazione e NAFTA, sono stati tutti rappresentati come grandi passi in avanti. Tutti dovevano far diventare tutta la popolazione americana più ricca. Invece, hanno conferito la maggior parte dei benefici finanziari a un solo strato sociale: gli ultraricchi, ma hanno portato allo "svuotamento" della classe media.

Questo è il culmine della disfunzione politica che ha portato alla nascita del Trumpismo.

8. Conclusione: l'elezione di Trump è stato il culmine di un processo durato 36 anni

Le ragioni della vittoria di Donald Trump hanno radici profonde almeno tre decenni. Sono molti e complessi i fattori che ne hanno determinato il successo. In primo luogo, l'avvento di Ronald Reagan, e delle sue politiche economiche, ha creato una divaricazione nelle classi sociali dagli effetti permanenti. Le tassazioni di vantaggio per le classi abbienti hanno determinato la loro vittoria definitiva nel processo di distribuzione della ricchezza. I ricchi sono diventati più ricchi, ed hanno potuto condizionare il processo politico affinché questo circuito non si interrompesse.

Il secondo fattore determinante è stato l'avvento della Globalizzazione economica, la penetrazione delle merci cinesi ha rapidamente trasformato l'aspetto della società americana, da potenza industriale a potenza in declino. L'effetto congiunto di queste dinamiche strutturali e della crisi finanziaria internazionale hanno peggiorato la qualità della vita di una generazione, non solo sul piano prettamente economico, ma anche dal punto di vista della tenuta della coesione sociale.

In tutto questo percorso, le amministrazioni democratiche sono state percepite come estranee alla comprensione di questi problemi, nonché vicini più all'establishment e all'alta finanza che ai problemi dell'uomo

comune. L'arrivo di Trump è il frutto di un processo lungo che ha trasformato la società statunitense, forse in modo permanente, e di cui non si possono conoscere i potenziali effetti futuri per la comunità internazionale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

SERENA SERRAVALLE - IVAN VALIA

**Maternità surrogata e interesse superiore del
minore.**

Conversazione con Serena Serravalle.

Maternità surrogata e interesse superiore del minore.

Conversazione con Serena Serravalle.

La maternità surrogata solleva numerose questioni di ordine giuridico, etico e morale, come la sua supposta contrarietà all'ordine pubblico, il ruolo che la derivazione biologica assume nella genitorialità, il significato della locuzione “preminente interesse del minore” o, come ha avuto recentemente modo di sottolineare la Corte costituzionale, la possibile lesione della dignità della donna¹, che sembra costituire la ragione principale per la quale in Italia (e non solo) la pratica in oggetto sia considerata «illecita e immeritevole di tutela»².

Illiceità e immoralità, nel campo del biodiritto, segnano due strade tortuose, che a volte si sovrappongono, spesso si separano, delle volte addirittura si confondono. Nel caso della maternità surrogata i due termini si avvicinano fortemente, soprattutto nel momento in cui il bambino viene considerato un “prodotto”, il mezzo attraverso il quale misurare il proprio desiderio di genitorialità o, in un senso ancora più ampio, lo strumento cui affidare addirittura la definizione di se stessi in quanto individui.

* Professore associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell'Università degli Studi di Salerno.

** Docente di Filosofia politica presso l'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

¹ Con la sentenza n. 272 del 22 novembre 2017, la Corte costituzionale ha sostenuto che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

² S. SERRAVALLE, *Maternità Surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Esi, Napoli 2018.

Di tali questioni si occupa la Professoressa Serena Serravalle nel volume *Maternità Surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, pubblicato all'interno dei *Quaderni della rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri e alla quale abbiamo il piacere di rivolgere alcune domande per la rivista *Ordines*.

Gentile Professoressa Serravalle, innanzitutto grazie per la disponibilità che ha dimostrato nell'accettare questa intervista.

La maternità surrogata ha contribuito a modificare radicalmente il significato stesso del concetto di madre e, con esso, di quelle relazioni affettive che appaiono decisive per lo sviluppo della personalità del minore. All'interno di uno scenario così complesso, dentro il quale le figure genitoriali si moltiplicano, il minore può vivere una condizione di estrema incertezza, che condiziona fortemente la formazione della sua identità. Quale pensa sia la strada migliore da percorrere per ridurre tale incertezza? Quali sono i principali fattori, insieme alla conoscenza della derivazione biologica che, nella vita familiare, concorrono a formare la personalità del figlio?

L'attuale complessità delle relazioni familiari è determinata, per un verso, dall'evoluzione della scienza medica - segnatamente dalle tecniche che consentono di separare la procreazione dall'apporto biologico - per altro verso, da un clima culturale favorevole all'emersione delle istanze sociali tradottesì in modelli familiari alternativi a quello tradizionale. Sul piano legislativo si registrano due fondamentali interventi: la regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze; la riforma della filiazione. Entrambi muovono nella direzione del superamento della visione tradizionale, che individua nella famiglia coniugale l'*habitat* naturale della filiazione;

nell'epoca della pluralità dei modelli familiari, la tutela dei figli non è più mediata dalla tutela del matrimonio. Sul piano dell'interpretazione giudiziale si registrano, inoltre, indirizzi ermeneutici che accreditano differenti figure di genitori: biologici, legali, affettivi o sociali. In questo complesso scenario fenomenico e giuridico, l'interprete non deve perdere di vista l'esigenza prioritaria di tutela del minore, approntando ai differenti problemi soluzioni che assicurino a questi di vivere in un ambiente idoneo a realizzare la propria personalità. Non vi è dubbio che la conoscenza della derivazione biologica - e, ancor più, il suo accertamento - siano funzionali allo sviluppo della personalità individuale; ciò non esclude che alla costruzione dell'identità del figlio possano concorrere una pluralità di fattori, tra i quali il sentirsi partecipe di un gruppo familiare o l'aver instaurato, all'interno di esso, significative relazioni affettive. L'indicazione che possiamo trarre dal dato normativo, in particolare dalla riforma della filiazione, è che - sebbene sia stato superato l'orientamento secondo cui la corrispondenza alla realtà di fatto degli stati personali e familiari risponda ad esigenze di ordine pubblico - l'emersione della verità della procreazione è, rispetto al passato, favorita ed assicurata da azioni di stato, sotto diversi profili, più efficaci. La contrapposta esigenza di stabilizzazione dei rapporti familiari è parimenti considerata e, alla luce della riforma, reputata funzionale - più che all'unità familiare e alla preminente tutela della famiglia fondata sul matrimonio - all'interesse del minore, la cui tutela può giustificare un arretramento del principio di verità. Una pluralità di disposizioni ed accreditati indirizzi giurisprudenziali consentono di escludere che il genitore possa vantare un diritto ad accertare la corrispondenza degli stati familiari alla realtà della procreazione. Si pensi alle limitazioni relative alla legittimazione attiva ed alle restrizioni temporali per l'esercizio delle azioni di stato da parte dei legittimati diversi dal figlio, all'esclusione del padre biologico tra i legittimati attivi delle azioni di contestazione dello stato di figlio e di disconoscimento della paternità, all'impossibilità per il padre legale di poter agire per il disconoscimento

nell'ipotesi in cui la moglie abbia subito violenza da parte di un terzo, nei casi di riconoscimento di compiacenza e di consenso previamente prestato alla fecondazione eterologa. Il contributo della riforma alla disciplina della filiazione può essere rinvenuto nella centralità assegnata all'interesse del minore all'acquisizione o conservazione di uno stato con il quale egli si identifichi ed è rimessa proprio al minore, dotato di capacità di discernimento, la valutazione in merito all'opportunità di procedere all'accertamento del legame genitoriale biologico, preordinato all'acquisto o alla rimozione dello stato di figlio, affinché possa essere titolare di uno *status* corrispondente alla propria identità personale. Resta, però, aperto il problema dell'individuazione dei criteri che debbono presiedere all'identificazione dell'interesse del minore, ove questi non possa autonomamente esercitare le azioni di stato. Ciò presuppone, innanzitutto, la verifica dei margini di discrezionalità di cui gode l'autorità giudiziaria sia nell'autorizzare, su istanza del pubblico ministero, la nomina del curatore speciale per l'esercizio dell'azione nell'interesse del minore, sia nel valutare autonomamente tale interesse nel corso del giudizio promosso dal curatore speciale. Su questo terreno si gioca il ruolo dell'interprete, il cui compito è reso oggi più agevole grazie alle indicazioni fornite dalla Consulta, secondo cui il giudice di merito, nel comparare gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore, deve tenere conto di alcune variabili: la durata del rapporto instauratosi col minore e, pertanto, della condizione identitaria già acquisita da questi; le modalità del concepimento e della gestazione; la presenza di strumenti legali - quale è l'adozione in casi particolari - che favoriscano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, diverso sì da quello derivante dal riconoscimento, ma pur sempre idoneo ad assicurare al minore un'adeguata tutela.

Come Lei ha avuto modo di evidenziare in maniera chiara nel suo lavoro, la Cedu, in numerose decisioni, ha più volte richiamato, assieme all'interesse superiore del minore, anche gli interessi coinvolti in un più un ampio contesto relazionale. Come crede che si possa coniugare in modo equilibrato la supremazia dell'interesse del minore con quello degli altri soggetti a vario titolo protagonisti del processo di surrogazione?

L'interesse del minore – clausola generale, nozione quadro – detta un'indicazione di carattere valoriale, indica una direzione da perseguire, non offre di per sé criteri decisionali. La sua invocazione all'interno della decisione giudiziaria risponde talora a logiche profondamente diverse, sottese ai differenti significati assunti dalla locuzione «interesse del minore» nell'esperienza giuridica. Quest'ultima, nel suo impiego originario, designa la finalità in ragione della quale il giudice può decidere un singolo caso discostandosi dalle regole legislative e dai precedenti giudiziari; con la positivizzazione nella normativa internazionale di tutela dei diritti fondamentali, l'interesse del minore viene inteso anche quale fondamento giustificativo delle discipline di tutela dei diritti del minore. Nelle decisioni giudiziarie fondate sul «preminente interesse del minore» - sia dei giudici nazionali sia della Cedu - esso è utilizzato in entrambi i significati, ovvero invocato, talora per applicare la previsione legislativa a tutela della generalità dei minori, talaltra per disattenderla. Tra le decisioni nell'interesse del minore, in particolare, quelle della Cedu si caratterizzano per la specificità dell'aspetto considerato, ovvero il diritto del minore ad intrattenere una relazione affettiva reciproca con i suoi genitori, connotata dall'intimità familiare. La biunivocità del rapporto fa sì che, titolari del diritto alla relazione affettiva, siano tanto il minore, quanto i genitori; è per tale ragione che la dichiarata priorità dell'interesse del minore finisce, a volte, per risolversi nell'accoglimento delle istanze dei genitori. Sotto le spoglie del «preminente interesse del minore», si nasconde il preteso

«diritto alla genitorialità», che la stessa Corte costituzionale ha affermato qualche anno addietro³, ma che appare ridimensionato dai più recenti indirizzi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità⁴. Personalmente sono scettica in merito alla configurabilità di tale diritto. In primo luogo perché la libertà di autodeterminazione procreativa è esercitabile – al di fuori della procreazione naturale – nella misura in cui si resti nel perimetro disegnato dall'ordinamento. Nell'accordare protezione ad una legittima aspirazione alla genitorialità – non perseguibile mediante la procreazione naturale – l'ordinamento ha fissato condizioni e limiti, che sottendono precise opzioni di politica legislativa, espressione di scelte di valore giustificate all'interno del quadro complessivo dei principi e rispecchianti il sentire della comunità sociale. Così, nell'accondiscendere alla realizzazione di progetti di genitorialità che prescindono dalla discendenza biologica, ha riservato l'adozione alle sole coppie coniugate da almeno tre anni, ha escluso l'adozione piena per le persone singole, ha limitato il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi, ha vietato la surrogazione di maternità. Tali regole esprimono il punto di approdo della ponderazione degli interessi e dei principi concorrenti in ciascuna fattispecie. Il legislatore coniuga l'aspirazione alla genitorialità con l'interesse del minore – qui inteso come interesse della generalità dei minori – ad essere accolto in una famiglia che possa adeguatamente assolvere al ruolo assegnatale dall'ordinamento, ovvero quello di comunità di affetti, nella quale siano assicurati al minore mantenimento, istruzione e assistenza, anche morale, al fine di consentire il libero e pieno sviluppo della sua personalità. Seppure si acceda all'idea che l'interesse alla genitorialità configuri un diritto della personalità costituzionalmente garantito, è da escludere la sua costruzione in termini di diritto di libertà assoluto, poiché esso trova un temperamento

³ Corte cost., 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162.

⁴ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272; Cass., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193; Cass., ord., 11 novembre 2019, n. 29071.

n. 2/2019

nell'esigenza di tutela di altri interessi, *in primis*, quello del minore. Sul piano delle modalità esplicative, si tratterebbe, pertanto, di un diritto sottoposto a quei limiti e quelle condizioni nei quali si esprime la sua conformazione all'insieme dei principi dell'ordinamento e che lo rendono, al pari di ogni altro "diritto", situazione giuridica soggettiva complessa. Nell'aderire alla tesi secondo cui la dignità ispira e, quindi, precede l'attribuzione dei diritti della personalità, ritengo che non possa essere accordata tutela al «diritto alla genitorialità» esercitato mediante il ricorso alla surrogazione di maternità, poiché riconoscimento e protezione di qualunque diritto di libertà postulano il rispetto del principio di dignità, violato nell'ipotesi di utilizzo della pratica.

Proprio rispetto a tale violazione, ritiene che la maternità surrogata a titolo oneroso e quella a titolo gratuito debbano essere valutate moralmente e giuridicamente in modo differente o crede, invece, che in entrambi i casi si concretizzi una compressione della dignità della donna? Detto altrimenti, crede che gratuità e onerosità debbano influenzare il nostro giudizio sulle pratiche di surrogazione, o pensa invece che, a prescindere dalla connotazione economica, la pratica comporti sempre una degradazione a "contenitore" del corpo femminile, costituendo un comportamento oltre che illecito, anche immorale?

Nell'adesione ad una concezione oggettiva di dignità, ritengo non possa fondarsi sulla natura gratuita un giudizio meno severo sulla maternità surrogata, atteso che il titolo gratuito/oneroso non incide sull'attitudine della pratica ad essere lesiva della dignità della gestante e del nato. Sul piano normativo, anche le fonti internazionali che affermano il principio di dignità pongono contestualmente il divieto di commercializzazione del corpo

umano⁵. Nell'interpretazione di tali fonti coloro che aderiscono ad una concezione soggettiva di dignità reputano che la soluzione che si è consolidata a livello internazionale non sia quella dell'indisponibilità, bensì dell'inalienabilità a titolo oneroso, o gratuita. Eppure, nell'affermare che il dato che si trae dal complessivo tessuto normativo sia quello di una protezione del corpo e delle sue parti mediante una regola di *market-inalienability* e non di *inalienability* in senso stretto, non mancano di precisare che sono rinvenibili eccezioni, tra le quali figura proprio il caso della maternità surrogata, particolarmente significativo perché al confine tra i modelli di indisponibilità e di gratuità⁶. I casi di surrogazioni realmente gratuiti sono, per altro, assolutamente marginali, poiché la maggior parte degli accordi di maternità surrogata a titolo gratuito non sono sorretti da spirito altruistico o di solidarietà, trattandosi semplicemente di accordi conclusi in Stati le cui legislazioni escludono la surrogazione verso corrispettivo, ammettendo la corresponsione del «rimborso delle spese». Considerati anche gli importi di tali rimborsi, si può per lo più escludere la natura realmente gratuita di tali accordi.

Sempre più di frequente, al fine di soddisfare il legittimo desiderio di diventare genitori, le coppie si spostano dai paesi in cui è sancito un divieto di maternità surrogata, come l'Italia, verso paesi in cui la stessa pratica è considerata lecita, determinando così l'incremento del cosiddetto "turismo riproduttivo". Come giudica questo fenomeno?

⁵ Artt. 1 e 21 Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997; artt. 1 e 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁶ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 819 ss., spec. nota 24.

Non vi è dubbio che la pratica surrogatoria costituisca il *core business* di centri di fecondazione che operano in Stati privi di regolamentazione del fenomeno, ovvero in Stati che - in ragione di una disciplina molto favorevole alla sostituzione di maternità - si propongono come mete predilette del turismo procreativo. Sebbene sul piano internazionale è in atto un grande impegno per contenere tale fenomeno, si è ancora lontani dal trovare una soluzione, cosicché è diffusa la constatazione che in molti paesi in via di sviluppo la procreazione e gestazione per conto di terzi sia “un mestiere” per donne indigenti. Gli effetti sociali di tale fenomeno sono ben evidenziati, nell’opinione separata relativa alla decisione della Grande Camera della Cedu nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁷, del giudice Dedov, secondo cui il fenomeno, assimilabile al traffico di esseri umani, costituisce testimonianza di una società non inclusiva - che continua ad essere divisa tra le nazioni sviluppate e le nazioni meno sviluppate - né realmente solidale. Egli reputa che qualsiasi compromesso con i diritti umani e i valori fondamentali comporti la fine di ogni civiltà, per cui la sfida da cogliere attiene al valore da assegnare ai diritti fondamentali, in funzione dei quali occorre ridefinire il tradizionale approccio della Cedu alla vita privata, il cui rispetto non può essere assicurato a scapito della stagnazione e del degrado della società. All’interno del più ristretto contesto sociale nazionale, il turismo riproduttivo crea, inoltre, discriminazione tra coppie che hanno la possibilità economica di recarsi all’estero per effettuare la surrogazione e coppie che non hanno una condizione economica sufficientemente agiata per farlo.

I figli nati all'estero da maternità surrogata e per i quali si richiede la trascrizione dell'atto di nascita in Italia, sovente diventano incolpevoli

⁷ Cedu, Grand Chamber, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

protagonisti di lunghe e drammatiche vicende processuali. La tutela del minore si concretizza così, spesso in maniera tardiva, solo nelle aule dei tribunali. In ragione di ciò, pensa si possano identificare particolari casi meritevoli di una specifica legislazione, di modo che la tutela avvenga, ex ante, per via normativa e non solo, ex post, per via giudiziale?

In un sistema quale il nostro, che vieta la surrogazione di maternità e nel quale l'interesse del minore assume valenza sì preminente, ma non sfugge al contemperamento con altri interessi, anche di carattere generale, la tutela dei minori nati tramite surrogazione non può che realizzarsi *ex post*. Personalmente non condivido l'indirizzo interpretativo che - sul fondamento della distinzione tra ordine pubblico "costituzionale" e "discrezionale" - scinde il piano dell'indagine concernente la pratica della gestazione da quello riguardante le situazioni giuridiche soggettive del nato e, in particolare, il suo diritto ad acquisire uno *status* di figlio che rispetti nella misura più ampia possibile il suo interesse alla genitorialità, all'identità, all'affettività. Da tale impostazione consegue l'inazionabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, di qualsiasi provvedimento straniero che riconosca eventuali diritti connessi alla surrogazione - quali, ad esempio, la richiesta del compenso pattuito o l'esecuzione di obblighi previsti dal relativo contratto - di contro, il riconoscimento verso il nato delle situazioni giuridiche soggettive connesse allo stato di figlio, trattandosi di diritto fondamentale espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla C.d.f.U.E. (art. 24). I sostenitori della tesi ritengono che la confusione dei due profili condurrebbe a discriminare i nati, nell'attribuzione dello stato di figlio, a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Sul punto si dà atto che è la stessa giurisprudenza costituzionale e delle alte corti ad accordare rilievo alle riferite modalità: la Consulta reputa preminente l'interesse all'emersione della verità della procreazione - rispetto all'interesse del minore - allorché il

concepimento si realizzi mediante il ricorso a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁸; parimenti la Cedu - nella decisione della *Grand Chamber* relativa al caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* - esclude l'irrilevanza della natura illegale dei presupposti su cui si fonda la filiazione, reputando giustificata l'interferenza nella vita privata dei ricorrenti anche alla luce del criterio della «necessità in una società democratica». L'opzione interpretativa dapprima indicata - nel tenere distinti i piani della liceità e meritevolezza degli accordi di gestazione surrogata e del riconoscimento dello *status filiationis* del minore nato a seguito di essi - non appare convincente, poiché finisce con il vanificare una precisa scelta di valore compiuta dall'ordinamento e con il frustrare la funzione deterrente che il divieto di surrogazione è chiamato a svolgere. *De jure condendo*, considerato che nella giurisprudenza nazionale la soluzione del problema relativo allo *status* del nato mediante surrogazione è affidata all'adozione in casi particolari, potrebbe immaginarsi di novellare la disciplina dell'istituto, includendo espressamente il caso di adozione del figlio biologico del *partner* nato con il ricorso a tale pratica procreativa. Non ritengo, però, che tale opzione sia da prediligere, reputando più opportuno dare soluzione al problema nel quadro di una disciplina organica della "genitorialità sociale".

All'interno del suo volume, sin dalle prime pagine, Lei afferma che il divieto di surrogazione di maternità voluto dal legislatore italiano è, oltre che legittimo, perfettamente aderente col principio della dignità umana, intesa quale valore fondativo della stessa coesistenza umana. Tale idea è stata confermata, come Lei ha ricordato, in occasione della sentenza

⁸ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272; in linea Cass., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193.

Paradiso e Campanelli c. Italia del 24 gennaio 2017, tra gli altri, dal giudice della Cedu Dmitrij Dedov, secondo cui «la maternità surrogata viola i principi fondamentali della civiltà umana e nuoce a tutti i partecipanti».

Sulla scorta di tali considerazioni, ritiene che un'eventuale ammissione di tale pratica possa costituire, oltre che una lesione per la dignità individuale, anche una minaccia per la “tenuta valoriale” della nostra comunità politica?

La questione, a mio avviso, va affrontata strettamente sul piano del diritto positivo. Dal dibattito intorno alla determinazione del contenuto applicativo della dignità, rigorosamente attento al dato positivo ricostruito alla luce del più ampio sistema dei valori normativi, emergono una pluralità di visioni, riconducibili a due letture diametralmente opposte: nell'una (originata nell'ambiente statunitense), l'idea di dignità si sovrappone fino a coincidere con i concetti di libertà e di identità personale, ovvero collima con il principio di autonomia, così che il rispetto della dignità si esprime nella pretesa dei cittadini ad un comportamento omissivo dei pubblici poteri. Diversamente, nell'approccio europeo, fondato sull'idea che la protezione dei valori della persona rappresenti l'obiettivo primario e finale della comunità democratica, è previsto un sistema articolato di limiti ai diritti, la regolazione dei rapporti, l'accentuazione delle responsabilità. Atteso l'attuale pluralismo culturale, anche con riferimento al medesimo contesto normativo si riscontrano letture differenti. L'appello alla dignità talora fa riferimento ad una concezione sostantiva o ontologizzante in cui il soggetto cui inerisce la dignità è un'entità astratta come la natura umana o l'umanità; in questo caso l'appello alla dignità serve a limitare certe libertà individuali in nome del fatto che l'esercizio di quelle libertà lede ciò che di umano c'è nell'uomo. Secondo altra visione, la nozione di dignità è legata al modo peculiare in cui ciascuna persona elabora il proprio piano di vita; in questo caso l'appello alla dignità è fonte delle pretese morali che il singolo

individuo può opporre agli altri. Le mie riflessioni sulla maternità surrogata muovono dalla convinta adesione alla tesi della nozione oggettiva di dignità umana, ricavabile dalla Costituzione, che, nell'assumere, quale impegno fondamentale, il pieno e libero sviluppo della personalità umana esige la sottoposizione dei processi di autodeterminazione del singolo al giudizio che l'ordinamento impone in termini di serietà del volere e di apprezzamento positivo dell'agire, un giudizio fondato sulla preminenza di un valore - quello della dignità umana - che legittima la praticabilità delle scelte individuali, fissandone i limiti. Ritengo che la visione emergente dalla complessiva architettura costituzionale sia quella secondo cui la libera ricerca dei fini, che pur si coniuga al pluralismo dei valori protetto dalla Costituzione, non possa mai tradursi nella negazione del valore originario dell'uomo. Tale visione trova riscontro nel divieto di surrogazione, che rispecchia gli equilibri valoriali espressi nella Carta fondamentale – patto fondativo della comunità nazionale – e rappresenta una scelta di valore ancora attuale e condivisa nella società. Non ritengo che ci siano né le condizioni sociali che possano condurre al superamento del divieto, né, soprattutto, quelle giuridiche, atteso che è la Costituzione - secondo l'indicazione fornita dalla Consulta – ad essere di ostacolo all'ammissibilità della pratica surrogatoria.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

LIVIO GHERSI

La riduzione del numero dei parlamentari

ABSTRACT – This paper analyzes the proposal of the Italian constitutional law aimed to modify the articles 56, 57 and 59 of the Constitution, reducing the number of parliamentarians. The question fits into the wider issue of the costs of policy. This kind of proposal has always exercised over the citizens the appeal of a good causes. In this case, the good cause coincides with the duty to fight bad politics.

KEYWORDS – Parliamentarians, electoral law, costs of policy, bicameralism.

La riduzione del numero dei parlamentari**

SOMMARIO: 1. I contenuti della riforma degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione - 2. Le precedenti proposte di riduzione del numero dei parlamentari - 3. La riduzione del numero dei parlamentari nell'attuale bicameralismo paritario - 4. Conservatori e innovatori - 5. Risparmiare sui costi della politica - 6. Una legge elettorale conseguente - 7. Eventuali altre modifiche della Costituzione.

1. I contenuti della riforma degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione

Nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica del 12 ottobre 2019, n. 240, è stato pubblicato il testo della legge costituzionale che modifica gli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione, riducendo il numero dei parlamentari. Pubblicazione ai soli fini conoscitivi, perché l'*iter* che precede l'entrata in vigore non si è ancora concluso.

Le modifiche costituzionali hanno un contenuto chiaro, semplice da descriversi. Quanto all'articolo 56 della Costituzione: il numero dei deputati, attualmente quantificato in 630, è ridotto a 400. Di questi, il numero dei deputati eletti nella circoscrizione Estero, attualmente quantificato in 12, è ridotto ad 8. Un'ulteriore modifica riguarda il quarto comma dell'articolo 56: per la ripartizione dei seggi fra le circoscrizioni, occorre dividere il numero degli abitanti della Repubblica, risultante dall'ultimo censimento generale della popolazione, per il nuovo divisore 392 (dato dal numero 400 meno gli 8 deputati eletti nella circoscrizione Estero). Poi i seggi sono

* Funzionario dell'Assemblea della Regione Sicilia, con la qualifica di Consigliere parlamentare, a riposo.

** Contributo non sottoposto a valutazione.

distribuiti in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti.

Quanto all'articolo 57 della Costituzione: il numero dei senatori elettivi, attualmente quantificato in 315, è ridotto a 200. Di questi, il numero dei senatori eletti nella circoscrizione estero, attualmente quantificato in 6, è ridotto a 4. Al terzo comma si stabilisce che nessuna Regione, o Provincia autonoma (le Province autonome sono soltanto due: Trento e Bolzano), possa avere un numero di senatori inferiore a tre. Il testo vigente riguardava esclusivamente le Regioni e stabiliva, invece, un numero minimo di sette. Restano invariate le specifiche previsioni per il Molise (due senatori) e per la Valle d'Aosta (uno). La modifica relativa al quarto comma dell'articolo 57 della Costituzione riguarda la ripartizione dei seggi del Senato fra le Regioni e le Province autonome, in proporzione alla loro popolazione. Anche in questo caso la novità sta nell'aver attribuito rilevanza alla dimensione della "Provincia autonoma"; tutto ciò ha pratiche conseguenze soltanto nel caso della Regione Trentino-Alto Adige.

Quanto all'articolo 59 della Costituzione: si fissa un limite più chiaro al potere del Presidente della Repubblica di nominare senatori a vita, fra i cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario. Il numero complessivo dei senatori a vita nominati dal Presidente non può in alcun caso essere superiore a cinque.

Il testo della novella costituzionale finisce qui, ma occorre considerare attentamente pure quanto stabilito riguardo alla "Decorrenza delle disposizioni". Si prevede che le disposizioni degli articoli 56 e 57 della Costituzione, che, come si è visto, riguardano, rispettivamente, la composizione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, si applichino a decorrere: a) dalla data del primo scioglimento o della prima cessazione delle Camere successiva all'entrata in vigore della presente legge costituzionale; b) in ogni caso, non prima che siano decorsi sessanta giorni dal momento in cui la predetta legge costituzionale entra formalmente in vigore. Le due parole "scioglimento" e "cessazione" che si leggono sub a) si

n. 2/2019

riferiscono, rispettivamente, all'ipotesi della conclusione anticipata della Legislatura ed all'ipotesi della conclusione naturale alla scadenza del quinquennio (articolo 60, primo comma, della Costituzione).

Com'è noto, ai sensi dell'articolo 138, secondo comma, della Costituzione, una riforma costituzionale che non sia stata approvata con una maggioranza di due terzi, in seconda deliberazione, tanto dal Senato quanto dalla Camera, può essere sottoposta a Referendum confermativo, quando lo richiedano: a) un quinto dei membri di una delle due Camere; b) cinquecentomila elettori; c) cinque Consigli regionali. Nel nostro caso, la maggioranza di due terzi si è raggiunta alla Camera, ma non nella precedente, seconda deliberazione al Senato.

I fatidici tre mesi dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* scadranno nel mese di gennaio del 2020; solo allora si saprà se sarà in campo una richiesta di Referendum popolare confermativo, validamente formulata. Qualora si effettui il Referendum, la legge costituzionale sarà promulgata soltanto se approvata dalla maggioranza dei voti validi. Com'è noto, nel Referendum costituzionale confermativo non c'è *quorum* di validità; prevale, dunque, la maggioranza relativa dei votanti.

Per riassumere: la legge costituzionale entrerà in vigore se, dopo tre mesi dalla pubblicazione, non sarà stato chiesto il Referendum nelle forme e modalità prescritte; oppure se, dopo lo svolgimento del Referendum, risulterà approvata dalla maggioranza dei voti validi.

L'ultimo passaggio parlamentare, quello dell'8 ottobre 2019 alla Camera dei deputati, indurrebbe a pensare che la novella costituzionale incontri un consenso vastissimo fra le forze politiche, sia da parte dei Gruppi parlamentari che sostengono il Governo, sia da parte dei Gruppi parlamentari di opposizione. La riforma, infatti, ha ottenuto 553 voti favorevoli, mentre i "No" sono stati soltanto 14 e gli astenuti 2.

Tra i Gruppi attualmente all'opposizione, la Lega e Fratelli d'Italia hanno convintamente sostenuto la riforma costituzionale in tutte le fasi

dell'*iter* parlamentare; anche il Gruppo di Forza Italia si è sempre dichiarato a favore, in questo caso però con qualche distinzione individuale.

A ben vedere, in questa seconda deliberazione della Camera, le considerazioni di ordine strettamente politico hanno sicuramente inciso sul voto dei deputati: ad esempio, il Gruppo del Partito Democratico che, in precedenza, si era sempre opposto alla riforma, ha votato a favore per non contraddire, sul nascere, la nuova alleanza di governo con il Movimento Cinque Stelle.

Si assiste così al curioso fenomeno di deputati i quali, dopo aver votato “Sì” nell’ultimo voto per la riforma, hanno, pochi giorni dopo, sottoscritto la richiesta di Referendum.

2. Le precedenti proposte di riduzione del numero dei parlamentari

L’opposizione più vivace ai contenuti della riforma costituzionale si è manifestata finora nella società civile ed è stata alimentata da forze politiche di minoranza, come ad esempio il Partito Radicale transnazionale, non rappresentate in Parlamento. Le critiche possono essere ricondotte fondamentalmente a tre argomenti. Il primo è la difesa di principio della democrazia rappresentativa, o democrazia parlamentare, anche definita “democrazia liberale” *tout court*. Il secondo argomento è la protesta contro la asserita compressione della rappresentanza. L’ultimo argomento è la protesta contro chi vorrebbe realizzare qualche modesto risparmio di spesa pubblica, tagliando i “costi della democrazia”.

I sostenitori della democrazia rappresentativa, o parlamentare, o liberale, che dir si voglia, muovono da un classico sillogismo. Premessa maggiore: la riforma costituzionale è stata concepita e voluta dal Movimento Cinque Stelle, il quale ne ha fatto un proprio cavallo di battaglia. Premessa minore: il Movimento Cinque Stelle avversa la democrazia parlamentare ed è fautore della democrazia diretta. Conclusione: la riforma costituzionale

contraddice la democrazia parlamentare e tende a ridimensionarla o, addirittura, a sovvertirla.

Poiché anche noi, nella nostra modestia, abbiamo qualche rudimento di logica, diciamo subito che il predetto modo di argomentare costituisce un'evidente forzatura. È discutibile che tutti i deputati e tutti i senatori del Movimento Cinque Stelle siano degli avversari dichiarati della democrazia rappresentativa; non foss'altro perché siedono in Parlamento e svolgono, si presume con consapevolezza, un ruolo rappresentativo. Anche ammesso e non concesso che coltivino, segretamente, disegni di sovversione del sistema rappresentativo, c'è una considerazione insuperabile: considerati i rapporti di forza nell'attuale diciottesima Legislatura del Parlamento, il Movimento Cinque Stelle non ha i numeri per imporre una revisione della Costituzione perfettamente conforme ai valori di riferimento del Movimento medesimo, qualunque sia l'interpretazione che si dà di questi valori.

Si è visto quanto sia complicato e difficile modificare le disposizioni della Costituzione; perché i Padri Costituenti che la scrissero introdussero, giustamente, delle procedure che forniscono a tutti il massimo di garanzie, inclusa la possibilità di rimettere l'ultima decisione al Corpo elettorale, attraverso il ricorso al Referendum popolare confermativo. Basta leggere quanto scritto nell'articolo 138 della Costituzione.

Qualora il Movimento Cinque Stelle, ad esempio, avesse voluto modificare l'articolo 67 della Costituzione, secondo cui «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato», avrebbe avuto grandi difficoltà a raccogliere, intorno a questa proposta, il consenso della maggioranza assoluta dei deputati e dei senatori. In ogni caso, noi avremmo avversato tale proposta.

La verità è che la riforma costituzionale di cui ci stiamo occupando ha un contenuto esattamente circoscritto; è una riforma "minimale", in tutti i sensi. Si può dividerla, o si può criticarla; ma bisogna restare nel

merito. Non c'entra alcunché la democrazia diretta, così come niente c'entra la proposta di introdurre il mandato imperativo per i parlamentari.

L'argomento della asserita compressione della rappresentanza si scontra contro un fatto incontestabile: a partire dalla Relazione della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, presieduta dal deputato liberale Aldo Bozzi, relazione presentata alle Camere il 29 gennaio 1985, il tema della riduzione del numero complessivo dei parlamentari è sempre stato presente nei progetti di riforma.

Nella citata Relazione della Commissione Bozzi si legge: «Per quanto riguarda la composizione, la Commissione auspica una riduzione del numero complessivo dei parlamentari, consigliata anche dal minor carico di lavoro che dovrebbe gravare sulle Camere a seguito delle riforme proposte, e in particolare a seguito della differenziazione delle funzioni e della delegificazione»¹. Tra le soluzioni allora vagliate dalla Commissione: «quella di ancorare la composizione della Camera e della parte elettiva del Senato ad un numero fisso, ma più ridotto dell'attuale: le proposte presentate in Commissione in questo senso prospettano una Camera di 480-500 deputati, e un Senato comprendente 240-250 senatori elettivi»².

Vediamo di render conto, sinteticamente, di quanto accaduto nei 34 anni trascorsi dal tempo della Commissione Bozzi, con specifico riferimento alle proposte di nuova definizione della composizione del Parlamento.

I] *Testi elaborati dalla Commissione bicamerale presieduta da Massimo D'Alema nella XIII Legislatura.* Previsione: il numero dei deputati non può essere inferiore a 400 e superiore a 500 ed è determinato dalla legge. Il numero dei senatori elettivi è di 200.

¹ Relazione della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, presentata alle Presidenze delle Camere il 29 gennaio 1985, Camera dei deputati / Senato della Repubblica, IX Legislatura, Doc. XVI-bis, n. 3, Volume primo, 21.

² Relazione della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, cit., 21-22.

II] *Progetto di legge costituzionale approvato da una maggioranza parlamentare di centrodestra e sottoposto a Referendum popolare, con esito negativo, il 25-26 giugno 2006, nella XIV Legislatura.* Previsione: la Camera dei deputati è composta da 518 deputati elettivi, diciotto dei quali eletti nella circoscrizione Estero. Il Senato federale è composto da 252 senatori eletti in ciascuna Regione contestualmente all'elezione del rispettivo Consiglio regionale o Assemblea regionale e, per la Regione Trentino-Alto Adige / Südtirol, dei Consigli delle Province autonome. Partecipano all'attività del Senato federale, senza diritto di voto, rappresentanti delle Regioni e delle autonomie locali.

III] *Cosiddetta "bozza Violante", ossia il testo approvato dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati il 17 ottobre 2007, nella XV Legislatura.* Previsione: il numero dei deputati è di 500, oltre a 12 eletti nella circoscrizione Estero. Il Senato federale è eletto su base regionale, salvi sei seggi assegnati alla circoscrizione Estero. In ciascuna Regione i senatori sono eletti dal Consiglio regionale al proprio interno, e dal Consiglio delle autonomie locali tra i componenti dei consigli dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane. Il numero dei senatori eletti dai Consigli regionali va da un minimo di cinque, nelle Regioni con popolazione sino a un milione di abitanti, ad un massimo di dodici nelle Regioni con più di sette milioni di abitanti. L'elezione avviene con voto limitato, affinché possano essere rappresentati sia l'indirizzo politico maggioritario, sia le più consistenti minoranze consiliari. Le Regioni Valle d'Aosta e Molise eleggono, ciascuna, un senatore; le Province autonome di Trento e Bolzano eleggono due senatori per ciascuna. In ogni Regione, il Consiglio delle autonomie locali elegge un senatore nelle Regioni sino ad un milione di abitanti e due senatori nelle Regioni con popolazione superiore ad un milione di abitanti.

IV] *Disegno di legge costituzionale, elaborato quando era in carica il governo presieduto da Mario Monti, approvato in prima lettura dall'Assemblea del Senato il 25 luglio 2012 e trasmesso alla Camera*

(denominato n. 5386 / Atti Camera), nella XVI Legislatura. Previsione: il numero dei deputati è di 508, otto dei quali eletti nella circoscrizione Estero. Il Senato federale è composto da 250 senatori eletti a suffragio universale e diretto su base regionale. Partecipano ai lavori del Senato federale, secondo le modalità e con gli effetti previsti dal suo Regolamento, con diritto di voto sulle materie di legislazione concorrente ovvero di interesse degli Enti territoriali, un rappresentante per ogni Regione, eletto fra i propri componenti, all'inizio di ogni legislatura regionale, da ciascun Consiglio o Assemblea regionale. Per la Regione Trentino-Alto Adige / Südtirol, i Consigli delle Province autonome eleggono ciascuno un rappresentante. I rappresentanti delle Regioni nel Senato federale non sono membri del Parlamento, non ricevono la relativa indennità.

V] *Progetto di legge costituzionale "Renzi – Boschi", approvato da una maggioranza parlamentare di centrosinistra e sottoposto a Referendum popolare, con esito negativo, il 4 dicembre 2016, nella XVII Legislatura.* Previsione: il numero dei deputati è di 630, dodici dei quali eletti nella circoscrizione Estero. Il Senato della Repubblica è composto da 95 senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica. I Consigli regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano eleggono, con metodo proporzionale, i senatori tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori. La durata del mandato dei senatori coincide con quella degli organi istituzionali territoriali dai quali sono stati eletti. Secondo la predetta previsione, dunque, dei 95 senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali, 74 ricoprono, contemporaneamente, la carica di consiglieri regionali e 21 ricoprono, contemporaneamente, la carica di sindaci. A fronte di tale composizione del Senato, nel progetto "Renzi – Boschi", così viene riformulato l'articolo 55 della Costituzione, per la parte relativa alle attribuzioni del medesimo Senato (si veda il quinto comma): «Il Senato della Repubblica rappresenta le Istituzioni territoriali ed esercita funzioni

di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica. Concorre all'esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Costituzione, nonché all'esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea. Partecipa alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea. Valuta le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori. Concorre ad esprimere pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge e a verificare l'attuazione delle leggi dello Stato». Attribuzioni di grande rilevanza, come si vede, rispetto alle quali c'è fortemente da dubitare che la prevista composizione del Senato sia adeguata allo svolgimento dei compiti di istituto. Tanto più che, secondo la formulazione delle modifiche costituzionali proposte, i medesimi senatori non lavorerebbero a tempo pieno per il Senato, dovendo contemporaneamente assolvere altri rilevanti impegni istituzionali nei consigli regionali, o nelle amministrazioni comunali di cui sono membri.

Alla luce di questo *excursus* storico, la nostra conclusione è che il numero alla fine individuato dalla riforma costituzionale approvata nel 2019, 400 deputati e 200 senatori, sia equilibrato. Un Senato di 200 membri può funzionare perfettamente.

3. La riduzione del numero dei parlamentari nell'attuale bicameralismo paritario

I critici della riforma hanno ragione su un punto: la Relazione della Commissione Bozzi, del gennaio 1985, affermava l'esigenza di superare il bicameralismo paritario, nel senso di differenziare le attribuzioni della Camera e del Senato e di non coinvolgere entrambi i Rami del Parlamento nel procedimento legislativo, fatta eccezione per gli atti di maggiore

rilevanza (disegni di legge costituzionale, eccetera). Come si è visto dal sommario *excursus* storico, richiamato nel paragrafo precedente, tutti i progetti di riforma tentati nelle successive legislature erano, in qualche misura, rivolti al medesimo obiettivo della differenziazione delle attribuzioni di ciascuna Camera. Non a caso in molti progetti il Senato veniva definito “federale”; con ciò stesso diventava l’assemblea direttamente rappresentativa del sistema delle Regioni e delle autonomie locali.

Calibrare attribuzioni e competenze delle due Camere, tuttavia, non è cosa semplice, né facile. Questa scelta è immediatamente connessa alla disciplina del procedimento legislativo: ci saranno ipotesi in cui entrambe le Camere sono chiamate a concorrere all’*iter* legislativo perché vengono in considerazione atti di particolare rilevanza; ipotesi in cui l’attività legislativa è di competenza della sola Camera dei deputati, quale Organo di rappresentanza generale; ipotesi in cui il Senato, in relazione alle materie trattate, può chiedere di pronunciarsi comunque, sia pure in modo non vincolante, su progetti di legge di competenza della Camera; ipotesi in cui, trattandosi, ad esempio, di materie quali l’ordinamento delle autonomie locali, spetta soltanto al Senato legiferare. Passare da questo schema concettuale alle disposizioni normative che dovrebbero codificarlo, è tutt’altro che agevole. Si pensi alle infinite polemiche provocate dalla proposta di riformulazione dell’articolo 70 della Costituzione, contenuta nel progetto di legge costituzionale “Renzi – Boschi” del 2016. Di fronte a tante ipotesi differenziate di procedimento legislativo, ciascuna suscettibile di ulteriori varianti, tanto il tecnico del diritto, quanto il comune cittadino, finiscono, per ragioni diverse, per provare sentimenti di fastidio e di smarrimento. Si ha la sensazione che una riforma così concepita complichino le procedure, invece di semplificarle.

Il passaggio al bicameralismo differenziato sconta una ulteriore difficoltà. Alcune forze politiche – e tra queste si può citare, senza timore di smentite, il Partito Democratico – ritengono che il sistema bicamerale non

sia più attuale, né più rispondente all'esigenza di assumere decisioni in tempi rapidi. Di conseguenza, sono, tendenzialmente favorevoli a che ci sia una sola Assemblea parlamentare rappresentativa, la Camera dei deputati, con conseguente soppressione del Senato. Considerato poco più di un residuo storico.

Il progetto di legge costituzionale "Renzi – Boschi" del 2016 tendeva, appunto, a ridimensionare l'importanza del Senato, senza però arrivare ad una sua formale soppressione.

Tutte le questioni sollevate sono tuttora molto controverse e non si vede all'orizzonte alcuna possibilità che si formi un orientamento largamente maggioritario fra le forze politiche.

Nelle condizioni descritte, la riforma costituzionale del 2019 ha l'immenso pregio della semplicità. Conseguisce l'obiettivo di ridurre il numero dei parlamentari, ma lascia impregiudicata l'eventualità che, in futuro, possa essere introdotta una nuova disciplina delle attribuzioni delle due Camere. Il riformatore costituzionale del 2019 procede per piccoli passi ed invita quanti hanno progetti riformatori più ambiziosi a continuare a studiare.

4. Conservatori e innovatori

Noi non pensiamo che quanti hanno smania di innovare abbiano, per principio, ragione. In tempi non troppo lontani, l'amore del "nuovo" fine a sé stesso ha caratterizzato il movimento dei "Futuristi" ed il futurismo, come sappiamo, si è trovato in perfetta consonanza con il fascismo. Piero Gobetti, il quale era un liberale e non un conservatore, ha descritto in poche righe un vizio di fondo della mentalità politica italiana: «Si potrebbe cercare, senza intenzione riposta d'arguzia, la più grave deficienza del liberalismo italiano nella lunga mancanza di un partito politico francamente conservatore. Senza conservatori e senza rivoluzionari, l'Italia è diventata la patria

naturale del costume demagogico. Di fronte al pericolo del clericalismo, ora reale ora immaginato da fantasie garibaldine, anche i retri si sono ridotti ad amoreggiare col radicalismo»³.

La proposta di ridurre il numero dei membri del Parlamento italiano esercita, da sempre, su di noi il fascino delle buone cause. In questo caso, la buona causa coincide con il dovere di contrastare la cattiva politica.

La cattiva politica si riconosce subito per le seguenti caratteristiche. La prima è che tende ad aumentare il più possibile il numero di persone che “vivono” di politica, mantenute dal pubblico denaro. Non si fa riferimento esclusivamente ai titolari di funzioni pubbliche elettive, ma anche ai politici non più rieletti e temporaneamente “parcheggiati” nei consigli di amministrazione di Enti, Aziende, Fondazioni culturali, Istituti di credito, eccetera, per nomina politica. A costoro si aggiunge l’esercito dei collaboratori dei politici, dei funzionari di partito, degli addetti stampa e, in genere, dei giornalisti che lavorano in organi di informazione di partito, oppure formalmente indipendenti, ma, nella sostanza, a servizio di un partito. La seconda caratteristica è la tendenza a moltiplicare il numero degli “Enti”: livelli di governo territoriale, nuovi enti pubblici territoriali, organi di decentramento, organi di raccordo fra più enti diversi. Qui si contraddice una regola che, in filosofia, è nota come “Rasoio di Ockham” (italianizzato in Occam): “*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*”, ossia non bisogna aumentare il numero degli enti, se non quando ciò sia strettamente necessario. Guglielmo di Ockham, eminente filosofo e frate francescano inglese, visse a cavallo tra la fine del tredicesimo e la prima metà del quattordicesimo secolo. La formula del “Rasoio di Ockham”, trasportata dalla filosofia al diritto pubblico, è una regola basilare

³ P. GOBETTI, *La Rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*, in *Opere complete di Piero Gobetti*, volume primo *Scritti politici*, a cura di Paolo Spriano, Einaudi, Torino, 1960, 949. Il *Saggio* citato fu pubblicato nel 1924, a Bologna.

di buona amministrazione. Chi vuole più “Enti” lo fa per creare più posti nei quali sistemare persone (siano colleghi di partito, o riconducibili ad una clientela personale), sempre a spese del pubblico denaro, ossia della collettività.

I politici di professione, per difendere sé stessi, sono soliti liquidare come manifestazione di “antipolitica” tutte le critiche nei loro confronti. Sono abilissimi nel ricondurre a nobili esigenze ideali le peggiori pratiche. Nobile ideale è quello di garantire adeguata rappresentanza istituzionale ad ogni comunità territoriale.

Si parte dal presupposto che più alto sia il numero dei rappresentanti, maggiore sia la capacità rappresentativa. Peccato non si tenga conto che, per rappresentare una medesima comunità territoriale, vengano in considerazione: consiglieri comunali, consiglieri regionali, parlamentari nazionali (deputati e senatori), parlamentari europei. Alcuni si sentono orfani dei consiglieri provinciali, da quando questi ultimi non sono più eletti direttamente dal Corpo elettorale. A ben vedere, tanti rappresentanti, rispettivamente eletti ai diversi livelli di governo territoriale, non aumentano la complessiva capacità rappresentativa. Al contrario, possono determinare una situazione di confusione istituzionale, in cui non sia più chiaro a quale assemblea rappresentativa competa un determinato adempimento ed i diversi livelli di governo territoriale si rimpallino, fra loro, le responsabilità per quanto non è stato fatto, o per quanto dovrebbe farsi con carattere d’urgenza.

Altro nobile ideale, continuamente evocato, è quello della “partecipazione democratica”. Libertà è partecipazione, cantava Giorgio Gaber nel 1972. Ci permettiamo di obiettare che c’è una parolina magica la quale consente di distinguere ciò che davvero è nobile, da quanto nobile non è. Questa parolina è: “*gratis*”. Ad esempio, il volontariato è nobile cosa nei limiti in cui è dono gratuito agli altri del proprio impegno e del proprio tempo. Allo stesso modo, la politica è attività nobile quando è fatta volontariamente, per passione ideale e per amore nei confronti della

comunità sociale della quale si fa parte. A noi piace aggiungere: per amore della propria Patria.

Ovviamente, una cosa è l'interesse per la politica che dovrebbe contraddistinguere ogni buon cittadino, altra cosa è la scelta di candidarsi a cariche elettive, o amministrative, o di governo. In questo secondo caso, c'è il salto di qualità, perché ci si carica di responsabilità istituzionali. Si passa dalla dimensione dei comuni cittadini a quella dei "decisori politici".

Nell'opinione pubblica italiana dei giorni nostri c'è la molto radicata convinzione che la rappresentanza parlamentare, fatte sempre le dovute eccezioni e considerata nella sua media, sia di mediocre qualità.

La qualità della rappresentanza non è frutto del caso. Dipende essenzialmente da due fattori: a) la legge elettorale vigente, in forza della quale vengono selezionati deputati e senatori; b) le caratteristiche della forza politica che esprime le candidature per la Camera e per il Senato.

Con riferimento alla storia dell'Italia repubblicana, si possono distinguere quattro diversi periodi, nei quali la selezione della rappresentanza parlamentare è stata determinata da quattro differenti leggi elettorali.

Il primo periodo comprende le prime undici legislature. Una legge proporzionale, senza previsione di soglia di sbarramento, e con la facoltà degli elettori di esprimere preferenze, si è tradotta in un sistema multipartitico, nel quale tutte le principali correnti politico-ideali avevano rappresentanza parlamentare.

Il secondo periodo comprende le legislature dalla dodicesima alla quattordicesima. A partire dalle elezioni politiche del 27 marzo 1994, ha trovato applicazione la legge elettorale 4 agosto 1993, n. 277, (legata al nome di Sergio Mattarella). Ai sensi di questa nuova normativa, il 75 per cento dei seggi della Camera dei deputati erano attribuiti in altrettanti collegi uninominali, con sistema maggioritario. Una legge elettorale dello stesso tenore disciplinava le elezioni del Senato. Il collegio uninominale deriva dall'esperienza storica inglese. Ogni territorio ha il suo rappresentante

istituzionale assicurato e questo ruolo va al candidato più votato nel collegio di riferimento, con esclusione di tutti gli altri. Per avere più probabilità di vincere nei singoli collegi, più partiti hanno interesse a coalizzarsi fra loro per esprimere candidati comuni nei collegi. Il sistema politico tende così, naturalmente, ad assumere un carattere “bipolare”, nel senso che si costituiscono due grandi alleanze politiche, fra loro antagoniste ed alternative. Nella concreta esperienza storica italiana, il bipolarismo si è risolto nell’alternativa tra uno schieramento di centrodestra ed uno schieramento di centrosinistra.

In teoria, nulla impediva che a coalizzarsi fossero gli stessi partiti "storici" che erano stati protagonisti delle prime undici legislature repubblicane. Nella realtà, il sistema politico italiano risultò completamente sconvolto dal fatto che il mutamento della legge elettorale si accompagnò alla scomparsa dei partiti tradizionali e all’affermazione di soggetti politici nuovi.

I partiti che in precedenza erano stati alleati nella formula del “pentapartito” ed avevano condiviso la responsabilità del governo, DC, PSI, PSDI, PRI e PLI, decisero, l’uno dopo l’altro, il proprio auto-scioglimento, anche perché travolti dalle inchieste giudiziarie del periodo cosiddetto di “Tangentopoli”. Il Partito Comunista, dopo l’abbattimento del muro di Berlino nel 1989 ed il successivo crollo dell’Unione Sovietica, decise di cambiare nome e nel 1991 divenne il “Partito Democratico della Sinistra”, in sigla PDS, con Segretario politico Achille Occhetto.

Nella parte settentrionale del Paese si affermò La Lega Nord di Umberto Bossi, la quale già nelle elezioni politiche del 5-6 aprile 1992, le ultime con la legge elettorale proporzionale, elesse 55 deputati e 25 senatori, mentre cinque anni prima, nelle elezioni del giugno 1987, la Lega Lombarda aveva ottenuto soltanto due rappresentanti in Parlamento (un deputato e un senatore). La Lega Nord si caratterizzò allora come partito di protesta contro il malaffare politico, in perfetta sintonia con le inchieste giudiziarie condotte dalla magistratura. Nel contempo, aveva le caratteristiche di un

partito “antisistema”; infatti puntava, addirittura, alla secessione di una parte del territorio nazionale, la “Padania”, in radicale contrasto con il principio costituzionale secondo cui la Repubblica è «una e indivisibile» (articolo 5 della Costituzione, inserito tra i Principi fondamentali).

La maggior parte dell’elettorato che prima votava per la Democrazia Cristiana, per il Partito Socialista e per i Partititi laici (PSDI, PRI, PLI) ebbe come suo nuovo riferimento politico il movimento di Forza Italia, fondato dall’imprenditore Silvio Berlusconi. Anche la destra propriamente detta ritenne opportuno modificare la propria offerta politica. Così, nelle elezioni del 1994, le prime con la nuova legge elettorale maggioritaria, si presentò con la denominazione di “Alleanza Nazionale”. Nel gennaio del 1995, fu deciso lo scioglimento del Movimento Sociale italiano – Destra nazionale e restò in campo la nuova Alleanza Nazionale, guidata da Gianfranco Fini.

Ci fu un tentativo di resistenza da parte di quel mondo politico che in precedenza si era riconosciuto nella Democrazia Cristiana. Così, nelle elezioni del 1994, il Partito Popolare italiano, guidato da Mino Martinazzoli, ed il “Patto Segni”, del quale era leader Mario Segni, si presentarono alleati nei collegi uninominali, con la denominazione di “Patto per l’Italia”; scelsero una posizione centrista, senza alleanze né a destra, né a sinistra. Questo cartello elettorale conseguì, sul piano nazionale, sei milioni e 19 mila voti (15,63 % del totale dei voti validi), ma, per la logica stessa del sistema maggioritario di collegio, ottenne soltanto quattro seggi in tutta Italia. Ci riferiamo alle elezioni della Camera. Con il secondo voto, per la quota proporzionale, il PPI conseguì 29 seggi ed il Patto Segni 13 seggi. Si ebbe così la conferma che la scelta di non entrare a far parte di alleanze più ampie, risultò fortemente penalizzante in termini di rappresentanza parlamentare.

Il sommarsi di questi due fenomeni, passaggio ad una legge elettorale prevalentemente maggioritaria e sostituzione dei precedenti partititi “storici” con nuovi soggetti politici, ebbe effetti tanto rilevanti che, nel linguaggio giornalistico, si affermò la tesi che nel 1994 aveva avuto inizio una “seconda Repubblica”.

I partiti politici nati in Italia negli anni Novanta del ventesimo secolo hanno subito assunto caratteristiche molto diverse rispetto ai partiti costituitisi negli anni 1943-1945, dopo la caduta del fascismo.

Anche nella cosiddetta “prima Repubblica”, in tutti i partiti c'erano personalità decisamente dominanti. Facciamo degli esempi. Alcide De Gasperi, Amintore Fanfani, Aldo Moro, nella Democrazia Cristiana. Palmiro Togliatti, Enrico Berlinguer, nel Partito Comunista. Pietro Nenni, Bettino Craxi, nel Partito Socialista. Giuseppe Saragat nel Partito Socialista Democratico. Giovanni Malagodi, nel Partito Liberale. Ugo La Malfa nel Partito Repubblicano. Giorgio Almirante nel Movimento Sociale italiano - Destra Nazionale. Questi uomini politici, pur eminenti, incontravano comunque dei limiti proprio perché inseriti in veri partiti politici.

Ogni partito aveva una propria tradizione storica, una quasi sempre vivace dialettica interna, esprimeva altri dirigenti politici e rappresentanti istituzionali, molti dei quali di notevole livello qualitativo. Ogni partito si configurava come un “soggetto collettivo”, un'intelligenza collettiva. Il modello di partito restava quello che aveva avuto le proprie origini nell'Inghilterra del diciottesimo secolo, con la dialettica fra *Tories* e *Whigs*, e che poi si era affermato ovunque nel diciannovesimo secolo. Ogni partito aveva una forte caratterizzazione ideale; anzi, sarebbe più esatto scrivere “ideologica”. Ciò comportava che le campagne di tesseramento e le adesioni di nuovi iscritti non dipendevano esclusivamente dalla linea politica attuale del partito; ma una quantità significativa di persone decidevano di iscriversi per il fatto di condividere una data concezione ideale, una determinata visione della storia. Gli organismi direttivi dei partiti avevano certamente un potere di indirizzo della linea politica; ma questa doveva poi essere confermata e legittimata da assemblee congressuali, prima a tutti i livelli territoriali, poi in ambito nazionale. In questo modo, dirigenti, militanti e semplici iscritti avevano l'impressione di dare un proprio contributo di elaborazione; erano, o si illudevano di essere, protagonisti: spettava loro esprimere consenso, o dissenso, rispetto a nuove analisi della realtà, a nuove

riflessioni progettuali, alla individuazione di nuovi obiettivi per l'azione pratica.

Questo era esattamente il modello di partito che avevano in mente i padri Costituenti quando, nell'articolo 49 della Costituzione della Repubblica italiana, hanno scritto: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

I partiti della cosiddetta “seconda Repubblica” appaiono, invece, dominati, anzi ossessionati, dall'esigenza di dotarsi di una *leadership* forte. Le riunioni nelle sezioni territoriali, i congressi, vengono considerati perdite di tempo. Bisogna decidere in tempi sempre più rapidi. Si afferma la mentalità secondo cui soltanto il *leader* ed il gruppo ristretto di consiglieri che gli sta intorno siano in grado di assumere decisioni con la velocità richiesta dall'incalzare degli eventi. La caratteristica saliente dei soggetti politici di formazione più recente si può, quindi, così riassumere: tutto il potere decisionale si concentra in un vertice, tendenzialmente sempre più ristretto; la base degli iscritti, a prescindere dalle sue dimensioni numeriche, serve soltanto per esprimere consenso al vertice.

La trasformazione descritta dello strumento attraverso cui si opera politicamente ha determinato precise conseguenze nella selezione della rappresentanza parlamentare. La scelta delle candidature è stata ricondotta al vertice ristretto. Questo, ovviamente, nel selezionare i candidati, non poteva non tenere conto dell'esigenza di consolidare sé stesso. Il primo criterio di selezione, prioritario rispetto ad ogni altro, è diventato quello della affidabilità e della fedeltà dei candidati: meglio scegliere persone mediocri, ma pronte a seguire le indicazioni del vertice del partito, piuttosto che persone intelligenti e brillanti, ma dal temperamento troppo indipendente. L'introduzione dei collegi uninominali ha favorito la tendenza predetta. In teoria, in ogni collegio uninominale bisognerebbe candidare una persona molto radicata nel territorio di riferimento. Nella realtà, poiché le candidature nei collegi sono normalmente decise in una

logica di coalizione fra più partiti, e ad ogni partito coalizzato spettano un certo numero di collegi ritenuti “sicuri”, o nei quali la vittoria sia comunque probabile, capitava spesso che alla fine venisse “paracadutato” in un collegio un candidato che risultava completamente estraneo rispetto alla comunità territoriale di cui avrebbe dovuto diventare il rappresentante istituzionale. È successo tante volte e le immancabili proteste della base del partito sono sempre stata superate dall’argomento che non era possibile rimettere in discussione un accordo complessivo fra una pluralità di partiti coalizzati.

La nuova legge elettorale prevalentemente maggioritaria indusse la maggior parte delle forze politiche a ritenere che il Governo del Paese fosse direttamente deciso dal Corpo elettorale. Ciò significava considerare superata la democrazia parlamentare, che pure era il sistema previsto dalla Costituzione. Quando, nel 1997, si insediò la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, presieduta da Massimo D’Alema, il mutamento della “Forma di governo” fu messo all’ordine del giorno. Com’è noto, le proposte elaborate dalla Commissione in materia rimasero sulla carta. Una diversa disciplina costituzionale della “Forma di governo” fu invece realizzata per le Regioni. Con legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1, furono modificati, in particolare, gli articoli 122 e 126 della Costituzione. L’articolo 122 stabilì che il Presidente della Regione è eletto «a suffragio universale e diretto», salvo che lo Statuto regionale disponga diversamente. L’articolo 126 affermò che i reciproci rapporti tra il Presidente della Regione, eletto direttamente dal Corpo elettorale, e il Consiglio regionale fossero basati sul criterio, cosiddetto, del “*simul stabunt, simul cadent*”: che significa, o si reggono insieme, o insieme cadranno. Nell’articolo 126, terzo comma, della Costituzione, fu stabilito che tanto l’eventuale approvazione di una mozione di sfiducia del Consiglio regionale nei confronti del Presidente della Regione, quanto le dimissioni presentate dal medesimo Presidente, avrebbero automaticamente comportato «le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio». Lo stesso effetto fu previsto nel caso

di eventi riguardanti la persona fisica del Presidente: l'impedimento permanente, o la morte.

Nelle vicende della selezione della rappresentanza parlamentare, il terzo periodo è quello che si apre con l'approvazione della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270, (legata al nome di Roberto Calderoli). Con questa legge si votò in tre elezioni consecutive: nell'aprile del 2006, nell'aprile del 2008 e nel febbraio del 2013. Di conseguenza, ben tre Legislature repubblicane, dalla quindicesima alla diciassettesima, sono state determinate, quanto all'elezione dei parlamentari, dalla legge citata. Questo è, senza dubbio, il periodo più oscuro ed infelice dal punto di vista del palese contrasto fra la normativa elettorale e le disposizioni della Costituzione. La legge Calderoli, in linguaggio giornalistico anche detta "Porcellum", abrogò i collegi uninominali. Ciò indusse alcuni commentatori ad equivocarne la natura; forse ignorando che non tutte le leggi di impianto maggioritario storicamente sperimentate si basano sui collegi uninominali. Qualche sprovveduto arrivò a parlare allora di "ritorno al proporzionale". In realtà, si è trattato di una legge maggioritaria; per molti versi modellata sul precedente storico della legge elettorale Acerbo, voluta da Benito Mussolini, con la quale si votò nelle elezioni del 6 aprile 1924. Fu anche grazie alla maggioranza parlamentare ottenuta in attuazione di quella legge che il fascismo poté diventare regime.

La legge n. 270/2005 garantiva comunque alla coalizione più votata, nelle elezioni per la Camera, una maggioranza di 340 seggi, corrispondenti al 55 % dei 617 seggi da assegnare (in questo computo non si consideravano i 12 seggi assegnati nella circoscrizione Estero ed il seggio spettante alla Valle d'Aosta). Si rifletta su un dato che si fonda sulla logica, prima che sul diritto costituzionale: la maggioranza parlamentare predeterminata per legge contrasta in modo stridente con la Forma di governo parlamentare. Un deputato che "per legge" è chiamato ad integrare i numeri della maggioranza parlamentare, non può avere altro compito che quello di votare disciplinatamente tutti i provvedimenti proposti dal Governo. La sua

n. 2/2019

funzione si esaurisce nell'essere presente al momento delle votazioni e nel premere i bottoni giusti del sistema di voto elettronico. Nella Forma di governo parlamentare, invece, il Parlamento è il luogo privilegiato della politica. Il Governo, per reggersi, «deve avere la fiducia delle due Camere» (articolo 94 della Costituzione). Le Camere sono libere di revocare la fiducia ad un Governo ed accordarla ad un altro. Aumenta quindi il peso politico e, in misura corrispondente, la responsabilità, dei singoli deputati; tutti chiamati ad interpretare quello che, dal loro punto di vista, è il bene della Nazione, senza alcun vincolo di mandato. Si rilegga la formulazione dell'articolo 67 della Costituzione.

La legge n. 270/2005 ha, come si è detto, soppresso i collegi uninominali; contemporaneamente ha negato al cittadino elettore la facoltà di esprimere preferenze (nemmeno una) per la scelta dei candidati. Le liste dei candidati erano “bloccate”, nel senso che i seggi spettanti alle varie liste erano attribuiti secondo l'ordine di presentazione dei candidati nelle liste medesime. Di conseguenza, il potere di selezionare la rappresentanza parlamentare era interamente demandato ai ristretti vertici dei partiti. Questi, non soltanto decidevano chi candidare e chi no (potere già esercitato in precedenza), ma determinavano quali candidati avessero serie probabilità di essere eletti, relegando tutti gli altri nella non piacevole condizione di essere meri “riempitivi” delle liste. Agli elettori restava soltanto il potere di votare una lista, piuttosto che un'altra.

C'è stato tutto il tempo perché la legge elettorale detta “Porcellum” fosse studiata approfonditamente, in ogni sua magagna. Noi stessi ce ne siamo occupati tante volte. Poiché, alla fine, alcune disposizioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 1 del 13 gennaio 2014, può sembrare che la declaratoria della Corte sia esaustiva e che tutti gli aspetti problematici siano stati giudicati e risolti. Non è così, perché la Corte Costituzionale decide nei limiti delle questioni sollevate. In questa sede ci preme mettere in luce soltanto un aspetto: una legge elettorale con le caratteristiche della legge n. 270/2005 è

profondamente “manipolativa” della rappresentanza. A livello nazionale si determina come i 340 seggi della maggioranza garantita “per legge” debbano essere distribuiti fra le diverse liste che fanno parte della coalizione risultata più votata. C’è la certezza di quanti seggi spettino, complessivamente, a ciascuna lista, in proporzione ai voti da questa ottenuta; si tratta di un’operazione numerica, rispetto al cui esito non ci sono dubbi. Il problema nasce, invece, quando si tratta di assegnare, nelle circoscrizioni elettorali, i seggi ai quali ciascuna lista ha diritto. Qui le certezze si consumano rapidamente. Anche perché la legge medesima consentiva ad una stessa persona di essere candidata in una pluralità di circoscrizioni; così il vertice del partito poteva riservarsi un ulteriore potere decisionale: quello di determinare la scelta del candidato risultato eletto in più circoscrizioni, facendolo optare per una, piuttosto che per le altre.

Se si intende il significato del termine “partitocrazia”, si comprende la nostra conclusione che la legge n. 270/2005 è stata la legge elettorale più partitocratica che si potesse concepire. Un’autentica vergogna, rispetto alle caratteristiche delle leggi elettorali dei principali Paesi europei: Germania, Francia, Regno Unito. Certo, quando si parta dal criterio che non ci debbano essere né collegi uninominali, né preferenze, non ci sono più limiti al degrado della rappresentanza parlamentare. Poche persone possono determinare come debba essere composto l’intero Parlamento. Hanno lo stesso potere dell’imperatore Caligola quando, per umiliare il Senato, decise di nominare senatore il proprio cavallo *Incitatus*.

Per completezza di ricostruzione storica, ci limitiamo a ricordare che la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 1/2014 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione che attribuisce un premio di maggioranza senza predeterminare la soglia minima di voti, o di seggi, che la coalizione risultata più votata debba raggiungere per ottenere tale premio in seggi, con ciò determinando «una illimitata compressione della rappresentatività dell’Assemblea parlamentare». La Corte ha altresì dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione che «priva

n. 2/2019

l'elettore di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti, scelta che è totalmente rimessa ai partiti». La logica della rappresentanza, consegnata nella Costituzione, è ferita dalla circostanza che «alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione», manchi «il sostegno della indicazione personale dei cittadini».

L'ultima legge elettorale che viene in considerazione è la legge 3 novembre 2017, n. 165, (che porta il nome di Ettore Rosato). Essa prevede che circa un terzo dei parlamentari siano eletti in collegi uninominali con metodo maggioritario. Per l'esattezza, sono eletti con metodo maggioritario 232 deputati su un totale di 630; e 116 senatori, su un totale di 315. Si tratta di un sistema elettorale misto, che ricorda, per qualche aspetto, la legge Mattarella del 1993. Mentre quest'ultima, però, era prevalentemente maggioritaria, con il 75 % dei seggi disponibili assegnati nei collegi uninominali, la legge Rosato è prevalentemente proporzionale. Altra differenza rilevante è che nella legge Mattarella la competizione fra le liste per il voto proporzionale avveniva in circoscrizioni medio-grandi; viceversa, nella legge Rosato si fa riferimento a "collegi plurinominali", di dimensioni medio-piccole.

La legge n. 165/2017 ha trovato applicazione nelle ultime elezioni politiche, del marzo 2018. Nelle elezioni della Camera, il Movimento Cinque Stelle, interpretando un voto di protesta, straordinariamente consistente e concentrato territorialmente, è riuscito a conquistare 76 collegi uninominali degli 80 complessivamente istituiti nelle otto Regioni dell'Italia meridionale e insulare: Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia, Sardegna. Ciò ha sovvertito ogni previsione, perché il Movimento Cinque Stelle correva da solo, mentre il sistema dell'elezione nei collegi uninominali con metodo maggioritario, potenzialmente premia chi disponga di una capacità di coalizione più larga possibile. Nel voto alle liste, il Movimento Cinque Stelle ha ottenuto 10 milioni 732 mila voti (pari al 32,68 % del totale dei voti validi espressi) e 133 seggi.

Alla Camera la attuale consistenza del Gruppo parlamentare del Movimento Cinque Stelle è davvero ragguardevole: 216 deputati, a fronte dei 124 deputati della Lega e degli 89 deputati del PD.

È importante, dunque, verificare come il Movimento Cinque Stelle abbia selezionato la propria rappresentanza parlamentare. Va ricordato che il Movimento è nato dall'iniziativa di due personalità carismatiche: Beppe Grillo e Gianroberto Casaleggio, quest'ultimo morto nel mese di aprile del 2016. La logica iniziale è stata quella propria di un gruppo rivoluzionario, o di un partito leninista: una minoranza attiva, di persone legate fra loro da una forte affinità ideale, deve educare il popolo e guidarlo politicamente. Attualmente Grillo conserva un atipico ruolo di "garante" delle regole statutarie; è, comunque, un'anomalia che il *leader* più autorevole per gli aderenti al Movimento non partecipi alle elezioni e non ricopra cariche istituzionali. Mantenendo, peraltro, una forte influenza sugli aderenti al Movimento che ricoprono cariche istituzionali.

Fatta eccezione per il ristretto gruppo dei fondatori, tutti gli iscritti sono accomunati dalla regola secondo cui "uno vale uno": nel senso che tutti si equivalgono e devono avere lo stesso peso politico. Proprio questa regola è stata applicata per l'individuazione delle candidature alla Camera o al Senato. Ogni iscritto poteva proporsi. Non si richiedeva che avesse alcuna particolare esperienza, o alcuna specifica competenza. L'unico requisito richiesto era l'onestà, intesa come assenza di precedenti penali. Nella totale mancanza di strutture organizzative nella dimensione regionale, che potessero fungere da filtro per le candidature, la scelta fra quanti si erano auto-candidati è stata rimessa alla piattaforma Rousseau. Nei giorni 16 e 17 gennaio 2018 si sono tenute le cosiddette "parlamentarie" del Movimento. Risulta che, tra le persone che avevano diritto a votare tramite la piattaforma Rousseau, i votanti effettivi siano stati 39.991 per la scelta dei candidati alla Camera e 38.878 per la scelta dei candidati al Senato. Ovviamente, la scelta di ogni votante era limitata al proprio ambito territoriale, ossia ai candidati nei collegi plurinominali e nei collegi



n. 2/2019

uninominali compresi in quell'ambito. Alla fine, i candidati più noti, per lo più già con l'esperienza di un mandato parlamentare, sono stati approvati con un migliaio di voti. La stragrande maggioranza dei candidati, invece, sono stati approvati con poche centinaia, o addirittura, con poche decine di voti, ciascuno.

Si può concludere che il Movimento Cinque Stelle ha immesso nelle Istituzioni rappresentative tante donne e tanti uomini "nuovi"; ciò è sicuramente un fatto positivo. Considerando le cose da un diverso angolo visuale, tuttavia, si ha l'impressione che tanti deputati e senatori siano stati letteralmente "raccattati" dalla strada. Non a caso Beppe Grillo teorizza che sarebbe preferibile abolire le elezioni e scegliere i rappresentanti istituzionali per "sorteggio".

Due concezioni ideologiche, fra loro molto diverse, hanno finito così per convergere nello stesso risultato di svalutare la rappresentanza parlamentare: da un lato, la preoccupazione, fortemente avvertita tanto dai gruppi del centro-destra, quanto dal Partito Democratico, di privilegiare la stabilità governativa, a discapito della capacità rappresentativa del Parlamento; dall'altro lato, la mentalità ultra-egualitaria del Movimento Cinque Stelle, per cui non c'è differenza fra un Cavour ed un qualsiasi deputato, perché l'unica cosa che importa è che il parlamentare segua fedelmente le direttive che riceve.

Alla luce del ragionamento svolto finora, bisogna sia chiaro che quanti si oppongono alla riduzione del numero dei parlamentari non intendono "conservare" il venerabile assetto costituzionale entrato in vigore nel 1948. No, vogliono "conservare", invece, la situazione esistente, contraddistinta da un sempre più evidente e più accentuato fenomeno di scadimento qualitativo e di perdita di prestigio della rappresentanza parlamentare. A partire dalla dodicesima, fino all'attuale diciottesima legislatura, c'è stata una china soltanto discendente.

Il deputato semplice, che non abbia almeno il conforto di ricoprire una carica nell'Ufficio di presidenza di una Commissione parlamentare, è il

primo a sentirsi frustrato. Viene chiamato “peone”, appellativo certamente non onorevole; ma quale può essere la considerazione di chi ha il ruolo di schiacciare, a comando, un bottone del sistema di voto elettronico?

La riduzione del numero dei parlamentari produrrà intanto un effetto, probabilmente non previsto da coloro che hanno concepito questa riforma costituzionale: la drastica riduzione dei “peones”.

Ai rappresentanti del popolo si possono applicare i medesimi criteri che spiegano il meccanismo dell’inflazione monetaria in economia: più aumenti il numero complessivo dei rappresentanti, meno vale il singolo parlamentare. Viceversa, se fissi un numero equilibrato, avrai un parlamentare “pesante”, realmente rappresentativo di un territorio. Avrai un singolo parlamentare che conta individualmente di più, quindi può essere più incisivo.

Quanti hanno un’idea chiara di cosa sia lo Storicismo si ricorderanno di Giambattista Vico e della sua teoria sul ruolo della Provvidenza, la quale costantemente realizza i propri fini avvalendosi di quelle stesse energie che gli esseri umani indirizzano, di volta in volta, al perseguimento di tutt’altri scopi. Può darsi che si parlerà di eterogenesi dei fini anche con riferimento al Movimento Cinque Stelle. Può darsi che, fra dieci anni, questa forza politica non esisterà più. Se la riforma costituzionale di cui stiamo discutendo entrasse in vigore, il Movimento lascerebbe comunque una traccia significativa di sé nella storia istituzionale del Paese.

La riduzione del numero dei parlamentari, se associata ad una legge elettorale appena appena dignitosa, determinerà una soluzione di continuità nei costumi politici italiani e potrà conferire nuova dignità al Parlamento.

5. Risparmiare sui costi della politica

Il risparmio annuale derivante dalla soppressione di 345 posti di parlamentare non è un'entità trascurabile. Può apparire tale a chi si limiti a considerare l'importo dell'indennità parlamentare e poche altre voci di spesa a questa connesse. Sappiamo che il diritto dei membri del Parlamento a ricevere «un'indennità stabilita dalla legge» è garantito direttamente dalla Costituzione (si veda l'articolo 69 Cost.). È giusto che ai parlamentari sia corrisposta un'indennità perché il ruolo di rappresentanza politica deve poter essere svolto da qualunque cittadino che riceva un mandato elettivo e non esclusivamente da coloro che hanno le risorse economiche per potersi mantenere buona parte di ogni settimana a Roma. È giusto che l'importo di tale indennità sia congruo, perché ciò rende più liberi i singoli parlamentari, dotandoli di un'entrata certa che consenta loro di vivere dignitosamente, senza aver bisogno di mendicare favori. Lo Statuto Albertino, che fu la Costituzione del Regno d'Italia, disponeva all'articolo 50 che: «Le funzioni di Senatore e di Deputato non danno luogo ad alcuna retribuzione od indennità». Tale disposizione non favoriva certamente la moralità del ceto parlamentare. Fu soltanto nel 1912, quando Presidente del Consiglio era Giovanni Giolitti, che si riuscì ad aggirare la pur chiara disposizione dello Statuto, prevedendo un'indennità sotto forma di rimborso annuale per spese di corrispondenza; a questa si aggiungeva un'ulteriore somma per quei parlamentari che non fossero già percettori di stipendi o pensioni in qualità di dipendenti dello Stato.

La natura giuridica del ruolo dei parlamentari, tuttavia, è stata diversamente valutata nel corso del tempo. Al tempo in cui Gaetano Mosca scrisse *Teorica dei governi e governo parlamentare*, nel 1884, si dava per scontato che i parlamentari fossero dei "funzionari elettivi", i quali andavano nettamente distinti dai funzionari facenti parte delle Amministrazioni dello Stato. In tempi a noi più vicini, è prevalsa la tesi di considerare il lavoro parlamentare alla stregua di qualsiasi altro lavoro dipendente. Così oggi ai parlamentari viene riconosciuto un "Trattamento di fine rapporto" (TFR) ogni qual volta non vengano più eletti in

un'Assemblea rappresentativa della quale, in precedenza, facevano parte. Questo TFR, in teoria, dovrebbe essere interamente finanziato da trattenute mensili dalla busta paga dei parlamentari medesimi, per tutto il periodo in cui dura il loro mandato. In pratica, non avviene sempre così. C'è qualcosa di stridente nel fatto di sapere che ai parlamentari temporaneamente non rieletti venga corrisposta una buonuscita. Soprattutto quando, a distanza di poco tempo, magari li vediamo nuovamente eletti in un'altra Assemblea rappresentativa.

Si toccano con mano un'ostilità, un risentimento, un rancore, una diffusa, complessiva, sfiducia, dei comuni cittadini nei confronti del ceto politico, ossia di quanti fanno della politica la propria professione. Questo fenomeno è stato evidente già nella prima parte degli anni Novanta del secolo scorso, quando le cronache erano dominate dalle inchieste giudiziarie su "Tangentopoli". Non può dirsi che detto fenomeno si sia oggi attenuato; basti considerare il consenso elettorale che, recentemente, ha premiato forze politiche, quali il Movimento Cinque Stelle, caratterizzate proprio dalla volontà di esprimere e di alimentare la protesta popolare.

Noi non pensiamo che si tratti di critiche destituite di fondamento, riconducibili esclusivamente ad ignoranza, demagogia, populismo.

Quanti seguono attentamente le vicende della politica possono valutare se siano esagerate le seguenti considerazioni che abbiamo scritto in un libro pubblicato nel 2011, in occasione del centocinquantenario della fondazione dello Stato italiano unitario: «In tutti i casi in cui, nelle Camere del Parlamento, ma anche nelle Assemblee rappresentative delle Regioni a statuto speciale e, come linea di tendenza, nei Consigli regionali delle Regioni ordinarie, vengano in considerazione poteri di auto-organizzazione interna costituzionalmente o statutariamente garantiti, con connesse autonomia regolamentare e contabile, questi poteri si traducono in situazioni di sempre maggiore privilegio per i titolari di funzioni pubbliche elettive, in termini di trattamento economico

complessivo, *benefits* di varia natura, trattamento pensionistico»⁴. In questa materia, lo Stato di diritto fa acqua da tutte le parti. Le decisioni di spesa sono deliberate dagli Uffici di Presidenza delle due Camere. Tali Uffici sono rappresentativi di tutti i Gruppi parlamentari (di maggioranza e di opposizione). Di conseguenza, si procede con una logica consociativa, nel senso che una decisione di spesa non si nega a nessuno, affinché tutti poi siano corresponsabili dell'insieme. Gli Uffici di Presidenza, quando decidono di adottare un provvedimento, di qualsiasi natura, non si limitano ad operare in conformità ad un corpo di disposizioni regolamentari "certe", "emanate in precedenza", da chiunque conoscibili, ma hanno il potere di creare sul momento una nuova disposizione regolamentare, o di modificarne una precedente, cosicché il provvedimento che adottano sia sempre e comunque formalmente legittimo, perché coerente con la nuova normativa. In materia di spese deliberate dalle Camere, non si può introdurre alcuna disciplina per legge, perché c'è una riserva di regolamento parlamentare. I giudici, ordinari, amministrativi e contabili non possono intervenire e quando la Corte dei Conti ha compiuto qualche timido passo, si è gridato al golpe. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi su disposizioni contenute nei regolamenti parlamentari, ha trovato comodo attestarsi sulla linea della inammissibilità del giudizio, con la motivazione che la medesima Corte deve giudicare la legittimità costituzionale delle leggi, mentre i regolamenti parlamentari non sono leggi.

Siamo di fronte ad una condizione in cui i decisori di spesa sono giuridicamente irresponsabili. Condizione certamente non positiva, né favorevole alle esigenze dell'etica pubblica.

Non è vero che problemi di questa natura non possano avere soluzione. Altrove, in altri Stati civili, sono stati presi in considerazione e, in

⁴ L. GHERSI, *Liberalismo unitario (Scritti 2007-2010)*, Bibliosofica Editrice, Roma, 2011, 308-309.

qualche modo, risolti. Consideriamo, ad esempio, l'ultimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, il 27°, definitivamente approvato il 7 maggio 1992. La procedura per modificare, o integrare, la Costituzione degli Stati Uniti è estremamente complessa: oltre all'approvazione da parte dei due Rami del Congresso (Camera dei Rappresentanti e Senato), la proposta emendativa deve essere distintamente approvata da ciascuno dei cinquanta Stati che compongono l'Unione federale. In questo caso, la procedura fu avviata nel diciottesimo secolo. L'emendamento di cui ora ci occupiamo riguarda i compensi da corrispondere ai membri del Congresso (*Compensation of Members of Congress*). La soluzione individuata è geniale, nella sua semplicità: «Nessuna legge che modifichi il compenso per i servizi di Senatore o di Rappresentante potrà avere effetti fino a che non sia intervenuta una [nuova] elezione dei Rappresentanti». Ciò significa che i membri del Congresso, quando si pronunciano sulla materia del loro trattamento economico, non possono deliberare provvedimenti che immediatamente trovino applicazione per loro stessi. Delibereranno a vantaggio dei parlamentari futuri.

Quanti ritengono modesti i risparmi derivanti dalla soppressione di 345 posti di parlamentare ci ricordano una mentalità "spagnolesca" che, purtroppo, ben conosciamo nell'Italia Meridionale e in Sicilia. Sono abituati a fare gli "splendidi" con il denaro pubblico. L'equilibrio nei conti pubblici è un valore costituzionale. L'articolo 81 della Costituzione, come riformulato dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, così recita al primo comma: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». Lo stesso principio vale per tutte le pubbliche amministrazioni (articolo 97 Cost.) e per il sistema delle Regioni e delle autonomie locali. L'articolo 119 della Costituzione, anch'esso riformulato dalla predetta legge costituzionale n. 1/2012, afferma, al primo comma: «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di

spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea».

Per risanare i conti pubblici, i costumi “spagnoleschi” sono controindicati. Bisognerebbe, invece, seguire l'esempio di solidi piemontesi di scuola liberale, come Quintino Sella, ministro delle Finanze che non si vergognava di teorizzare, e soprattutto di praticare, la “politica della lesina”, e come Luigi Einaudi che ebbe modo di difendere l'equilibrio dei conti pubblici ed il risparmio italiano, ricoprendo, in successione di tempo, le responsabilità istituzionali di Governatore della Banca d'Italia, di ministro del Bilancio, di Presidente della Repubblica.

Ogni risparmio di spesa, qualunque sia la sua entità, è utile; l'importante è moltiplicare le voci di risparmio e poi sommarle. Quando si chiedono sacrifici ai cittadini per provvedere, tramite le entrate fiscali, a finanziare i servizi pubblici diretti alla generalità, proprio i rappresentanti della classe politica devono (“dovrebbero”) essere i primi a dare il buon esempio. Ciò significa non soltanto rinunciare a *benefits* che non sono strettamente necessari per lo svolgimento del mandato rappresentativo e che, nella misura in cui non servono a questo scopo, sono meri privilegi. Significa anche quantificare in modo razionale i numeri della rappresentanza, a tutti i livelli: deve trattarsi di numeri equilibrati. Il superfluo, proprio perché viene mantenuto a spese dei cittadini contribuenti, va tagliato. Senza troppi complimenti.

Nel mese di maggio del 2007 i giornalisti Sergio Rizzo e Gian Antonio Stella scrissero un libro che ebbe uno straordinario successo di vendite: *La Casta*. Nel capitolo intitolato *Un palazzo di quarantasei palazzi*, si legge, ad esempio: «Camera e Senato nel 1948 occupavano quattro edifici. Oggi ne hanno una trentina»⁵. Secondo dati aggiornati al 2006, il Senato spendeva a titolo di canoni di affitto di immobili la somma annuale di 5 milioni e 750

⁵ S. RIZZO, G.A. STELLA, *La Casta. Così i politici italiani sono diventati intoccabili*, Rizzoli, Milano, 2007, 41.

mila euro, nonostante potesse fruire dell'uso gratuito di una serie di palazzi storici appartenenti al demanio, quali palazzo "Madama", il "Carpegna", il "Giustiniani", il "Cenci"⁶ (6).

La tendenza delle due Camere del Parlamento ad acquisire sempre nuovi palazzi nel pieno Centro di Roma si inquadra anch'essa in un certo rilassamento dei costumi morali che si accompagna costantemente ad una fase di decadenza della politica. I parlamentari volevano mettersi comodi: quindi disporre di uffici adeguati, in dimore prestigiose, per sé stessi e per i propri collaboratori, oppure per le attività dei Gruppi parlamentari, senza trascurare gli ex parlamentari titolati (tutti già "presidenti" di qualche cosa), ai quali pure non si poteva negare un ufficio di rappresentanza. Il tutto, ovviamente, pagato con denaro pubblico.

I contratti di locazione comprendevano, normalmente, una serie di servizi (pulizia, custodia, eccetera), forniti in un pacchetto unico dal locatore. Poiché non sono in molti ad avere la disponibilità di palazzi prestigiosi nel Centro di Roma, i locatori tendevano ad essere sempre i medesimi, nel procedere del tempo. Tale circostanza ha finito per richiamare l'attenzione dell'Autorità giudiziaria. Le cronache ricordano una serie di scandali, tutti molto caratterizzati nell'ambiente romano, che certamente non hanno giovato al prestigio del Parlamento.

Tra le voci di risparmio, suggeriamo, quindi, di tenere conto pure del fatto che ci sarebbe bisogno di un minor numero di immobili da affittare.

Sempre tra le possibili voci di risparmio, suggeriamo pure di considerare che la riduzione del numero dei parlamentari comporterebbe l'esigenza di rivedere le piante organiche degli apparati burocratici serventi della Camera e del Senato. Ci sarebbe bisogno di un minor numero di impiegati e di funzionari, di tutte le qualifiche. Il livello qualitativo dei dipendenti della Camera e del Senato è, mediamente, molto alto. Perché, tuttavia, corrispondere un trattamento economico pari, in ipotesi, ad otto,

⁶ S. RIZZO, G.A. STELLA, *La Casta*, cit., 42.

quando un trattamento di sei sarebbe già considerato molto buono e potenzialmente tale da attrarre persone molte qualificate da tutti gli Stati europei? Sempre nel già citato libro pubblicato nel 2011, scrivevamo: «Rientra fra i costi impropri della politica anche il trattamento economico e pensionistico privilegiato dei dipendenti delle strutture burocratiche di supporto delle Camere, degli altri Organi costituzionali, delle Assemblee di quelle Regioni che equiparano il trattamento delle proprie strutture burocratiche a quello dei dipendenti delle Camere. La circostanza che vengano pagati in modo esagerato i pubblici funzionari che, per ragioni del loro lavoro, stanno a stretto contatto con i titolari del potere politico, ha una valenza corruttiva»⁷. Precisavamo, ovviamente, che l'espressione "corruttiva" va intesa nel suo significato morale e non in quello tecnico-giuridico del diritto penale.

C'è stata una stagione in cui l'esigenza di ridurre i costi della politica era considerata un argomento serio. Tanto da non poter essere ignorata da alcuna parte politica. Ad esempio, al tempo dell'ultimo Governo presieduto da Silvio Berlusconi, fu approvato il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 che, all'articolo 14, fissava, per le Regioni a Statuto ordinario, il numero massimo dei consiglieri regionali, in proporzione alla popolazione residente. Così, ad esempio, nelle Regioni con popolazione fino a un milione di abitanti, il numero dei consiglieri non può essere superiore a 20. Nelle Regioni con popolazione eccedente gli otto milioni di abitanti, il numero dei consiglieri non può essere superiore a 80. Quella normativa era tutt'altro che risolutiva. Richiedeva provvedimenti attuativi da parte delle singole Regioni e ciò non sempre è avvenuto. In ogni caso, la Regione in assoluto più popolosa, la Lombardia, elegge 80 consiglieri regionali.

Nelle ultime elezioni regionali siciliane del 5 novembre 2017, gli elettori hanno eletto 70 deputati regionali. Nelle precedenti sedici legislature (a partire dal 1947), i deputati regionali erano, invece, 90. Poiché

⁷ L. GHERSI, *Liberalismo unitario*, cit., 309-310.

lo Statuto speciale della Regione Siciliana è stato approvato con legge costituzionale, la modifica del numero dei deputati regionali ha richiesto una legge costituzionale. Con doppia lettura da parte delle due Camere, eccetera, secondo la procedura fissata dall'articolo 138 della Costituzione. Viene appunto in considerazione la legge costituzionale 7 febbraio 2013, n. 2, recante "Modifiche all'articolo 3 dello Statuto della Regione siciliana, in materia di riduzione dei deputati dell'Assemblea regionale siciliana". Tale legge costituzionale, promulgata dal Presidente della Repubblica Napolitano, è stata controfirmata dal Presidente del Consiglio dei Ministri Monti e dal Ministro Guardasigilli Severino. Il Partito Democratico votò sempre a favore della riduzione, in tutte e quattro le letture. Mentre ha votato contro la proposta di riduzione del numero dei parlamentari della quale ora ci stiamo occupando, nelle prime tre letture.

Ma c'è di più. La procedura di modifica dello Statuto regionale fu avviata dalla stessa Assemblea regionale siciliana, con una cosiddetta "legge-voto", presentata al Parlamento nazionale. Tale legge-voto fu approvata durante la quindicesima Legislatura dell'ARS, quando, per la cronaca, nessun deputato del Movimento Cinque Stelle sedeva fra i banchi di Sala d'Ercole. Si era partiti da un disegno di legge di iniziativa parlamentare. Presentato, è il caso di ricordarlo, da un deputato regionale del Partito Democratico⁸.

Oggi alcuni trovano comodo liquidare la riforma costituzionale che riduce il numero dei parlamentari, assumendo che essa sia una tipica manifestazione della deriva "populista" del Movimento Cinque Stelle. In realtà, in questo caso, il Movimento si è limitato a mettersi in sintonia con un diffuso sentimento popolare di sfiducia nei confronti della classe politica, genericamente intesa. Tale sentimento si basa certamente anche su pregiudizi, esagerazioni, mancata conoscenza delle regole di funzionamento

⁸ Primo firmatario dell'iniziativa legislativa era l'onorevole Giovanni Barbagallo.

delle Istituzioni. Non avrebbe potuto crescere tanto, tuttavia, se i cittadini non avessero fatto ricorrente esperienza di episodi di malcostume politico. L'antipolitica, se vogliamo usare questo termine, è alimentata dalla cattiva politica.

A noi preme mettere in luce, però, che la critica nei confronti di quella che Gaetano Mosca ha definito la "classe politica" non nasce soltanto da risentimento e da pulsioni irrazionali. Viene in considerazione un pensiero; il quale si traduce nella coscienza che sia possibile intendere in modo diverso la politica e l'attività svolta a servizio delle Istituzioni.

Intendiamo riferirci ad una consolidata tradizione di pensiero che si collega, addirittura, alla storia dell'antica Roma, o meglio al modo in cui quella storia è stata narrata e tramandata. Facciamo riferimento alla concezione delle virtù repubblicane, di cui si fecero assertori, ad esempio, Marco Porcio Catone, detto l'Uticense, e Marco Tullio Cicerone. La Repubblica romana restò un modello per i pensatori del quindicesimo e sedicesimo secolo, come l'italiano Niccolò Machiavelli, del diciassettesimo secolo, come l'inglese John Milton, del diciottesimo secolo, come lo svizzero-francese Jean-Jacques Rousseau. Pure un padre della Patria italiana, Giuseppe Mazzini, discende da quella corrente di pensiero. Anche se di questa tradizione molti non hanno più chiara consapevolezza, qualcosa sempre rimane nella coscienza collettiva, non foss'altro per quei pochi elementi che vengono veicolati attraverso l'istruzione scolastica.

Per venire ad Autori a noi più vicini nel tempo, potremmo raccogliere le citazioni di Gaetano Salvemini e di Ernesto Rossi contro il malcostume politico e la partitocrazia. Ne verrebbe fuori un volume di grande formato. Ci limitiamo a ricordare qui qualche titolo di Ernesto Rossi: *Settimo: non rubare* (Bari, Laterza, 1952), oppure *Aria fritta* (Bari, Laterza, 1956). In quest'ultimo è compreso l'articolo *Le serve padrone*, pubblicato nel settimanale *Il Mondo* del 24 giugno 1950. Si tratta di un articolo pionieristico per l'Italia appena uscita dalla seconda guerra mondiale, sul problema del finanziamento dei partiti politici. Le "serve" sono le strutture

organizzative dei partiti, le quali, nate come apparati serventi, finiscono poi con il condizionare il modo di essere dei partiti stessi, nella costante ricerca di fonti di finanziamento.

Si obietterà che Salvemini e Rossi erano dei "moralisti"; il termine viene oggi usato come un insulto, ma sarebbe molto facile replicare che è sempre meglio essere "moralisti" che comportarsi da mascalzoni. Preferiamo allora citare un intellettuale raffinato, che può piacere sia ai progressisti, per essere stato una delle bandiere della "sinistra liberale" in Italia; sia alle persone un po' snob, dal sentire aristocratico, perché Mario Pannunzio – di lui siamo parlando – aveva queste caratteristiche soggettive. Nell'ultimo numero del settimanale *Il Mondo*, dell'8 marzo 1966, nel prendere definitivamente commiato dai propri lettori, Pannunzio scriveva, tra l'altro: «Non ci piacciono le mezze verità; non ci piacciono la deferenza e l'unzione per le idee che detestiamo. Ci siamo sempre battuti per dare il loro nome ai fatti e ai personaggi. Problemi ideali e problemi concreti non stanno su piani diversi. Gli intellettuali, per noi, non si trovano soltanto fra i poeti e i novellieri. Né tanto meno fanno parte di una corporazione privilegiata, separata dalle altre. L'intellettuale per noi è una figura intera. L'uomo politico, se non vuole essere un puro faccendiere, è anch'esso un intellettuale che vive pubblicamente e che fa con naturalezza la sua parte nella società»⁹. La distinzione fra uomini politici degni di chiamarsi tali e meri "faccendieri" è sempre rimasta per noi imprescindibile criterio di orientamento.

L'etica pubblica non è cosa da "moralisti". Basta avere un po' studiato il clima ideale del Risorgimento italiano, per averne esatta contezza. Giuseppe Mazzini, repubblicano e padre della Sinistra storica, considerava naturale che i singoli individui anteponessero un bene superiore, quale

⁹ P. BONETTI, *Il Mondo 1949/1966. Ragione e illusione borghese*, Laterza, Roma-Bari, 1975, 206-207.

l'unità e l'indipendenza dell'Italia, ai propri interessi soggettivi. Chi, poi, per seguire il proprio tornaconto, si fosse appropriato di risorse da destinare alla causa italiana, sarebbe stato considerato da Mazzini alla stregua del più miserabile dei traditori e trattato come tale. Tra i liberali, seguaci di Cavour, che ricordiamo con la denominazione collettiva di Destra storica, c'erano i cosiddetti "hegeliani di Napoli". Tra questi Silvio Spaventa (il quale, per la precisione, era abruzzese). A Napoli avevano conosciuto il regime borbonico: la quintessenza dell'inefficienza e della corruzione. Comprensibile, quindi, che, per reazione, si sentissero attratti da quella idealizzazione dello Stato che trovavano nella filosofia di Hegel. Lo Stato prussiano era un modello di organizzazione, di disciplina, di efficienza, di subordinazione dell'interesse particolare all'interesse generale della comunità. Lo Stato prussiano era, nel contempo, un concreto esempio di Stato di diritto, *Rechtsstaat*, come dicono i tedeschi; ossia uno Stato che non lasciava i cittadini esposti alle decisioni arbitrarie dei potenti, ma garantiva giuridicamente le legittime situazioni soggettive e patrimoniali dei cittadini medesimi. I politici della Destra storica, quali Quintino Sella, Silvio Spaventa, Marco Minghetti, si sforzarono appunto di dare al nuovo Stato italiano unitario caratteristiche tali, da non sfigurare nel consorzio dei principali Paesi europei.

La politica, quindi, non è una attività che apra una "carriera" come un'altra; non si esaurisce nella meschina logica di approfittare di risorse finanziarie pubbliche per realizzare interessi privati molto circoscritti. C'è anche un "dover-essere" della politica e questo si nutre di concetti senza tempo (quindi, eterni) come il "senso dello Stato", l'amore della propria Patria, la passione per la giustizia.

Gaetano Mosca (1858-1941), palermitano, si affermò nel campo degli studi, fino ad essere considerato uno dei più autorevoli studiosi di Scienza politica. Piero Gobetti, che lo ebbe come professore all'Università di Torino, ha scritto: «l'Università giuridica torinese ha avuto tre uomini europei come

Einaudi, Mosca e Ruffini»¹⁰. Mosca fu un critico severo della Forma di governo parlamentare; era convinto che «anche nei governi rappresentativi e malgrado l'adozione del suffragio universale, il potere politico rimane sempre in mano di una ristretta minoranza»¹¹. Il medesimo concetto veniva espresso così in modo ancora più chiaro: «Chiunque abbia assistito ad una elezione sa benissimo che non sono gli elettori che eleggono il deputato, ma ordinariamente è il deputato che si fa eleggere dagli elettori: se questa dizione non piacesse, potremmo surrogarla con l'altra che sono i suoi amici che lo fanno eleggere. Ad ogni modo questo è sicuro che una candidatura è sempre l'opera di un gruppo di persone riunite per un intento comune, di una minoranza organizzata che, come sempre, fatalmente e necessariamente s'impone alle maggioranze disorganizzate»¹² (12).

La *Teorica dei governi e governo parlamentare*, prima opera importante di Mosca, fu quasi interamente scritta durante l'anno 1882. L'Autore, quindi, aveva già maturato certe convinzioni; senza essere influenzato da una circostanza che sarebbe intervenuta in un momento successivo: il fatto di lavorare per dieci anni, dal 1887 al 1897, come dipendente della Camera dei deputati, con la qualifica di revisore dei resoconti parlamentari. Quell'esperienza lavorativa, che gli assicurò un osservatorio privilegiato sugli usi e costumi del ceto politico italiano, non migliorò il suo giudizio sul funzionamento del Parlamento; valse anzi a confermare la sua visione pessimistica. Egli non si occupava tanto dei deputati, quanto dei loro burattinai, i "grandi elettori". Val la pena di riportare alcune sue considerazioni sulla moralità dei grandi elettori. «Naturalmente nessuno vuole il male per il male, ed in generale come

¹⁰ P. GOBETTI, *Le Università e la cultura*. Torino, pubblicato nella rivista *Conscientia* il 23 gennaio 1926, ora raccolto in *Opere complete di Piero Gobetti*, volume primo *Scritti politici*, cit., 911.

¹¹ G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, in *Scritti politici di Gaetano Mosca*, a cura di Giorgio Sola, volume primo, Utet, Torino, 1982, 193.

¹² G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, cit., 476.

aspirazione astratta tutti desiderano anzi che lo Stato prosperi e che l'azione del governo sia onesta e corretta; ma poi in particolare e nel caso pratico, ognuno non pensa che al suo privato vantaggio, cioè a strappare alle pubbliche amministrazioni quante maggiori utilità gli è possibile, e a contribuire quanto meno può riguardo ai carichi e agli oneri. Ed è naturale: perché pochi hanno la serenità d'intelligenza necessaria a capire che un atto, il quale singolarmente sembra innocente, ripetuto moltissime volte e divenuto quasi generale, diventa esiziale a tutti; e forse più pochi ancora [hanno] la scrupolosità di coscienza che ci vuole per astenersene, quando esso individualmente riesce utile, e lo si vede nello stesso tempo fare a tutti gli altri»¹³.

Di fronte al “così fan tutti”, non basta fare appello alle coscienze. Si può essere “frenati” soltanto da circostanze esteriori, che si impongono indipendentemente dalla volontà. Servono buone regole, a presidio dei buoni comportamenti. Per questo motivo ci sembra vada salutata con favore la riforma costituzionale che riduce il numero dei parlamentari. Si tratta di introdurre uno sconvolgimento che azzeri abitudini e prassi consolidate; dando così spazio effettivo alla possibilità di regole nuove.

Per non lasciare incompleto il discorso su Gaetano Mosca, va precisato che il regime dittatoriale proposto dal fascismo gli sembrò non migliorasse, ma anzi aggravasse, i problemi della vita pubblica italiana. Egli, nominato senatore del Regno nel 1919, svolse, alla fine dell'anno 1925, un intervento molto critico sul progetto di legge relativo alle attribuzioni del Capo del governo, che poi era Benito Mussolini. Va anche ricordato che Mosca sottoscrisse il Manifesto degli intellettuali antifascisti, voluto da Giovanni Amendola e scritto da Benedetto Croce.

¹³ G. MOSCA, *op. cit.*, 481.

6. *Una legge elettorale conseguente*

Il secondo Governo presieduto da Giuseppe Conte è sostenuto da una maggioranza parlamentare della quale fanno parte quattro forze politiche: il Movimento Cinque Stelle, il Partito Democratico, Liberi e Uguali (LeU), Italia Viva. Queste forze di maggioranza sembrano orientate a modificare la legge elettorale vigente per approvare, al suo posto, una legge elettorale proporzionale. Non ancora è chiaro quali caratteristiche tale legge dovrebbe avere: il Movimento Cinque Stelle sostiene che bisogna riconoscere agli elettori la facoltà di esprimere preferenze. Si discute, inoltre, di introdurre una soglia di sbarramento per l'accesso alla rappresentanza; in questo caso, bisogna vedere come la si quantifica.

Una legge elettorale, tuttavia, riguardando le regole del gioco democratico, dovrebbe avere il consenso più ampio possibile fra i gruppi parlamentari; non soltanto di maggioranza, ma anche di opposizione.

La nostra opinione è che non sia consigliabile puntare tutto su una legge elettorale proporzionale. La quale, se accompagnata da una rilevante soglia di sbarramento, avrebbe comunque esiti molti diversi rispetto alla legge elettorale vigente nel periodo della prima Repubblica.

La proporzionale ha funzionato in Italia quando c'erano partiti capaci di raccogliere grande consenso popolare, quali la Democrazia Cristiana ed il Partito Comunista, cosicché il restante sistema politico si orientava intorno ai due partiti maggiori. Poi c'era la divisione del mondo in due blocchi, che obbligava la dialettica parlamentare italiana a restare entro confini precisi.

Nelle condizioni odierne abbiamo: partiti "nani" (quanto a capacità di raccogliere consenso), "decerebrati" (ossia, privi di una chiara fisionomia ideale e programmatica), personalistici ed anarcoidi (potenzialmente sempre pronti ad assecondare spinte centrifughe). Con partiti di questa natura, il Parlamento, in regime di proporzionale, sarebbe il campo dei veti reciproci, dei ricatti, delle incessanti pratiche trasformistiche. Diverremmo

come la Polonia storica, al tempo in cui si voleva che la sua Dieta deliberasse all'unanimità.

La legge elettorale dovrebbe servire, invece, a ristrutturare il sistema politico italiano; favorendo la nascita di partiti più omogenei e consentendo il costituirsi di coalizioni fra partiti, sulla base di convergenze programmatiche. I collegi uninominali, oltre a garantire che ogni territorio abbia un proprio rappresentante istituzionale, sono anche lo strumento per realizzare, appunto, coalizioni fra diversi partiti, che presentano candidati comuni nei collegi.

La nostra proposta è quella di mantenere i collegi uninominali già previsti dalla vigente legge elettorale (legge n. 165/2017); confermandone numero e delimitazione territoriale. Resterebbero così i 232 attuali collegi uninominali per la Camera, e i 116 attuali collegi uninominali per il Senato. In questo modo nessuno avrebbe motivo di lamentarsi di una supposta compressione della capacità rappresentativa del singolo parlamentare; infatti, restando immutato l'assetto dei collegi uninominali, la capacità rappresentativa del parlamentare eletto rimarrebbe invariata. Ogni territorio, a partire dalla Valle d'Aosta, avrebbe il proprio rappresentante istituzionale garantito.

Se si confermasse l'attuale numero dei collegi uninominali, pur in presenza della riduzione del numero dei parlamentari, le leggi elettorali della Camera e del Senato assumerebbero automaticamente un carattere prevalentemente maggioritario. Resterebbero da eleggere, con metodo proporzionale, 160 deputati (più otto nella circoscrizione Estero) e 80 senatori (più quattro nella circoscrizione Estero).

Con riferimento alla legge elettorale per la Camera dei deputati, si tratterebbe, dunque, di ridurre il numero dei collegi plurinominali, nei quali si assegnano i seggi con metodo proporzionale fra le liste concorrenti.

Se, in ipotesi, il numero dei collegi plurinominali fosse drasticamente ridotto, i collegi medesimi sarebbero più ampî, nel senso che in ciascuno di essi verrebbe assegnato un relativamente alto numero di seggi. La regola

(questo è un dato scientifico) della legge proporzionale è: quanto più ampio è il collegio (meglio sarebbe scrivere “circoscrizione”) in cui si assegnano i seggi, tanto più alto sarà il numero delle liste che otterranno rappresentanza. Noi pensiamo, ad esempio, ad un assetto in cui il numero delle circoscrizioni elettorali sia limitato alle seguenti tredici: 1) Nord-Ovest, costituita dalle Regioni Piemonte, Valle d’Aosta, Liguria; 2) Lombardia, l’intera Regione; 3) Nord-Est, costituita dalle Regioni Trentino - Alto Adige, Veneto, Friuli - Venezia Giulia; 4) Emilia -Romagna, l’intera Regione; 5) Toscana, l’intera Regione; 6) Marche e Umbria, costituita dalle due Regioni omonime; 7) Lazio, l’intera Regione; 8) Sardegna, l’intera Regione; 9) Abruzzo e Molise, costituita dalle due Regioni omonime; 10) Campania, l’intera Regione; 11) Puglia, l’intera Regione; 12) Basilicata e Calabria, costituita dalle due Regioni omonime; 13) Sicilia, l’intera Regione¹⁴.

Si potrebbero prevedere soglie di sbarramento per l’accesso alla rappresentanza; ma, in un impianto normativo già caratterizzato in senso maggioritario, noi saremmo contrari. Bisogna, infatti, temperare due diverse finalità: a) registrare la quantità di consenso che le liste di ogni singola forza politica sono in grado di raccogliere nel Paese, così da dare a quella forza politica un corrispondente peso parlamentare in numero di seggi; b) non privarsi della presenza parlamentare di forze politiche che, pur essendo minoritarie, possono dare un contributo di qualità all’attività parlamentare, facendosi portatrici di punti di vista critici e di proposte innovative. Per questa via, con un sistema elettorale prevalentemente maggioritario, ma misto, si garantirebbe l’effettivo pluralismo del Parlamento.

¹⁴ L. GHERSI, *Il problema della selezione della rappresentanza politica*, in *Croce e Salvemini. Uno storico conflitto ideale ripensato nell’Italia odierna*, Bibliosofica Editrice, Roma, 2007, 579.

Con riferimento alla legge elettorale per l'elezione del Senato, c'è poco da fare perché l'elezione avviene su base regionale; quindi, il collegio per l'assegnazione proporzionale deve coincidere con il territorio regionale.

Una normativa come quella ora proposta non presenterebbe complessità tecniche; quindi potrebbe essere approvata in tempi molto rapidi. Ciò che più importa, risulterebbe facilmente comprensibile agli elettori.

7. Eventuali altre modifiche della Costituzione

I gruppi parlamentari dell'attuale maggioranza hanno raggiunto un accordo per approvare poche, limitate, riforme della Costituzione, logicamente connesse alla riduzione del numero dei parlamentari. Viene in considerazione la proposta di legge costituzionale n. 2238 / Atti Camera, avente come primi firmatari i deputati Fornaro, Boschi, Del Rio, Gebhard, Francesco Silvestri.

Si tratterebbe, in primo luogo, di modificare la natura del Senato. Il primo comma dell'articolo 57 della Costituzione sarebbe sostituito dal seguente: «Il Senato della Repubblica è eletto su base circoscrizionale». Non più su base regionale, come avviene adesso. Distinte proposte di legge costituzionale, presentate in precedenza, come la n. 1440 / Atti Senato, tendono ad abbassare il limite di età per eleggere i senatori (dagli attuali 25 anni a 18 anni). Si discute di modificare pure l'elettorato passivo per il Senato. Si potrebbe essere eletti senatori all'età di 25 anni e non di 40, come attualmente.

A noi sembra del tutto irrazionale la proposta di fare del Senato un perfetto doppione, ma di dimensioni ridotte, della Camera dei deputati. Un Senato eletto su base regionale, quale lo vollero i padri Costituenti, non è una bizzarria. In futuro, un più complessivo progetto di riforma della Costituzione potrebbe anzi valorizzare tali caratteristiche del Senato, in

materie come l'ordinamento degli enti locali, l'eventuale razionalizzazione dell'assetto delle Regioni esistenti (nel senso di ridurne il numero), la finanza regionale e locale.

I padri Costituenti vollero due Camere, con caratteristiche fra loro diverse, perché pensavano che il procedimento legislativo fosse una cosa seria, quindi dovesse essere approfondito e meditato, e che una seconda Camera potesse servire a rimediare a eventuali errori e sviste della prima, migliorando così la qualità complessiva della legislazione. Tutto ciò può funzionare a condizione che Senato e Camera abbiano una natura diversa, fra loro. Altrimenti, piuttosto che concepire un doppione in scala ridotta, sarebbe più serio proporre un sistema monocamerale.

I rappresentanti della maggioranza si sono accordati, poi, per ridurre il numero dei delegati regionali designati ai sensi dell'articolo 83, secondo comma, della Costituzione. Elettori che, attualmente, sono, complessivamente, 58. Se venisse approvata la modifica proposta, diverrebbero 39: «due delegati per ogni Regione, eletti dal Consiglio regionale», ed un solo delegato per la Valle d'Aosta. C'è da chiedersi poi, come si faccia ad assicurare «la rappresentanza delle minoranze» quando i delegati da eleggere sono soltanto due. Ciò equivale a dire che uno sarà espresso dai gruppi di maggioranza, l'altro dai gruppi di opposizione.

Ci sembra che le riforme costituzionali proposte siano di corto respiro, frutto di miopia politica. L'attuale maggioranza coltiva, forse, l'aspirazione ad eleggere, con le sole proprie forze parlamentari, il prossimo Presidente della Repubblica, alla scadenza del mandato del Presidente Mattarella. Di conseguenza, conta i numeri col bilancino del farmacista. Bisognerebbe preoccuparsi, invece, di esaltare il ruolo del Presidente della Repubblica quale “Capo dello Stato” e rappresentante della “unità nazionale”, come recita l'articolo 87 della Costituzione.

Di conseguenza, non soltanto bisognerebbe confermare gli attuali 58 cosiddetti “grandi elettori” regionali. Bisognerebbe fare uno sforzo ulteriore.

n. 2/2019

Ad esempio, si potrebbe pensare di inserire, in Costituzione, un articolo aggiuntivo, dopo l'83, del seguente tenore:

«Fermo restando quanto disposto dall'articolo 83, secondo comma, partecipano di diritto all'elezione del Presidente della Repubblica, in ragione della loro carica:

a) i presidenti delle Regioni e, nel caso della Regione Trentino - Alto Adige, i presidenti delle Province autonome di Trento e Bolzano;

b) i sindaci dei Comuni capoluogo di Regione e, nel caso della Regione Trentino - Alto Adige, i sindaci dei Comuni di Trento e Bolzano;

c) i sindaci dei Comuni con popolazione superiore a 150.000 abitanti, secondo i dati della popolazione residente quali risultano dall'ultimo censimento generale della popolazione.

Nel caso in cui, per malattia, o altro impedimento, un elettore di cui al presente articolo non possa partecipare all'elezione del Presidente della Repubblica, la persona che, nell'Istituzione di riferimento, ne esercita le funzioni in via transitoria lo sostituisce anche durante tutte le fasi dell'elezione del Presidente della Repubblica».

I sindaci dei Comuni con popolazione superiore a 150.000 abitanti, che non siano capoluogo di Regione, sarebbero esattamente tredici, secondo i dati Istat del Censimento generale della popolazione dell'ottobre 2011: Catania, Verona, Messina, Padova, Taranto, Brescia, Prato, Reggio Calabria, Modena, Parma, Reggio Emilia, Livorno, Ravenna. Di conseguenza, secondo l'impostazione di questo eventuale articolo aggiuntivo, parteciperebbero all'elezione del Presidente della Repubblica ulteriori 55 grandi elettori, oltre ai 58 già previsti dall'articolo 83, secondo comma, della Costituzione.

Bisogna preoccuparsi del prestigio e della buona funzionalità delle Istituzioni: tanti presidenti delle Regioni e sindaci che contribuissero ad eleggere il Presidente della Repubblica, aumenterebbero la dignità politica della sua carica e renderebbero l'immagine plastica dell'unità nazionale che si realizza intorno a lui.

L'unica cosa consolante è che l'attuale maggioranza non sembra possedere forza numerica e compattezza parlamentari sufficienti per approvare le ulteriori riforme costituzionali di corto respiro di cui si è detto. Meglio così, perché con la Costituzione non si scherza. Accontentiamoci, dunque, della riduzione del numero dei parlamentari; la quale, se entrerà in vigore, sarà una effettiva, rilevante, novità.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

NICOLETTA PALAZZO

Ancora sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 52/2016 e le questioni irrisolte nelle relazioni con le confessioni religiose

ABSTRACT – This paper analyses the position of theistic, non-theistic, and atheistic convictions in Italy, focusing on the Union of Atheist and Rationalist Agnostics (UAAR). One of the main aims of the association is to overcome the discriminatory regime of the agreements between the State and religious bodies, ex Article 8, Paragraph 3 of the Italian Constitution, because this system conceived only to religious organization.

At the end of the 1990s, the UAAR requested to start negotiations to reach a bilateral agreement to benefit from financial advantages. The decision of the Constitutional Court 52/2016 was the final point of the long process. The paper deepens many issues of this decision: the definition of religious entities, what kind of protection is recognized to non-belief, if there is a right to initiate the negotiation process for a stipulated agreement with the State. Lastly, the paper focuses on the crisis of the bilateral principle and possible solutions.

KEYWORDS – UAAR, bilateral principle, religious agreements, religious organization, nonbelief, Italian Constitutional Court.

Ancora sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 52/2016 e le questioni irrisolte nelle relazioni con le confessioni religiose **

SOMMARIO: 1. Senza Dio: l'UAAR – 2. L'UAAR è una confessione religiosa? – 3. Le vicende giudiziali dell'UAAR.

1. Senza Dio: l'UAAR

È da oltre un ventennio che l'Italia è al centro di profondi mutamenti, complice, soprattutto, il fenomeno dei flussi migratori – dovuto a vari fattori, quali, in primo luogo, la globalizzazione, l'essere Stato membro dell'Unione Europea, la strategica posizione geografica della Penisola – che hanno investito la demografia, la società e la cultura dell'intero Paese.

Tali trasformazioni hanno finito per interessare, in maniera tangibile, anche l'aspetto religioso. Infatti, se prima del 1984 l'Italia era caratterizzata, nonostante l'entrata in vigore della Costituzione, dalla monoreligiosità, con un'unica religione di Stato (art. 1 Trattato Lateranense), con la modifica del Concordato Lateranense, avvenuta con la L. 121/1985, ha iniziato a mostrare tratti di plurireligiosità, con l'ingresso di altre religioni, nonché la loro manifesta esternazione, in conformità con il dettato costituzionale.

In Italia, il fenomeno religioso è regolato da una serie di fonti, alcune delle quali rivestono particolare importanza per il carattere bilaterale. È

* Dottoranda di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo presso l'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

quest'ultimo elemento a far sì che il Paese possa rientrare nei sistemi cosiddetti «*cooperazione*», nei quali, benché il rapporto tra Stato e confessioni religiose sia caratterizzato da autonomia ed indipendenza, il tratto distintivo lo si scorge nell'esistenza di accordi tra le due entità nelle materie di comune interesse¹. La specificità delle fonti bilaterali del diritto ecclesiastico trova la sua fonte costituzionale negli articoli 7, secondo comma e 8, terzo comma.

È solo dopo la riforma del Concordato del 1984 che l'art. 8, terzo comma, Cost., ha trovato attuazione, inaugurando una prima stagione di intese con confessioni appartenenti al ceppo giudaico-cristiano, mentre, è stato necessario attendere il 2007 perché vedessero la luce le intese con confessioni afferenti ad altre matrici religiose². Quest'ultima fase rappresenta l'effetto lampante dell'inclinazione multiculturale del Paese.

I vari fattori di cambiamento, tra cui la diffusa realtà massmediatica, hanno incentivato la creazione di piazze multimediali e virtuali che, a loro volta, hanno influenzato, inevitabilmente, il volto delle religioni³. Queste ultime, perdendo il contatto con i loro territori abituali, hanno assunto una dimensione globale⁴. In particolare, per un verso, ad un primo approccio, sembrano rafforzate le spinte fondamentaliste di alcune religioni, da quella musulmana a quella cristiana ed ebraica, e dall'altro, si sono diffuse credenze nuove, ibride che sono sfociate in culti "alternativi" o "nuovi culti", caratterizzati dal «fai da te» – tipico dell'individualismo religioso - ovvero dalla combinazione e mescolanza di riti religiosi aventi origini diverse⁵.

¹ A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea*, Giuffrè editore, Milano, 2017, 21, 49 ss.

² F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci Editore, Bari, 2013, 17, 188.

³ G. FILORAMO, *Trasformazioni del religioso e ateismo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2011, 3 ss.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *Intendersi sulle intese*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 3/2018, 12; A. MANTINEO, *Associazioni religiose e "nuovi movimenti"*

I nuovi movimenti religiosi non sono solo quelli propriamente nuovi ma vi fanno parte anche le “grandi religioni” – Islam, buddhismo, induismo – lontane, per cultura, da quelle diffuse specificamente nel territorio europeo⁶. L’assetto sociale, condizionato dall’ottica cattolico-maggioritaria, ha sempre guardato a tali organizzazioni con disfavore, spesso qualificandole come “sette”; oggi, al contrario, la posizione è rovesciata: i culti tradizionali vedono ridotti numericamente i loro seguaci a vantaggio di quelli che possono definirsi come “nuovi movimenti religiosi”⁷. Questi ultimi hanno caratteri propri e presentano una difficoltà definitoria, non solo dal punto di vista giuridico ma anche sociologico perché portatori di valori non rientranti nei modelli maggiormente diffusi⁸. Pertanto, si «suggerisce di non adottare, rispetto a tali fenomeni, atteggiamenti aprioristici: né favore - in nome di una insindacabilità di principio della scelta di coscienza - né disfavore preconetti, ma prudenza e attesa di sedimentazione»⁹.

Accanto alle credenze religiose, tradizionalmente intese, esistono anche le non credenze¹⁰ o, per meglio dire, i diversamente credenti. Questa categoria è molto ampia, tanto da ricomprendervi le cosiddette organizzazioni filosofiche non confessionali, positivizzate per la prima volta nel Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE). Se il credente assume come vera l’esistenza di un Dio creatore che si preoccupa dei suoi

religiosi alla prova del diritto comune in Italia e del diritto comunitario, in Stato Chiese e pluralismo confessionale, ottobre 2009, 1 ss.

⁶ N. COLAIANNI, *I nuovi movimenti religiosi nel multiculturalismo*, in *Democrazia e diritto*, 1/1997, 221 ss.

⁷ S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 12.

⁸ A. MANTINEO, *op. cit.*, 1 ss.

⁹ S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 14 s.

¹⁰ Si intende specificare che la “non credenza” è da considerarsi come l’abbreviazione di “non credenza in Dio” e non come “non credenza” in assoluto. Infatti, come si dirà meglio in seguito, anche le “non credenze”, nel senso appena sottolineato, sono da ritenersi a tutti gli effetti delle “credenze”.

fedeli ed esige da questi rispetto ed obbedienza con conseguenze sul comportamento degli stessi, i non credenti, al contrario, ne negano la conoscibilità e probabilità, pur possedendo una concezione della vita e dell'universo. Per questa ragione non si tratta di una mera «incredulità diretta» ma si aggiunge un *quid*, consistente nella «possibilità positiva di esistenza, di essere del tutto integralmente uomo, facendo a meno della fede»¹¹.

Constando di una categoria a largo spettro, nelle non credenze vi si possono, a titolo esemplificativo, far rientrare: i) l'agnosticismo, cioè la posizione secondo cui è necessario sospendere il giudizio sull'esistenza di Dio perché si sottrae a una verifica empirica o razionale; ii) l'anticlericalismo si caratterizza per l'ostilità nei confronti dell'ingerenza del clero nella vita pubblica; iii) il razionalismo secondo cui l'agire umano e la conoscenza si basano e possono essere spiegati solo attraverso la ragione e i metodi razionali; iv) lo scetticismo che ricomprende coloro che rifiutano le verità comunemente accettate basate su presupposti metafisici; v) l'umanesimo che pone al centro l'uomo e i suoi valori¹².

Tra le non credenze primeggia l'ateismo. Esso consiste nella negazione dell'esistenza di Dio e presenta diverse accezioni: i) l'ateismo teorico (negazione dell'esistenza della divinità non solo affermata ma anche messa in atto); ii) l'ateismo pratico (negazione del divino che viene vissuta concretamente ma senza dichiararla formalmente); iii) l'ateismo teorico negativo (indifferenza, disinteresse, ignoranza del problema); iv) l'ateismo dogmatico (confutazione con prove dell'esistenza di Dio); v) l'ateismo scettico (invincibilità del dubbio circa l'esistenza di Dio); vi) l'ateismo agnostico (convincimento dell'incapacità umana di risolvere il problema)¹³.

¹¹ Sui punti comuni tra credenze e non credenze, dal punto di vista giuridico e non solo si veda N. FIORITA, F. ONIDA, *Anche gli atei credono*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2011, 30 ss.; sulla struttura e concezione dell'ateismo si veda Filoramo G., *op. cit.*, 6 s.

¹² Cfr.: <https://www.uaar.it/ateismo/glossario/>.

¹³ P.A. D'AVACK, *Ateismo*, in *Enc. dir.*, III (1958), 964 ss.

In Italia, le convinzioni ateistiche hanno sempre avuto scarsa rilevanza giuridica e sociale e, in virtù della mancanza di espliciti riferimenti costituzionali, si è assistito ad una marginalizzazione del fenomeno tale da giungere a teorizzarne l'illiceità¹⁴. La maggiore insofferenza si è palesata avverso l'ateismo attivo, militante, propositivo perché la sua vivacità culturale è stata relegata, talvolta, al livello di «tumultuose proteste popolari», e pertanto, guardato con disprezzo e discriminazione¹⁵. Orbene, appena l'ateismo usciva fuori dalla dimensione prettamente individuale per approdare ad una forma collettiva ed organizzata, la resistenza sociale (e non solo) era palpabile, quasi come se si volesse ostacolare un fenomeno del quale se ne temeva la diffusione.

La Corte costituzionale, nel 1960, affermava che «la libertà religiosa, pur costituendo l'aspetto principale della più estesa libertà di coscienza, non esaurisce tutte le manifestazioni della libertà di pensiero: l'ateismo comincia dove finisce la vita religiosa»¹⁶, volendo precisare che il fenomeno ateistico rientrava chiaramente nella più ampia libertà di espressione, ex art. 21, Cost. È solo nel 1979 che, prendendo atto della situazione culturale, la Corte Costituzionale ha specificato che «l'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli 18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà “negativa”»¹⁷. Questo indirizzo giurisprudenziale ha equiparato la tutela delle credenze a quella delle non credenze ed ha aperto nuovi scenari anche per l'ateo, il quale si

¹⁴ P. FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2011, 90 ss.

¹⁵ D. BILOTTI., *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR)*, membro associato della *International Humanist and Ethical Union*, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost., in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2011, 10; F. ALICINO, *op. cit.*, 199 ss.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. 13 luglio 1960, n. 58.

¹⁷ Cfr. Corte Costituzionale, sent. 2 ottobre 1979, n. 117.

vede riconosciuto come soggetto che esprime non solo un pensiero, ma un pensiero religioso, da considerarsi alla stregua di un credo¹⁸.

Negli anni '90 l'ateismo si è diffuso su più larga scala, passando da concezione propria di singoli individui ad una portata collettiva, fino ad ottenere una rilevanza pubblica, tale da indurre l'esigenza di creare - informalmente nel 1987 e formalmente nel 1991 - un'associazione: l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR)¹⁹. Questa ha unificato in sé tutte le concezioni di cui sopra, rappresentandone i valori comuni. La creazione dell'associazione rappresenta un evento di alta rilevanza, seppur ancora lontana dalle medesime esperienze del nord Europa e dell'America, in cui le stesse sono molto più ampie e strutturate, quasi fossero una vera e propria confessione religiosa.

L'UAAR è una associazione nazionale di promozione sociale (iscritta al numero 141 del registro nazionale presso il ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali) e apartitica che si impegna, tra le altre cose, «a tutelare i diritti civili degli atei e degli agnostici, a livello nazionale e locale, opponendosi a ogni tipo di discriminazione, giuridica e di fatto, nei loro confronti, attraverso iniziative legali e campagne di sensibilizzazione»²⁰. Nello Statuto si legge che i valori ai quali l'UAAR si ispira sono «l'eudemonismo; la razionalità; il laicismo; l'autodeterminazione; il rispetto dei diritti umani; la democrazia; il pluralismo; l'uguaglianza; la valorizzazione delle individualità; le libertà di coscienza, di espressione e di ricerca; l'acquisizione della conoscenza attraverso il metodo scientifico» e l'uguaglianza formale e sostanziale di tutti i cittadini; gli scopi, invece, riguardano l'attuazione del principio di laicità dello Stato nella scuola e nelle istituzioni, la pretesa della «abolizione di ogni privilegio accordato, di diritto o di fatto, a qualsiasi religione, in virtù

¹⁸ Sul non confessionismo organizzato si veda D. BILOTTI., *op. cit.*, 8 e ss.

¹⁹ Sul mutamento del fenomeno ateistico ed i suoi sviluppi si veda N. FIORITA, F. ONIDA, *op. cit.*, 22 ss.

²⁰ Cfr. <https://www.uaar.it/uaar/>.

dell'uguaglianza di fronte alla legge di religioni e associazioni filosofiche non confessionali», ed infine il promovimento della valorizzazione delle filosofie atee e agnostiche²¹. L'UAAR, oltre ad essere membro della *International Humanist and Ethical Union* («the global representative body of the humanist movement, uniting a diversity of non-religious organisations and individuals»²²), aderisce alla *European Humanist Federation*.

Uno dei precipui obiettivi dell'Unione è il ridimensionamento del sistema pattizio perché previsto per le sole confessioni religiose, in aperto contrasto con il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3, Cost. e con l'art. 17 TFUE, che riconosce le organizzazioni filosofiche non confessionali. Pertanto, l'UAAR aspira a superare questa regolamentazione discriminatoria con la proposizione della conclusione di un'intesa per poter usufruire dei relativi benefici, dai quali altrimenti rimarrebbe esclusa²³: così, pur disprezzando il mezzo, si ritiene necessario il suo utilizzo per contrastarlo.

Forte delle sue argomentazioni e in adesione ai suoi scopi, l'UAAR, il 7 novembre 1995, ha proposto la stipula di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. Questa richiesta ha comportato opposte reazioni da parte di giurisprudenza e dottrina e, soprattutto, ha posto delle problematiche non solo dal punto di vista del diritto sostanziale, ma soprattutto procedurale, le quali hanno finito per investire tutto l'*iter* necessario per stipulare un'intesa, fornendo, altresì, molteplici spunti di riflessione.

2. L'UAAR è una confessione religiosa?

²¹ Cfr. <http://www.uaar.it/uaar/statuto/>.

²² Cfr. <http://iheu.org/about/about-iheu/>.

²³ F. ALICINO, *op. cit.*, 194, 234 s.; sulle motivazioni che hanno spinto l'UAAR a richiedere la stipula di un'intesa e sulla definizione della richiesta come una «consapevole forzatura» si veda P. FLORIS, *op. cit.*, 103 ss.

La richiesta dell'UAAR di stipulare un'intesa ha avuto esito negativo perché a parere del Consiglio dei ministri «la professione dell'ateismo, certamente da ammettersi al pari di quella religiosa quanto al libero esercizio in qualsiasi forma, individuale e associata, purché non integrante riti contrari al buon costume (articolo 19 della Costituzione), non possa essere regolata in modo analogo a quanto esplicitamente disposto dall'articolo 8 della Costituzione per le sole confessioni religiose»²⁴. Tale motivazione ha generato il susseguirsi di una serie di ricorsi, culminati con la sent. n. 52/2016, i quali hanno riportato alla luce una varietà di problematiche connesse anche allo strumento bilaterale.

L'esclusione dell'UAAR dal sistema pattizio è dovuta alla carenza da parte di questa di un requisito fondamentale: l'essere confessione religiosa. A tal proposito, la delibera sopra citata si è preoccupata di specificare che il secondo comma dell'art. 8, Cost., riguarda esclusivamente «un contenuto religioso di tipo positivo» e, pertanto, aderendo a quanto sostenuto dall'Avvocatura Generale, ha chiarito che per «confessione religiosa» debba intendersi «un fatto di fede rivolto al divino e vissuto tra più persone che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale»²⁵. Escludendo la libertà religiosa negativa e mettendo in risalto il richiamo al «divino», è stata proposta una definizione restrittiva ed incompatibile con la natura dell'UAAR.

Prima di analizzare la questione attinente l'inclusione dell'UAAR tra le confessioni religiose, è necessario tentare di definire cosa sia una confessione religiosa, riempiendo di contenuto l'astrattezza giuridica.

²⁴ Cfr. <https://www.uaar.it/laicita/ateismoelegislazione/>; F. ALICINO, *op. cit.*, 218 s.; V. COCOZZA, *La garanzia dell'«intesa» nell'art. 8 Cost., terzo comma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11/2017, 2.

²⁵ Cfr. con nota della Presidenza del consiglio dei ministri del 5 dicembre 2003, su https://www.uaar.it/laicita/ateismo_e_legislazione/17e.html.

n. 2/2019

Nell'ordinamento interno, si parla di confessione religiosa nell'articolo 8 della Costituzione ma il legislatore non ne ha tracciato i caratteri distintivi²⁶, provocando, in tal modo, una vaghezza concettuale²⁷.

L'unico dato normativo esistente riguarda l'attuazione della direttiva 2004/83/CE attraverso il d.lgs. n. 251 del 2007. L'art. 8 menziona tra i motivi degli atti di persecuzione idonei al riconoscimento dello *status* di rifugiato quello religioso, indicandone il contenuto: «include, in particolare, le convinzioni teiste, non teiste e ateiste, la partecipazione a, o l'astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fondate su un credo religioso o da esso prescritte». La definizione è tanto ampia da poter comprendere più fenomeni che necessitano la libera espressione, in vista, soprattutto, della *ratio* del decreto.

Al di là di questo singolare intervento, per supplire alla indeterminatezza creatasi, sono state necessarie le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Con la sentenza n. 195 del 1993, la Corte Costituzionale aveva sostenuto che una confessione religiosa fosse quella che avesse stipulato un'intesa, «in mancanza di questa, la natura di confessione potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione»²⁸.

Non si sono fatte attendere critiche alla parte motiva della sentenza. Infatti, vi è stato chi ha sostenuto che tali criteri, se considerati

²⁶ G. CASUSCELLI, *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2012, 99.

²⁷La difficoltà di tracciare i confini giuridici della “confessione religiosa”, dovuta, in primo luogo, alla mancanza di una qualificazione legislativa, è resa ancora più complicata dalla diffusione dei “nuovi movimenti religiosi”. Di fronte a questo quadro è opportuno adottare un atteggiamento che consideri l'ordinamento italiano come un sistema impegnato a mantenere aperti i rapporti con altre compagini europee, sul punto si veda A. MANTINEO, *op. cit.*, 1 ss.

²⁸ Cfr. Corte Costituzionale, sent. 19 aprile 1993, n. 195.

singolarmente, risultano insoddisfacenti: quanto al primo, rischierebbe di produrre l'effetto perverso di considerare confessione solo chi abbia stipulato un'intesa o chi ne abbia avviato le trattative; il secondo criterio, quello dell'autoqualificazione, appare altamente discrezionale; infine, il terzo presupposto permetterebbe solo alle confessioni socialmente riconosciute di avere la qualifica in oggetto, escludendo, ad esempio, i fenomeni religiosi emergenti che non sono percepiti chiaramente dalla società ma che non per questo debbano essere considerati irrilevanti giuridicamente²⁹.

Segna un importante punto di svolta il provvedimento giurisdizionale n. 9476 del 1997, con cui la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza della Corte di Appello di Milano, la quale chiamata a decidere sulla sussistenza di fattispecie delittuose in ordine ad alcuni appartenenti alla Chiesa di Scientology, aveva dichiarato, oltretutto, che per confessione religiosa dovesse intendersi quella «comunità sociale avente una propria concezione del mondo, basata su credenze religiose» e che la religione fosse «un complesso di dottrine incentrato sul presupposto della esistenza di un Essere supremo, che è in rapporto con gli uomini e al quale questi devono obbedienza e ossequio», persino inserendovi il riferimento alla «salvezza dell'anima» ed all'influenza delle religioni tradizionali sulla cultura religiosa italiana³⁰. Sul punto, la Cassazione qualificava le definizioni fornite dal giudice di merito come: i) parziali perché richiamavano esclusivamente le religioni di ascendenza biblica; ii) illegittime perché la mancanza di una definizione legislativa era espressione della volontà di non precludere a

²⁹ Sulle critiche mosse alla qualificazione giuridica di confessione religiosa espressa dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale si veda E. ROSSI, *Le confessioni religiose possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 27/2014, 23 ss.

³⁰ Sulle parti censurate dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alla sentenza di merito impugnata si veda Cassazione penale, sez. VI, sent. 8 ottobre 1997, n. 9476, in *DeJure*, 15 ss.

nessuna credenza la libertà di professare il proprio culto, seppur strano o diverso³¹.

Il giudice di legittimità, ribadendo la volontà dei padri costituenti di non voler circoscrivere le tutele di cui all'art. 8 solo ad alcuni gruppi religiosi – la definizione di confessione religiosa avrebbe comportato la suddetta cristallizzazione - ha sottolineato che la scelta della locuzione “confessione religiosa” – intesa come «un gruppo connotato da una comune professione di fede» – piuttosto che il generico “religione” risaltasse il riferimento all'aspetto personale oltre che «il distacco laicale dalle dottrine, dalle rivelazioni o dalle tradizioni caratterizzanti sul piano oggettivo una religione esistente o una sopravveniente»³².

Un passo indietro rispetto a quest'ultima pronuncia viene effettuato con la sentenza del 2016, con la quale la Corte Costituzionale, adita per risolvere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato si riporta, ancora una volta, al concetto di confessione religiosa espresso dalla sentenza n. 195 del 1993 e ribadisce la non sufficienza del criterio dell'autoqualificazione³³.

Dall'analisi di questi orientamenti giurisprudenziali, il quadro non lo si può ritenere ancora chiaro: la pronuncia della Corte Costituzionale del 1993 ha messo in luce, con un approccio restrittivo e tradizionale, i criteri che una confessione religiosa deve possedere per essere tale; la sentenza della Corte di Cassazione n. 9476 del 1997 ne ha tratteggiato in maniera vaga e generica i lineamenti, permettendo l'inclusione di forme organizzate prima escluse; infine, nel 2016 la Corte Costituzionale ha effettuato un ritorno al passato, richiamando il suo precedente del 1993 e restringendo, ancora una volta, la portata della locuzione.

Anche la dottrina ha dato il suo apporto in materia, ed in maniera del tutto prevedibile, presenta posizioni discordanti.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Sul punto cfr. Corte Costituzionale, sentenza 10 marzo 2016, n. 52, su <https://www.iusexplorer.it/>, p. 14.

Vi è chi ritiene che la scelta di inserire nel testo costituzionale l'espressione "confessione religiosa" trovi le sue origini nel modello della Chiesa cattolica perché dotato di una serie di caratteri: i) sistema normativo; ii) radicamento sociale; iii) organizzazione stabile e complessa; iv) presenza di un *Capo*³⁴. È su questo esempio che dovrebbero uniformarsi – ovvero presentare forti similitudini con il paradigma di riferimento - tutte quelle aggregazioni che si qualificano come confessioni religiose, le uniche a poter accedere al sistema di benefici previsti³⁵. Questo approccio opera, peraltro, una distinzione, sul piano esclusivamente giuridico, tra confessioni con intesa e confessioni senza intesa; solo le prime, in virtù dello strumento bilaterale, godono del riconoscimento legale e ricevono protezione; mentre, le seconde, mancando di legittimazione giuridica, sono inesistenti, costituiscono, pertanto, un «ossimoro»³⁶.

Altre elaborazioni dottrinali considerano la confessione religiosa come una specificazione della formazione sociale e che, come tale, deve possedere alcuni requisiti: i) l'elemento materiale, cioè la plurisoggettività, ovvero la presenza di più soggetti che ne facciano parte; ii) l'elemento psicologico, ossia la volontà e la consapevolezza degli appartenenti di far parte della confessione; iii) che si tratti di una formazione in cui possa

³⁴ V. TOZZI, *Rilievo delle norme confessionali nel territorio italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2009, 2 ss.

³⁵ *Ibidem*; Necessitando una similitudine al modello cattolico, la tutela giuridica non riguarda tutte le organizzazioni della religiosità collettiva perché il costituente ha preferito restringerla alle sole confessioni religiose, sul punto si veda V. TOZZI, *Cosa intendo per Disciplina democratica della libertà di pensiero e di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14/2014, 3 ss.

³⁶ Sulle conseguenze sotto il profilo della tutela, *ibidem*; V. TOZZI, *Le confessioni prive di intesa non esistono*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2011, 2 ss. Diversamente, partendo da un punto di visto più teorico che pratico, vi è chi sostiene che l'essere "confessione religiosa" preesiste alla stipula di un'intesa, non essendo tale strumento la fonte della qualifica stessa, si veda E. ROSSI, *op. cit.*, 9 ss.

svilupparsi la personalità degli appartenenti³⁷. A seguire, al fine di differenziare la confessione religiosa da una più generica associazione, viene fornita una definizione di confessione – astraendola provvisoriamente dalla qualificazione “religiosa” – intesa come «un insieme di persone che professano una medesima visione del mondo con riferimento alla dimensione spirituale e alle prospettive di credo sul quale impostare la propria vita, ed insieme un’organizzazione che abbia le caratteristiche da un lato di ente esponenziale dei soggetti accomunati dal relativo corso o concezione di vita, e insieme di primarietà e originarietà»³⁸. Infine, si spiega che l’aggettivazione “religiosa” è propria di «quella confessione che professa una fede o un credo religioso, per come quest’ultimo termine è utilizzato ed applicato –anche dalla giurisprudenza –relativamente al riconoscimento ed alla garanzia della libertà religiosa» e la “religiosità” può dedursi anche dall’autoqualificazione³⁹.

Altra definizione di confessione religiosa molto ampia ed inclusiva è che fa riferimento a «luoghi collettivi intorno ai quali prende forma la condivisione di una determinata ideologia religiosa»⁴⁰.

A conclusione del quadro tracciato nel contesto italiano, si segnala un’ulteriore indirizzo secondo cui la confessione religiosa è intesa come gruppo organizzato dedito alla diffusione in positivo di una propria fede, tramite un itinerario spirituale volto al raggiungimento del benessere e della

³⁷ E. ROSSI, *op. cit.*, 25 ss.

³⁸ Ivi, 27.

³⁹ Sulla spiegazione, quasi tautologica del concetto di “religiosa” e sull’influenza dell’autoqualificazione, da intendersi quale strumento necessario ma non sufficiente, ivi, p. 28; quanto al requisito esclusivo dell’autoqualificazione ed al pericolo che esso apporterebbe, si veda S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 15 ss.

⁴⁰ A proposito della vicenda dell’UAAR, l’analisi della sentenza n. 7068 del 2014 emessa dal TAR del Lazio ha permesso di riflettere sul concetto di confessione religiosa e sul suo contenuto, così M. PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all’Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del 2014 del Tar Lazio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 36/2014, 12.

felicità, caratterizzati dalla educazione e formazione dei membri, dalla cura dello spirito, e dalla natura originaria e primaria dell'organizzazione che le distingue dalle formazioni sociali intermedie⁴¹.

Data la coesistenza di una varietà di definizioni, a tratti, antitetiche, è opportuno volgere lo sguardo a fonti che non siano specificatamente interne.

Nel panorama internazionale, ottimi spunti sono offerti dalla CEDU, la quale dedica l'art. 9 alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Dal dato letterale emerge che i destinatari della norma sono esclusivamente gli individui; costituisce, però, *jus receptum* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo l'assunto secondo cui vadano ricompresi anche i gruppi religiosi⁴². Dalla lettura dell'articolo in oggetto in combinato disposto con gli articoli 6 e 11 CEDU, è possibile dedurre una forma di tutela piena ed effettiva che copre gli ambiti nei quali è necessaria, fino a ricomprendere la sfera processuale. Interessante è l'equiparazione tra «religione» e «credo» che consente di superare le difficoltà definitorie e includere anche le convinzioni filosofiche⁴³. Sulla stessa linea si colloca l'art. 10 della Carta di Nizza, il quale accosta i termini «religione» e «convinzione», nell'ottica di ampliare la protezione alle varie forme di credenza (concezioni filosofiche, umanistiche, razionalistiche)⁴⁴. Interessante contributo è stato fornito, altresì, dall'art. 17 TFUE, nel quale si afferma che l'Unione rispetta la posizione che le Chiese, le associazioni, le comunità religiose, le

⁴¹ Sul complesso concetto di confessione religiosa, partendo da una tradizionale qualificazione fino ad arrivare ad una concezione più aperta, in considerazione dei mutamenti culturali, e proponendo un distinguo con le formazioni sociali intermedie, si veda F. FRENI, *L'iter delle intese sui rapporti Stato-confessioni ristretto fra discrezionalità politica e insicurezza presunta*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 30/2018, 12 ss.

⁴² A. LICASTRO, *op. cit.*, 220 ss.

⁴³ *Ivi*, 228, 229.

⁴⁴ D. DURISOTTO, *Unione europea, chiese e organizzazioni filosofiche non confessionali (art. 17 TFUE)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 23/2016, 26.

organizzazioni filosofiche non confessionali godono a livello interno, e che mantiene e non pregiudica i benefici di cui usufruiscono⁴⁵. L'UE, nonostante mantenga una posizione di distanza da tutte le espressioni del sentire religioso, ne riconosce l'importanza e la salvaguardia⁴⁶. La norma, codificando il diritto alla non credenza, pone la libertà religiosa negativa sul medesimo piano della libertà religiosa positiva; entrambe ricevono un'eguale tutela e nei loro confronti (Chiese e organizzazioni non confessionali) l'UE si impegna a mantenere un dialogo⁴⁷. Uno degli strumenti per favorire tale comunicazione è il *lobbying* (le organizzazioni filosofiche non confessionali si servono dell'*European Humanist Federation*), anche se sarebbe più efficiente il sistema dei *non-binding agreements*, cioè accordi di *soft law*⁴⁸.

L'art. 17 TFUE ha avuto un impatto negativo sulle Chiese, le quali temendo di perdere parte della propria influenza, non hanno accettato di buon grado di essere equiparate ad altre organizzazioni che sono state

⁴⁵ F. ALICINO, *op. cit.*, 189 ss.; l'UE, con l'art. 17 TFUE, si limita a riconoscere lo status giuridico di cui le organizzazioni e le Chiese godono a livello interno, oltre che per una questione di competenza, soprattutto perchè la situazione tra i vari Stati membri non è omogenea, anzi, presenta una differenza culturale elevata, cfr. P. CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 41/2017, 18 ss.

⁴⁶ F. ALICINO, *op. cit.*, 189 ss.; sul punto, si veda D. BILOTTI., *op. cit.*, 6 ss.

⁴⁷ F. ALICINO, *op. cit.*, 189 ss.; i soggetti con cui l'UE mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare devono essere organizzazioni già riconosciute o registrate a livello nazionale che rispettano i valori europei e che hanno dato prova di essere in grado di convivere con il pluralismo religioso, per approfondimento si veda D. DURISOTTO, *op. cit.*, 36 ss.

⁴⁸ R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 3/2014, 10; F. ALICINO, *op. cit.*, 192; sull'attuazione concreta dell'art. 17 TFUE, nonché sulle tipologie di attività svolte dall'UE per dialogare con le varie associazioni religiose si veda <http://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/religious-and-non-confessional-dialogue/home/it-article17-the-ep-implementation.pdf>.

sempre ignorate o considerate troppo distanti⁴⁹. Eppure «entrambi gli approdi costituiscono risposte diverse al medesimo problema, e alle stesse domande»⁵⁰.

Delineato il contesto a livello interno ed internazionale è proficuo trarre delle conclusioni sul concetto di confessione religiosa. Il punto fermo dal quale partire è il dato costituzionale. L'art. 8 tutela le confessioni religiose in generale, ed in particolare si sofferma su quelle diverse dalla cattolica. Una prima riflessione riguarda il perché della scelta del termine "confessione religiosa" e non, ad esempio, quello già conosciuto di "culto". Le ragioni del mancato utilizzo di quest'ultima espressione devono ricercarsi, per certo: i) nella intenzione di voler prendere le distanze - seppur non troppo, vista la mancata abrogazione della Legge sui culti ammessi del 24 giugno del 1929 n. 1159 – dal precedente regime totalitario caratterizzato dal confessionismo e da un conseguente sistema discriminatorio per le altre manifestazioni religiose (Legge sui culti ammessi); ii) nella espressa genericità del termine "culto" che avrebbe legittimato le forme più diverse di religiosità ad ottenere tutela. Date queste premesse, era necessario configurare nuovi principi per lo Stato italiano – che lasciava dietro di sé la dittatura - che dessero respiro e aprissero nuove prospettive. Pertanto, sotto l'influenza della Chiesa cattolica e prendendo a modello la sua struttura, si è preferito utilizzare il termine "confessione religiosa", un contenitore specifico che, seppur intriso di significato, restava indeterminato. Condivisibile è la spiegazione fornita dalla sentenza sopracitata della Cassazione n. 9476/1997 circa la scelta dei padri costituenti di non voler cristallizzare il concetto in una data definizione perché ricollegata all'intenzione di poter lasciare aperto uno spiraglio all'inclusione di diverse organizzazioni religiose di cui, durante la stesura del testo costituzionale, non se ne aveva contezza ma delle quali se ne prevedeva la diffusione. La *ratio* della norma in esame attiene, dunque, alla tutela delle manifestazioni

⁴⁹ D. DURISOTTO, *op. cit.*, 24.

⁵⁰ *Ibidem.*

del sentire religioso organizzato, esplicitata nel loro riconoscimento giuridico e nella disciplina della loro organizzazione e dei loro rapporti. Dal dettato costituzionale si può trarre una volontà inclusiva, seppur non indiscriminata.

Alla luce di quanto detto e tenuto conto dell'odierno contesto multiculturale, per confessione religiosa deve intendersi una formazione sociale – pluralità di soggetti che consapevolmente decidono di farne parte, dotata di una organizzazione e di uno statuto che ne delinea i tratti salienti – che professa una credenza religiosa⁵¹.

Quanto al concetto di religione, dal quale si trae la relativa aggettivazione, non è bastevole il riferimento ad una serie di relazioni tra l'uomo e la divinità, nella quale il primo dipende dal secondo e nei cui confronti tributa atti di culto⁵² o più genericamente all'Essere supremo, perché tale criterio sarebbe contraddetto dalla scelta compiuta dell'Esecutivo di stipulare le intese con Buddhismo ed Induismo, confessioni religiose che non presentano questi ultimi requisiti.

Risulta più corretta, anche alla luce dell'interpretazione dell'art. 19, Cost., comprendente la libertà religiosa positiva e negativa, la definizione di religione che fornisce Ronald Dworkin a proposito di quello che lui chiama «ateismo religioso»: «Religione, dovremmo dire, non significa necessariamente credenza in Dio»⁵³. A tal proposito, Dworkin sostiene - in maniera del tutto condivisibile perché coerente con l'impianto delineato - che «la religione è una visione del mondo profonda, speciale ed esaustiva, secondo la quale un valore intrinseco ed oggettivo permea tutte le cose;

⁵¹ La definizione di confessione religiosa, seppur non presente nel testo costituzionale, è necessaria perché la sua mancanza, a partire dagli anni '90, ha creato numerose incertezze e problematicità, soprattutto in relazione alla stipula delle intese: l'esecutivo ha potuto scegliere, in maniera del tutto arbitraria, i suoi interlocutori.

⁵² P. BELLINI, *Confessioni religiose*, in *Enc. dir.*, VIII (1961), 926 ss.

⁵³ R. DWORKIN, *Religione senza Dio*, Il Mulino, Bologna, 2016, 20.

l'universo e le sue creature suscitano meraviglia; la vita umana ha uno scopo e l'universo ha un ordine»⁵⁴.

Appare chiaro che l'esistenza/credenza in Dio non può essere una scriminante per definire un'organizzazione come religiosa o meno⁵⁵, basti pensare che quelle che comunemente sono percepite come "religioni", non sono altro che filosofie, che in nulla differiscono tra loro quanto al carattere ideologico.

Seguendo questo filo conduttore è possibile affermare che le concezioni teistiche, non teistiche e ateistiche rientrano nel concetto di religione, perché intese come convinzioni fideistiche che divergono nel contenuto. A dare conferma a quanto sostenuto, si pone l'art. 17 TFUE che equipara, dal punto di vista strutturale e dottrinario, le chiese e le organizzazioni filosofiche non confessionali. Tale norma dovrebbe costituire un principio guida per la legislazione interna degli Stati membri, così com'è avvenuto già in alcuni di questi: in Francia si parla di religione quando convergono due elementi, uno oggettivo, cioè l'esistenza di una comunità e l'altro soggettivo, ossia una comune fede; simile in Portogallo, nel quale le confessioni religiose sono considerate come aggregazioni sociali accomunate da uno stesso credo⁵⁶.

⁵⁴ Ivi, 17 ss.

⁵⁵ Ivi, 17: «La netta distinzione che si fa abitualmente tra le persone religiose e quelle che non hanno una religione è troppo rozza. Diversi milioni di persone che si considerano atee hanno convinzioni ed esperienze molto simili – e altrettanto profonde di – quelle persone che i credenti giudicano religiose. Quei milioni di persone dicono che, pur non credendo in un dio «personale», credono tuttavia in una «forza» nell'universo «più grande di noi». Su questa scia si pone N. FIORITA, F. ONIDA, *op. cit.*, 30, «Abbiamo comunque raggiunto nel nostro discorso un primo punto fermo: a livello teorico (e quindi prescindendo dalla concreta buona o mala fede) è da accettare come religioso qualunque pensiero si dichiari tale, sia ch'esso affermi oppure no l'esistenza di un Dio o non prenda affatto posizione in merito».

⁵⁶ N. DOE, *Law and religion in Europe. A comparative introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 25 ss.

Dopo aver proposto una definizione di confessione religiosa il più aderente al dettato costituzionale, alle norme del diritto europeo e all'odierno contesto storico, sociale e culturale, non resta che dedurre, in modo sillogistico, se l'UAAR possa rientrare nella categoria di "confessione religiosa".

Emerge, in maniera palese, che la risposta debba essere assolutamente positiva e che l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti, in quanto rappresentante di una forma di ateismo organizzato⁵⁷, possa e debba considerarsi una confessione religiosa, possedendone tutti i caratteri, ovvero l'elemento materiale, l'elemento psicologico, l'elemento organizzativo e l'elemento religioso.

Una delle principali obiezioni all'inclusione dell'UAAR tra le organizzazioni di cui all'art. 8, Cost., è relativa al problema dell'autoqualificazione dell'associazione come *anti-religiosa*⁵⁸. La scelta di questa autodefinizione, effettuata sul finire degli anni '80, è da ritenersi il frutto di quel retaggio culturale che attiene al concetto di religione inteso, semplicisticamente, come credenza in Dio. Sarebbe più acuto operare una modifica a tale carattere che, tuttavia, non impedisce che l'Unione venga inclusa nella categoria in oggetto. Infatti, la critica è facilmente superabile ponendo l'attenzione sulla determinazione sostanziale piuttosto che su quella formale.

Quanto alla richiesta di stipula dell'intesa da parte dell'UAAR, la Corte costituzionale, come già sopra evidenziato, rifacendosi ai requisiti dettati dal precedente della Corte stessa, ha negato la natura di confessione religiosa. L'aspetto più opinabile è da riscontrarsi nella seguente parte del provvedimento: «un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto

⁵⁷ Sulla qualificazione dell'ateismo come professione su un ambito circoscritto dell'agire umano, si veda D. BILOTTI., *op. cit.*, 8 ss.

⁵⁸ Sul punto si veda E. ROSSI, *op. cit.*, 29 ss.

comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore»⁵⁹. Con queste motivazioni la Corte spiega che essere confessione religiosa non assicura di poter divenire interlocutore di un'intesa, perché sussistono ragioni di opportunità che possono escluderlo. Aggiunge, altresì, che alla confessione religiosa è, comunque, assicurato il trattamento previsto per essa, pur omettendo di specificare quale sia il trattamento a loro riservato. Queste affermazioni denotano un alto grado di discrezionalità dell'Esecutivo - di cui a breve si tratterà ampiamente - e una forte esigenza di provvedere a determinare legislativamente il concetto di confessione religiosa con una definizione che sia effettivamente conforme al dettato costituzionale, che tenga conto della *ratio legis* e delle norme del diritto dell'UE che, dunque, sia inclusiva e tuteli in maniera concreta il sentire religioso organizzato.

3. *Le vicende giudiziali dell'UAAR*

La richiesta dell'UAAR di stipulare un'intesa con lo Stato ha un grosso merito: quello di aver messo in risalto una serie di questioni attinenti la bilateralità necessaria, caratterizzante il d.e.i. Infatti, i ricorsi che si sono susseguiti vertono su problematiche slegate dall'UAAR in sé e riguardanti, piuttosto, tutte le confessioni religiose. Per comprendere meglio tali vicende giudiziali e le loro conseguenze, è necessario ripercorrerne le tappe.

Nel 1995, l'UAAR ha presentato l'istanza per l'avvio delle trattative in vista di un'intesa con lo Stato ma il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ha negato tale richiesta perché l'associazione era priva

⁵⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 10 marzo 2016, n. 52.

del carattere religioso e confessionale⁶⁰. Eccependo l'incompetenza dell'organo che ha emesso l'atto (ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. l, della L. 23 agosto 1988, n. 400), l'eccesso di potere, la violazione di articoli costituzionali e l'omessa motivazione, l'UAAR ha proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il quale ha accolto l'impugnativa e ha annullato la delibera dell'Esecutivo⁶¹.

Dopo un periodo fatto di stasi, diffide, istanze di accesso, il 27 novembre del 2003 il Consiglio dei Ministri ha negato la richiesta di avvio delle trattative⁶² perché, come rilevato sopra, l'UAAR non possedeva i caratteri previsti dall'art. 8, Cost.

A seguito dell'impugnazione della delibera innanzi al TAR Lazio che, con sentenza resa il 31 dicembre 2008, riconosceva la natura politica dell'atto dell'Esecutivo e la sua conseguente insindacabilità⁶³, è stato proposto appello al Consiglio di Stato che, in data 18 novembre 2011, ha annullato la sentenza impugnata e ha rinviato al giudice di prime cure.

Questa pronuncia ha focalizzato l'attenzione sulla natura dell'atto di diniego di avvio delle trattative e le relative conseguenze.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha precisato che l'atto politico deve contenere congiuntamente due requisiti: «il primo a carattere soggettivo, consistente nel promanare l'atto da un organo di vertice della pubblica amministrazione, individuato fra quelli preposti all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello; il secondo a carattere oggettivo, consistente nell'essere l'atto concernente la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica

⁶⁰ Sul punto si veda il ricorso al Capo dello Stato presentato dall'UAAR, in data 30.5.1996, per l'annullamento del rigetto dell'istanza di intesa da parte del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri, su https://www.uaar.it/laicita/ateismo_e_legislazione/17b.html.

⁶¹ *Ibidem*, cfr. <https://www.uaar.it/uaar/iniziative-legali/>, e sul punto si veda F. ALICINO, *op. cit.*, 218 s.

⁶² V. COCOZZA, *op. cit.*, 1 ss.

⁶³ F. ALICINO, *op. cit.*, 219; M. PARISI, *Associazionismo ateista*, cit., 7.

struttura e nella loro coordinata applicazione»⁶⁴. Il Giudice d'Appello, avvalendosi di una interpretazione restrittiva, ha specificato che l'atto con il quale il Governo decide se avviare o meno un'intesa non può qualificarsi come atto politico perché, nonostante sia sussistente il requisito soggettivo (vista la provenienza dell'atto dal Consiglio dei Ministri), si considera mancante il requisito oggettivo (il contenuto esula dalle materie di cui sopra)⁶⁵. Conseguentemente, il Consiglio di Stato, affermando «di non condividere la declaratoria di difetto assoluto di giurisdizione pronunciata dal primo giudice», ha qualificato l'atto governativo come amministrativo, quindi ricorribile giurisdizionalmente⁶⁶. La sindacabilità della delibera, a parere del Giudice amministrativo, costituisce un mezzo di controllo dell'attività altamente discrezionale del Governo.

Anche l'accertamento preliminare circa la qualificazione dell'organizzazione come confessione religiosa deve ritenersi atto amministrativo perché espressivo della discrezionalità tecnica e, come tale, sindacabile⁶⁷. Inoltre, emergerebbe in capo alla confessione un diritto all'intesa e, un interesse legittimo alla prosecuzione secondo buona fede, allo svolgimento imparziale dell'azione amministrativa e alla conclusione positiva delle trattative⁶⁸, sulla base della ponderazione degli interessi in gioco: «da un lato vi è l'interesse dell'associazione istante (la quale, nel chiedere di stipulare un'intesa con lo Stato, ha evidentemente ritenuto tale via idonea a un miglior perseguimento dei propri fini istituzionali), e dall'altro lato si pone l'interesse pubblico che si è visto sotteso alla selezione

⁶⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 18 novembre 2011, n. 6083, in *DeJure*, 5 ss.

⁶⁵ F. ALICINO, *op. cit.*, 219 ss.; S. BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 4/2014, 9.

⁶⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 18 novembre 2011, n. 6083, in *DeJure*, 8.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ J. P. CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26/2016, 11 ss.; F. ALICINO, *op. cit.*, 226 ss.

dei soggetti con cui avviare le trattative ed alla loro preliminare ed ineludibile qualificazione come «confessioni religiose»⁶⁹.

La qualifica di confessione religiosa spetta al Governo: nel caso di esito negativo, sarà necessario accompagnare il diniego alla motivazione; nel caso di accertamento positivo, sorgerà l'obbligo di avviare la trattativa⁷⁰, «ferme restando logicamente (a) la libertà del Governo di interrompere successivamente i contatti e perciò di non concludere l'intesa e finanche (b) quella di non avviare l'iniziativa legislativa al riguardo, pur in presenza di un'intesa raggiunta, nonché (c) la libertà di decisione delle Camere, ovverosia quella di non tradurre in legge l'intesa nel corso di appositi lavori parlamentari»⁷¹. Ne deriva l'obbligo di avvio delle trattative e la facoltà di non concluderle.

Avverso tale pronuncia, il Consiglio dei Ministri ed il suo Presidente hanno proposto ricorso in Cassazione che ha confermato il *decisum* del Giudice amministrativo⁷².

La Corte ha ribadito la natura amministrativa dell'atto di diniego di avvio delle trattative e la conseguente sindacabilità, adducendo una serie di argomentazioni: i) ai fini della politicità dell'atto, si deduce la sussistenza del requisito soggettivo e non anche di quello oggettivo; ii) ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione non può essere limitata; iii) la valutazione della qualità di confessione religiosa che deve consentire l'inizio delle trattative deve essere frutto di una discrezionalità tecnica, aderente ai criteri previsti dalla sentenza della Corte Costituzionale, n. 195/1993⁷³. La Cassazione ha tratto

⁶⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 18 novembre 2011, n. 6083, in DeJure, 8 ss.

⁷⁰ Per approfondimenti sul punto si vedano M. CANONICO, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15/2012, 8; E. ROSSI, *op. cit.*, 13 ss.; F. ALICINO, *op. cit.*, 221 ss.

⁷¹ S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 3 ss.

⁷² V. COCOZZA, *op. cit.*, 5.

⁷³ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 28 giugno 2013, n. 16305.

le sue conclusioni avvalendosi dei contributi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo: «la Corte Europea dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni confessione un interesse giuridicamente qualificato per l'accesso agli status promozionali, anche su base pattizia; impone alle autorità nazionali di predisporre criteri di accesso non discriminatori e di adottare congrue motivazioni d'esercizio; ammette il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza dei criteri predisposti e sull'idoneità delle motivazioni adottate, in funzione di tutela della posizione soggettiva incisa»⁷⁴.

Le Sezioni Unite hanno confermato l'obbligatorietà dell'avvio delle trattative (nell'ipotesi di esito positivo della valutazione di confessione religiosa dei soggetti richiedenti) perché tramite lo strumento bilaterale – in un contesto caratterizzato dal principio di laicità e pluralismo confessionale - trova attuazione il principio stabilito dal primo comma dell'art. 8, Cost., infatti: “si devono garantire contemporaneamente, di regola tramite le intese: l'indipendenza delle confessioni nel loro ambito, nell'accezione più estesa; il loro diritto di essere ugualmente libere davanti alla legge; il diritto di diversificarsi l'una dall'altra»⁷⁵.

Se viene configurato un diritto all'avvio delle trattative, lo stesso non vale per il diritto alla conclusione positiva della negoziazione, sul quale la Cassazione ha preferito non pronunciarsi, non rientrando la questione nel *thema decidendum* e sottolineando, solamente, che la fase successiva all'avvio è regolato dalla disciplina propria degli atti di normazione⁷⁶.

La critica principale mossa al sistema configurato dalle Sezioni Unite riguarda il riconoscimento del diritto all'avvio delle trattative che obbligherebbe il Governo all'inizio delle stesse. Di conseguenza, la sua libertà contrattuale verrebbe compressa nel momento iniziale, ma si riespanderebbe durante la negoziazione, fase nella quale l'Esecutivo

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*; N. COLAIANNI, *La decadenza del “metodo della bilateralità” per mano (involontaria) degli infedeli*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 28/2016, . 5 ss.

⁷⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sent. 28 giugno 2013, n. 16305.

potrebbe negare il prosieguo: così facendo si procrastinerebbe la manifestazione della sua reale intenzione ad una fase successiva⁷⁷.

Ad annullare la decisione delle Sezioni Unite è stata la Corte Costituzionale, adita dal Governo per decidere sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

La sentenza ha ribaltato le conclusioni a cui era arrivata la Cassazione, confutandone l'intero impianto.

La Corte Costituzionale, in appendice alla parte motiva, ha messo in luce l'aspetto centrale di tutta la vertenza, vale a dire la mancanza di una disciplina normativa della procedura di stipula di un'intesa e dei criteri per la scelta dell'interlocutore⁷⁸. A queste carenze si è supplito tramite il ricorso alla prassi⁷⁹. Ciò ha comportato una discrezionalità politica nell'agire del Governo e la conseguente insindacabilità di tali scelte.

Da tale contesto emerge una indifferenza del Parlamento alla politica ecclesiastica e, dunque, alla volontà di determinare con fermezza questioni che attengono all'esercizio di diritti tutelati costituzionalmente, con la conseguenza che appare inaccettabile che la giurisprudenza debba intervenire e sopperire alle funzioni spettanti ad un altro organo⁸⁰.

Dopo aver preannunciato, in parte, la sua posizione, la Corte Costituzionale si è concentrata, preliminarmente, sulla sussistenza di una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative da parte di una confessione che

⁷⁷ Cfr. F. ALICINO, *op. cit.*, 230; diversamente, sull'importanza dell'avvio delle trattative, si veda N. COLAIANNI, *La decadenza del "metodo della bilateralità"*, cit., 9 s.

⁷⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sent. 28 giugno 2013, n. 16305, 20.

⁷⁹ Per approfondimento sul procedimento di stipula di un'intesa si veda <https://leg16.camera.it/561?appro=478>; G. CASUSCELLI, *op. cit.*, 111 ss.; le pratiche per la negoziazione, ad oggi, hanno assunto una rilevanza tale da potersi definire convenzioni costituzionali, ossia fonti integrabili della Costituzione, la cui violazione potrebbe essere oggetto di incostituzionalità, sul punto si veda F. FRENI, *op. cit.*, 2.

⁸⁰ Sulla latitanza del Parlamento si veda A. MANTINEO, *op. cit.*, 4 ss.; sul necessario monito della Corte Costituzionale al Parlamento a legiferare sulle materie di cui trattasi, si veda J.P. CEROLI, *Interpretazione assiologica*, cit., 17.

alleggi il suo carattere religioso con la conseguente sindacabilità dell'eventuale diniego del Governo⁸¹. La Corte ne ha negato l'esistenza, adducendo una serie di ragioni⁸².

In primo luogo, vi osta la *ratio* della bilateralità necessaria, a fronte della quale per la stipula di un'intesa è necessaria la concorde volontà delle parti. Infatti, la configurazione di un diritto all'avvio delle trattative, non solo frustrerebbe la libertà di contrarre del Governo, ma costituirebbe una illusione per la confessione, che non vedrebbe riconosciuto il parallelo diritto alla conclusione positiva dell'accordo, e ove anche ciò accadesse, non vi sarebbero gli strumenti per poter "obbligare" il Governo a negoziare.

In secondo luogo, sulle scelte effettuate dal Governo circa l'interlocutore e l'avvio delle trattative incidono delle considerazioni di opportunità politica, strettamente connesse alle contingenze interne ed internazionali. Pertanto, tali decisioni non possono essere soggette ad eventuali pretese giuridiche di negoziare né tanto meno possono sottoporsi al sindacato giurisdizionale.

Infine, a supporto di tali argomenti, si aggiunge la mancanza di norme che imporrebbero al Governo di avviare trattative con le confessioni religiose.

Questa prima parte di motivazione appare logica ma non condivisibile.

Quanto all'ultimo punto, ci si dimentica del contenuto dell'art. 8, Cost. Il terzo comma, utilizzando il verbo «sono regolati» e non «possono essere regolati» in riferimento ai rapporti tra lo Stato e le confessioni

⁸¹ Sulle questioni poste dalla sentenza della Corte Cost., n. 52/2016, in particolare sulla pretesa all'avvio delle trattative e sulla sindacabilità del relativo diniego si veda M. PARISI (a cura di), *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A proposito della sentenza n. 52/2016*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 103 ss.; M. PARISI (a cura di), *Bilateralità pattizia*, cit., 86.

⁸² A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26/2016, 12 ss.

religiose diverse dalla cattolica, impone lo strumento dell'intesa per disciplinarne le relazioni e configura, seppur latamente, un diritto della confessione religiosa ad addivenire ad un accordo perché se questa possiede i requisiti e, soprattutto, la volontà di contrattare con lo Stato, quest'ultimo avvierà – e non “potrà avviare” - le trattative. È chiaro che non si possa riconoscere, parallelamente, un diritto alla conclusione positiva della negoziazione perché significherebbe svuotare di contenuto lo strumento bilaterale. Si tratterebbe, in altri termini, di una imposizione della volontà della confessione religiosa sul Governo che sfocerebbe in una disciplina unilaterale, solo formalmente accettata dall'Esecutivo.

Pertanto, dalla lettura dell'art. 8 è possibile scorgere un diritto della confessione religiosa all'avvio delle trattative a cui corrisponde l'obbligo per il Governo di valutare preliminarmente i requisiti dell'interlocutore, e successivamente il merito dell'accordo, ovvero il suo contenuto, potendo solo in tale fase decidere, con adeguata motivazione, di non proseguire la contrattazione. Ciò è confermato dalla lettera della norma, nella quale non compaiono clausole di salvezza né riferimenti a variabili politiche che potrebbero ostare la conclusione dell'intesa.

La conseguenza diretta del riconoscimento del diritto all'avvio della procedura di negoziazione è la sindacabilità del relativo diniego, in virtù degli artt. 24 e 113 Cost., i quali positivizzano il garantismo giuridico che permea l'ordinamento italiano.

Inoltre, la presunta discrezionalità politica caratterizzante la scelta dell'interlocutore⁸³ e l'avvio delle trattative risulta in contrasto con il primo comma dell'art. 8, Cost. Infatti, l'applicazione del principio di *eguale libertà* impone che, di fronte ad una situazione di parità (più confessioni che presentano il carattere della religiosità) la scelta del Governo sia la medesima per tutte le confessioni, non potendo giustificare un'eventuale

⁸³ La discrezionalità politica circa la scelta dell'interlocutore celerebbe l'intento politico di discriminare le confessioni religiose prive di intesa, sul punto si veda V. TOZZI, *Le confessioni prive*, cit., 11.

disparità di trattamento con ragioni di opportunità. Diversamente, verrebbe meno il principio della certezza del diritto: per accedere ad una intesa non sarebbe sufficiente essere una confessione religiosa, necessitando il possesso di requisiti ignoti. Ancora più grave sarebbe l'insindacabilità di detti atti che si porrebbero in violazione del diritto di difesa.

Accanto alla natura politica degli atti dell'Esecutivo in ordine alle scelte di cui si discute, la Corte ha riconosciuto la natura politica anche alla responsabilità. In altri termini, il Governo sarà responsabile, ai sensi dell'art. 95 Cost., di fronte al Parlamento per l'eventuale diniego di avvio delle trattative, quando questo fosse ritenuto dalle Camere illegittimo⁸⁴. È conseguenziale la costituzione di una zona franca: l'Esecutivo potrà effettuare le sue scelte in piena autonomia ed indipendenza, senza doversi attenere a requisiti legali, senza ripercussioni sul piano giuridico⁸⁵. Si tratta di un *escamotage* per rendere la pronuncia logica sul piano teorico ma irrealizzabile sul piano pratico. Infatti, questa configurazione non tiene conto della palese sproporzione tra la fattispecie (mancato avvio delle trattative) e la sanzione (sfiducia)⁸⁶. Peraltro, affidare la responsabilità di tali atti al Parlamento, significa affidare il diritto delle minoranze ad una maggioranza parlamentare che non presenta la giusta sensibilità ed il necessario interesse per affrontare la questione⁸⁷. Alla base di tale impianto, si trova, ancora una volta, l'esigenza di avere libero spazio a non negoziare con quelle confessioni religiose che potrebbero dimostrarsi «scomode»⁸⁸.

⁸⁴ M. PARISI (a cura di), *Bilateralità pattizia*, cit., 63; G. DI COSIMO, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7 ss.

⁸⁵ La sentenza fa riferimento esclusivamente alla «discrezionalità ampia» perché limitata dai principi costituzionali, ma poi dimentica che la tutela di tali principi avviene solo attraverso il controllo del giudice, sul punto si veda G. DI COSIMO, *op.cit.*, 6 ss.

⁸⁶ *Ivi*, 5 ss.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

Nella parte finale della motivazione, la Corte Costituzionale chiarisce che l'eventuale diniego all'avvio delle trattative dovuto alla mancata qualifica di un'organizzazione come confessione religiosa ha rilevanza meramente interna al procedimento. In particolare, afferma che «tale atto - nella misura e per la parte in cui si fonda sul presupposto che l'interlocutore non sia una confessione religiosa, come avvenuto nel caso da cui origina il presente conflitto - non determina ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost. Le confessioni religiose, a prescindere dalla circostanza che abbiano concluso un'intesa, sono destinatarie di una serie complessa di regole, in vari settori»⁸⁹. Si asserisce, dunque, che si può essere confessione religiosa anche se all'avvio della procedura bilaterale tale carattere è stato negato.

Inoltre, è la stessa Corte Costituzionale che, in adesione ad un suo precedente (la sent. 195/1993), afferma che la natura di confessione può derivare anche da precedenti riconoscimenti pubblici. Il diniego di tale carattere espresso in un atto del Consiglio dei Ministri, lo si può considerare un precedente *disconoscimento* pubblico? Se sì, come potrebbero conciliarsi le antitetiche asserzioni? Ed ancora, se un atto del Governo nega il carattere di confessione religiosa, con quale legittimazione la *non confessione religiosa* può pretendere il trattamento previsto per le confessioni religiose?

A conclusione dell'analisi della sentenza n. 52/2016, si intende riflettere sulle premesse del provvedimento stesso che offrono degli spunti all'analisi del sistema bilaterale.

La Corte nega la sussistenza della relazione tra primo e terzo comma dell'art. 8, delineato dalle Sezioni Unite perché sostiene che lo strumento bilaterale non è funzionale alla realizzazione dell'eguale libertà. Infatti, tale principio è garantito a tutte le confessioni religiose a prescindere dalla

⁸⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 10 marzo 2016, n. 52, in *DeJure*, 23.

stipula di un'intesa⁹⁰. Quest'ultima rappresenta un riconoscimento della specificità delle confessioni religiose.

Il concetto di eguale libertà, esplicazione del più generale principio di laicità, consiste nell'«assicurare eguali chances a tutte le estrinsecazioni del sentire religioso», al di là della forma scelta attraverso la quale darvi realizzazione (fonti unilaterali o bilaterali)⁹¹. A tale riguardo, vi è chi ritiene che il terzo comma dell'art. 8, sia in un rapporto di contraddizione con il primo, perché la previsione dello strumento bilaterale, definito come differenziato⁹², accorda un vantaggio che altera l'eguaglianza tra le confessioni⁹³.

Quest'ultima prospettiva richiede delle necessarie puntualizzazioni.

Il primo comma dell'art. 8, Cost., sancisce un principio di carattere generale che deve essere letto in combinato disposto con l'art. 7, Cost., perché è frutto di una volontà specifica di rendere, quanto meno formalmente, valida l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose, attenuando la portata evidentemente privilegiaria dell'art. 7, Cost. che disciplina i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica⁹⁴. Posta questa premessa, è chiaro che sussista un collegamento, seppur non esclusivo, tra il primo e il terzo comma dell'art. 8, perché nel concetto di eguale libertà – intesa come eguali opportunità – vi rientra la possibilità di stipulare un'intesa. Ciò che si tende a travisare è che la norma non tratta di uguaglianza tra confessioni religiose, bensì di eguale libertà, che presuppone non un identico trattamento ma garanzia di accesso alle medesime opportunità, a

⁹⁰ Ivi, 19 ss.

⁹¹ Sulla connessione tra principio di laicità ed eguale libertà delle confessioni religiose si veda S. BERLINGÒ G. CASUSCELLI S. DOMIANELLO, *Le fonti del diritto ecclesiastico*, Utet libreria, Torino, 1993, 11 ss.

⁹² Si veda E. ROSSI, *op. cit.*, 2.

⁹³ Sulla distinzione tra confessioni con intesa e confessioni senza intesa ed il relativo regime differenziato, cfr. G. DI COSIMO, *op.cit.*, 2 ss.

⁹⁴ È sufficiente, però, volgere lo sguardo alla realtà per comprendere che tale fondamento è sconfessato dalle opportunità di cui gode la confessione cattolica rispetto alle altre.

condizione di parità. Di conseguenza, non vi sarebbe una violazione del primo comma né una discriminazione tra confessione religiosa con intesa e senza intesa, a meno che quest'ultima (sempre che abbia i requisiti) abbia proposto l'istanza e le sia stata negata perché non ritenuta confessione religiosa, oppure per ragioni di opportunità politica⁹⁵. Tali eventualità, che nella realtà si sono concretizzate (basti guardare alle richieste di intesa effettuate dai Testimoni di Geova, da alcune comunità islamiche e dall'UAAR), non dipendono dalla rappresentata discrasia tra primo e terzo comma, bensì dall'inattuazione del dettato costituzionale⁹⁶, manifestatosi nella mancanza di una norma che definisse in maniera chiara il concetto di "confessione religiosa" e l'*iter* previsto per la stipula di un'intesa. È solo in presenza di una tale disciplina legislativa (che comporterebbe la sindacabilità di un eventuale diniego⁹⁷) che si ovierebbe al pericolo di inosservanza degli articoli costituzionali.

Ad una diversa conclusione giunge la dottrina maggioritaria perché, lamentando la contraddizione presente nell'articolo 8, propende per la necessità di una legge generale. In particolare, si sostiene che il metodo per dare attuazione all'eguale libertà, non sia la moltiplicazione di intese, ma una legge comune in tema di libertà religiosa, di matrice unilaterale che sia puntuale e rispettosa dei principi costituzionali⁹⁸. In particolare, il

⁹⁵ In altri termini, ci sarebbe discriminazione solo nei casi sopra descritti e non anche nel caso in cui una confessione religiosa che abbia tali caratteri non richieda l'intesa. Infatti, la stipula dell'accordo non costituisce un obbligo ma solo una facoltà, confidando in una autoresponsabilità della confessione stessa.

⁹⁶ Sulla inattuazione delle norme costituzionali e sulle possibili soluzioni si veda S. BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.*, cit., 21 ss.

⁹⁷ Sul punto si veda Corte Costituzionale, sentenza 10 marzo 2016, n. 52, in *DeJure*, 20.

⁹⁸ Sulla legge comune sulla libertà religiosa si veda N. COLAIANNI, *La decadenza del "metodo della bilateralità"*, cit., 17 ss.; M. PARISI, *Associazionismo ateista*, cit., 21 ss.; sulle modalità pratiche di attuazione della legge unilaterale e la conseguente istituzione di un Registro delle associazioni religiose, si veda M. PARISI (a cura di), *Bilateralità pattizia*, cit., 17 ss.; diversamente, si veda P. CAVANA, *op. cit.*, 11 ss.

fenomeno religioso necessiterebbe di un diritto non negoziato, mentre il diritto pattizio dovrebbe definire esclusivamente quelle materie non toccate dal primo, in funzione sussidiaria e suppletiva⁹⁹.

La legge comune sulla libertà religiosa non può essere una soluzione idonea a risolvere le problematiche sopra dette perché si rivela incostituzionale. L'art. 7, Cost., sancisce il principio della distinzione degli ordini, secondo cui lo Stato e le confessioni religiose sono indipendenti e sovrani, cioè entrambi si autolimitano perché possono disciplinare esclusivamente quelle materie di loro competenza. Sulle questioni che riguardano entrambe le entità è necessario provvedervi con le fonti di diritto bilaterale. Dunque, se la legge unilaterale andasse ad incidere sulle cosiddette *res mixtae* sarebbe incostituzionale.

Chi inneggia alla legge unilaterale sostiene che si tratti di uno strumento per porre fine alla discriminazione tra confessioni con intesa e confessioni senza intesa. In realtà, come già spiegato sopra, se vi fossero delle norme che definissero la confessione religiosa e l'*iter* di stipula dell'intesa tutte le confessioni che presentassero i requisiti necessari e che ne facessero richiesta vedrebbero i loro rapporti disciplinati con un'intesa (rimarrebbero fuori le organizzazioni che non sono confessioni religiose e quelle confessioni religiose che, per propria scelta, non fanno richiesta di intesa). In tal modo, verrebbe meno l'esigenza di una disciplina unilaterale, che viola, altresì, il terzo comma dell'art. 8, il quale prevede, obbligatoriamente, come unica forma di regolazione di rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose lo strumento bilaterale.

Altra ragione a sostegno della legge unilaterale è rappresentato dal fenomeno delle intese-fotocopia, visto come l'emblema della crisi del

⁹⁹ Per approfondimento si veda J.P. CERIOLI, *Legge generale sulla libertà religiosa e distinzione degli ordini*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2010, 7 ss.

sistema bilaterale¹⁰⁰. In realtà, vi è da dire che esso rappresenta una conseguenza naturale dello strumento pattizio che non ha risvolti negativi, al contrario, garantisce un'uniforme disciplina per le confessioni religiose con intesa.

A conclusione di quanto detto, la sentenza n. 52/2016 ha fatto riemergere delle esigenze di riforma, o meglio di attuazione, della disciplina sul sistema bilaterale. Appare, altresì, chiaro che lo strumento pattizio sia in piena crisi perché l'Esecutivo, approfittando della sua ampia libertà di manovra (*rectius* discrezionalità), ha negato l'accesso alle intese a confessioni religiose che possedevano tale requisito, giustificando le proprie scelte con ragioni di opportunità politica. Con questo tipo di impostazione, si è inteso creare un assetto ben preciso: rafforzare sempre più il ruolo dell'Esecutivo ed esimerlo dal sindacato giurisdizionale, emarginare il ruolo di un Parlamento già debole in tali materie, e dal punto di vista delle scelte di politica ecclesiastica, abbandonare le campagne inclusive e solidali¹⁰¹.

La Corte Costituzionale ha legittimato questo atteggiamento, assentendo sulla politicità dell'atto di diniego, sulla sua insindacabilità, sulla responsabilità politica dell'organo esecutivo dinanzi al Parlamento, lasciando il Governo libero di decidere nella maniera che più lo aggrada, a scapito della libertà religiosa e del pluralismo confessionale. Si tratta di una precisa scelta di politica ecclesiastica e non solo, che impedisce a quelle comunità etico-religiose considerate «scomode» di non avere la possibilità di regolare i propri rapporti con lo Stato nascondendosi dietro motivazioni legate alla sicurezza pubblica ma che, in realtà, nascondono la paura di mutare l'identità culturale del Paese, la paura di includere l'altro, ignorando

¹⁰⁰ Il fenomeno delle intese-fotocopia riguarda la stipula delle intese con il medesimo contenuto per tutte le confessioni, le quali hanno come unico scopo quello di ottenere dei benefici economici ed affrancarsi dalla Legge sui culti ammessi.

¹⁰¹ Interessante punto di vista sui fenomeni migratori e su come questi abbiano influenzato le scelte politiche anche in materia ecclesiastica è presente in F. FRENI, *op. cit.*, 36 ss.

i reali valori che contraddistinguono l'ordinamento italiano¹⁰². Le conseguenze di tali politiche acuiscono l'individualismo e disincentivano i singoli componenti delle organizzazioni religiose a professare il proprio credo in forma associata¹⁰³.

Si auspica, perciò, un cambio di rotta e una presa di coscienza del legislatore, affinché questi dia, con gli strumenti giusti, attuazione al dettato costituzionale, disciplinando in maniera puntuale quelle materie vaghe ed indeterminate che hanno generato e generano violazioni di diritti garantiti e disponendo la necessaria abrogazione della disciplina sui culti ammessi di stampo fascista.

¹⁰² Ivi, 9, 36 ss.

¹⁰³ Ivi, 9.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

MASSIMO LA TORRE

Cosimo Marco Mazzoni. Un ultimo saluto

Cosimo Marco Mazzoni. Un ultimo saluto

Nella notte di domenica 17 novembre 2019 si è spento nella sua casa di Parigi Cosimo Marco Mazzoni. Cosimo aveva 75 anni. Era nato nel 1943 a Firenze. Ed era stato professore ordinario di diritto civile all'Università di Siena fino alla pensione.

Lo conobbi a Firenze negli anni Novanta, nel periodo felice del mio insegnamento all'Istituto Universitario Europeo. Ma mi aveva contattato un po' prima che iniziassi ad insegnare alla Badia per propormi di tradurre Robert Alexy per la sua bella collana "Giuristi stranieri d'oggi" per i tipi di Giuffrè che curava insieme all'amico Vincenzo Varano. Mi propose la *Theorie der Grundrechte*, ma io ero restio. Mi sembrava un lavoro enorme e poi non ero convinto che quel libro fosse il miglior modo di presentare l'autore tedesco al pubblico italiano. Così che gli feci una controproposta: perché non tradurre invece la *Theorie der juristischen Argumentation*, la prima opera di Alexy, e quella che aveva inaugurato una nuova pista di ricerca ed una alternativa rotta di studi, la teoria del discorso d'estrazione habermasiana applicata allo studio del diritto e in ispecie al ragionamento giuridico. Cosimo accettò, e così io cominciai un lavoro di traduzione che durò più di cinque anni.

Nel frattempo, lo incontravo sulle colline fiesolane, complice anche Luís María Díez Picazo, docente di diritto pubblico comparato alla Badia, ed inquilino di Cosimo (ed Antonella, la moglie di Cosimo) a Montececeri, sopra Fiesole, proprio la collina da cui Leonardo aveva lanciato lo sfortunato contadino a provare la sua macchina di volo. Con Luís mi vedevo

* Professore ordinario di Filosofia del diritto e coordinatore del Dottorato di ricerca in "Ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

quotidianamente, spesso cenavo da lui, e così inevitabilmente più d'una volta m'incrociavo con Cosimo. Con cui cominció allora una frequentazione che si reggeva su vari interessi comuni. Ci accomunava l'amore per i libri, antichi e moderni. Era un raffinato bibliofilo. E più d'una volta mi prendeva con sé nelle sue scorribande tra antiquari e rigattieri alla ricerca di antiche e rare edizioni. La sua biblioteca è una delle più belle che abbia mai visto. Non solo per l'eleganza dei locali, ma soprattutto per i suoi fondi. Tra cui spiccano edizioni originali dell'*Encyclopédie* di Diderot e d'Alembert, la prima edizione di *De' delitti e delle pene* ancora anonima, i classici seicenteschi e settecenteschi della dottrina giuridica francese, il *Dictionnaire* di Pierre Bayle.

Amava la musica, ed era un assiduo frequentatore del Maggio fiorentino e del Festival di Salisburgo in Austria. Apprezzava la buona letteratura e il buon italiano. Ma parlava varie lingue, amando di queste soprattutto il francese. Innanzitutto, era una intelligenza critica, per certi versi corrosiva. Oppure, se si vuole, "monella". La critica in lui si faceva monelleria, nella quale sgorgava abbondante l'arguzia tutta fiorentina, e poi questa si condensava nella decostruzione di idee, teorie e categorie. Aveva uno specifico interesse per temi bioetici che si espresse tra l'altro nell'organizzazione di un bel convegno alla Badia Fiesolana nel 1999, con John Finnis, Kurt Bayertz, Peter Koller, ed altri prestigiosi ricercatori. Non ho la competenza per poter adeguatamente giudicare la sua ricca produzione giuscivilistica, ma di certo ho ammirato i suoi due ultimi libri. L'uno, sul dono, *Il dono è il dramma*, 2016, pubblicato da Bompiani; l'altro sulla dignità umana, *Quale dignità, il lungo viaggio di un'idea*, 2019, per i tipi di Olschki. In queste due opere si rivela la sua forza e originalità intellettuale, oltreché la consolidata erudizione. Due "istituti" o concetti che tradizionalmente si leggono e si interpretano con occhio benevolo, positivo, sono sottoposti ad una attenta lettura critica. E allora il dono si rivela tutt'altro che un'operazione generosa e innocente, bensì una strategia di obbligazione ed imposizione, esercizio di potere ed autorità, "portatore di

disgrazia”. E la dignità umana a sua volta, analizzata con scetticismo voltairiano, si presenta non tanto come posizione normativa assoluta e universale, quanto piuttosto nelle vesti di uno specifico “status”, dell’onorabilità d’una condizione privilegiata, ovvero d’un mero artificio retorico, capace anche d’occultare e nobilitare infamia e tristizia.

Nell’ultimo anno Cosimo si era impegnato con energia ad agglutinare un gruppo di amici e colleghi attorno ad un nuovo progetto culturale, una nuova collana di saggi, “Ambienti del diritto”, pubblicata dalla raffinata cura dell’editore Olschki di Firenze. Su questa nuova avventura si arrovellava e tesseva trame intellettuali. Lo sentì spesso nei suoi ultimi mesi di vita. Fu lì ad accompagnarmi nella stesura finale e nella correzione delle bozze del mio ultimo libro *Il diritto contro se stesso* (titolo di cui fu lui l’ideatore), un saggio il mio che seguiva il suo scritto sulla dignità umana appena uscito nella nuova collana. E d’un tratto ora non posso più parlargli né ricevere da lui affettuosi rimbrotti.

Lo vidi l’ultima volta a Tallinn, in Estonia, con la moglie. C’era la neve, e tanto freddo, ma molto calore umano, e voglia di fare cose, di pensare e discutere insieme. Era contento, vivace, interessato. Si era lì per un convegno sulla cittadinanza e i diritti degli stranieri, l’“identità” (tema su cui aveva acceso i fari della sua attenzione), e lui seguiva i lavori del convegno talvolta borbottando su una relazione che gli pareva troppo carica di muffa universitaria.

In un mondo accademico e culturale sempre più omologato e conformista la sua “monelleria”, la sua insofferenza per la chiacchiera pedante e noiosa, e il suo sguardo disincantato e dissolvente sulla dimensione giuridica ci mancheranno. Come e più la sua generosità, e la curiosità quasi fanciullesca. In maniera non rimediabile ci mancheranno.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

CLAUDIA ATZENI

***La scopa di Don Abbondio. Il moto storico tra
ricorsi ed eterogenesi dei fini.***

L. CANFORA, *La scopa di Don Abbondio*, Laterza, Roma-Bari,
2018, pp. 98.

La scopa di Don Abbondio. Il moto storico tra ricorsi ed eterogenesi dei fini.

L. CANFORA, *La scopa di Don Abbondio*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pp. 98.

La complessità della storia, la proiezione della società nel futuro, la posizione dell'uomo nel suo divenire, rappresentano parte delle possibili riflessioni che seguono alla lettura del testo di Luciano Canfora *La scopa di Don Abbondio*, edito da Laterza nel 2018.

L'agilità dei pochi e brevi capitoli che compongono il libro, non inficia la profondità delle questioni sollevate, piuttosto costringe il lettore ad uno sforzo di comprensione ulteriore rispetto a quello che, di consueto, si potrebbe richiedere per uno scritto di filosofia della storia.

Canfora ci offre dal principio la risposta secca ad una domanda non posta, eppure essenziale: la concezione della storia come un mero susseguirsi di fatti non è solo inefficace, ma erronea. La storia è, piuttosto, moto storico, una trama complessa fatta di singole volontà che si susseguono in un moto infinito la cui comprensione richiede un approccio olistico, omnicomprensivo e che, parallelamente, impone il rifiuto di un atteggiamento, tipicamente occidentale, che tenta di sezionare il «tessuto della storia», rendendo la stessa incomprensibile. «L'intera massa di volontà sconosciute che fanno la storia, il moto della storia» (p.4), si ripropone, così, in un andamento a spirale che fa dei fatti storici un insieme di tasselli incasellati in una sorta di nastro secolare.

* Dottoranda di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

Il testo si apre con un confronto indiretto tra Tolstoj e Manzoni, fra le intuizioni, simili, dei quali si inserisce quella di Canfora, secondo cui il moto storico è di per sé violento. La storia, come la peste, è sia flagello che benedizione: come una scopa avanza e si ritrae, ci dice Manzoni, scegliendo, non casualmente, don Abbondio come bocca attraverso cui parlare; la storia, come insieme delle volontà degli individui, «ha prodotto sia la rivoluzione che Napoleone e soltanto la somma di queste volontà li ha tollerati e annientati», scrive Tolstoj in *Guerra e pace* (p.4). Ecco, dunque, dove risiede la scelta del titolo del testo: il moto storico procede, talune condizioni si ripropongono e poi, di improvviso e benché ci si aspetti dai fatti che si dirigano verso una specifica rotta, essi vanno da tutt'altra parte. Tra evidente critica marxista e recupero di concezioni vichiane – o wundtiane, se si preferisce – la violenza del moto storico si ripropone, per Canfora, nei gangli del presente e nelle possibilità che lo stesso ha di (ri)manifestarsi.

Il moto della storia assume, talvolta, la forma di «spirali non “sintoniche”, le cui curve non seguono lo stesso andamento, non sono “parallele” ma, al contrario, procedono in modo tale che i ripiegamenti di alcune coincidono – e vengono a scontrarsi – con punti alti e “aggressivi” di altre» (p. 63).

È questo il caso delle religioni e, in particolare, del rapporto fra Islam e confessioni cristiane: alla «trasformazione in senso deista del cristianesimo attuale» e alla forma ecumenica cui esso starebbe tendendo, si contrapporrebbe uno stato di aggressività dell'Islam che, indipendentemente da cause e circostanze – non vagliate dall'autore probabilmente per ragioni di spazio – crea, tra le due fedi, uno sviluppo storico asincrono, così che, «come era accaduto al cristianesimo, il periodo di massima e fanatica rivalità interna coincide anche col massimo di aggressività verso l'esterno» (p.64). Le poche righe dedicate al rapporto fra i due moti storico-religiosi rischiano di ridurre l'Islam alla radicalizzazione dei precetti jihadisti, e ciò pare emergere dalla incapacità, per parte islamica, di far fluttuare, secondo Canfora, la assoluta continuità del moto.

Da questo punto di vista resterebbe impraticabile la comunicazione fra le due diverse fedi, specie ove essa si traduca in una condizione di mutuo riconoscimento. In questi termini, spetterà alla violenza inaspettata della storia il ruolo di mitigare la «attuale febbre alta» dell'Islam; le due diverse spirali sarebbero, per ora, destinate a non incontrarsi.

Più spesso, invece, la sinuosità della storia si traduce in un moto continuativo: gli eventi, pur presentandosi con le forme specifiche del proprio tempo, seguono un andamento parallelo, si ripropongono in un moto ondulatorio e dunque riappaiono, ciclicamente, problematizzando ulteriormente la comprensione storica. In questa categoria, il cui andamento a spirale «si può osservare allo stato puro» (p.43), si collocano taluni fatti che testerebbero, garantendola, «l'assoluta continuità del moto» (p.5) e che perseguirebbero un ulteriore fine epistemologico: quello di rimettere in gioco la finitezza della storia, idea decretata, fra gli altri, da Fukuyama all'indomani della vittoria del blocco capitalista e della democrazia liberale. È proprio rispetto ad essi che Canfora concentra la sua maggiore attenzione circa il modo di svolgersi del moto storico: a partire da alcune, specifiche, categorie (le rivoluzioni, i fascismi, "le sinistre") egli avvia una discussione sul presente, al punto che la analisi da teleologicamente storiografica diventa politologica.

La visione a spirale del moto storico troverebbe la sua massima espressione nella rivoluzione, cui è dedicato il capitolo centrale del libro. I momenti di cambiamento radicale che ogni rivoluzione produce, mostrerebbero una capacità di "ritorno" – insita nella specificità del significato del termine "rivoluzione"- visibile nei motivi che ne determinano la spinta. Le rivoluzioni, in quanto «ciclico fenomeno di rottura» (p.43), rappresentano una direzione specifica del moto storico: l'eterno ritorno del momento rivoluzionario esplicita il bisogno delle stesse e, benché le singole rivoluzioni spesso falliscano, il loro ciclico riproporsi evidenzia come il bisogno che ne sta alla base, quello di uguaglianza, non abbia ancora trovato la sua piena soddisfazione. Così la rivoluzione, se tradita, si riaffaccia in un momento

successivo. Canfora seleziona alcuni fra i momenti rivoluzionari principalmente noti, ai quali sono seguiti periodi interi di «convulsioni», di spinte verso l'attuazione inesaudita di programmi rivoluzionari (p.45): dalla ribellione di Spartaco, quel «rappresentante del proletariato antico», scriverà Marx, che trasforma la necessità di vivere tra eguali in un moto collettivo di libertà; passando per il tumulto fiorentino dei Ciompi, fino alla rivoluzione francese e alla rivoluzione d'ottobre, il filo che lega questi eventi rivoluzionari è di per sé problematico: è una continuità inevitabile quella fra le delusioni tra i momenti rivoluzionari? Ne è sempre responsabile il popolo che, vincitore, si fa potere? Tocqueville, suggerisce Canfora, potrebbe fornirci uno spunto sulla natura della continuità tra vecchio e nuovo e tra nuovo e nuovo: l'incapacità di mantenere costante il traguardo rivoluzionario raggiunto può forse trovare la sua propria ragione nelle «viscere della nazione» (pp.48-49), in uno sciovinismo esasperato che relativizza la potenza della rivoluzione condotta e che conduce a conseguenze non pronosticabili. Quale che sia la reale ragione di questo costante «conflitto di potenza», per Canfora «il fatto rivoluzionario» si trasforma, indubitabilmente, «in altro, in un “inedito” e impreveduto – alla partenza – prodotto storico. Di cui la “rivoluzione” è stata e resta il motore» (p.51).

«La natura non va a salti – Canfora cita Leopardi “nelle vesti” di Tristano – procede grado a grado» (p.70) e questo sembrerebbe evidente se si osservano i fenomeni che appartengono agli altri due macro temi che attraversano il testo e che finiscono con l'intrecciarsi: il ruolo assunto da una certa sinistra italiana e l'eterno ritorno a forme di fascismo, o a quelle che Vittorio Zucconi avrebbe definito come “pulsioni fascistiche”.

Quanto al primo punto, l'autore si riferisce in particolare a quella sinistra che, influenzata dalle vicende del novembre 1989, decide, a partire dalla c.d. svolta della Bolognina, di abdicare a tutto quel sostrato ideologico che sino a quel momento la aveva caratterizzata. Un distacco dalla architave comunista, già a partire dalla denominazione e dalle simbologie scelte,

finalizzata ad abbracciare un modello *liberal*, tanto in economia quanto in politica. Canfora irrompe nella retorica della sinistra contemporanea, mettendo in evidenza le circostanze che la hanno resa via via più distante dalle istanze originarie: temi quali la subalternità delle classi e i conflitti determinati dalle questioni connesse al lavoro, spariscono lentamente dalla agenda politica dei partiti nascenti dalla frammentazione del PCI, rendendo gli stessi sempre più indifferenti alle marginalità e sempre più orientate al riformismo. Un'operazione, quest'ultima, che avrebbe potuto tendere alla comprensione di un tempo che cambia e alla riformulazione in chiave corrente di determinati bisogni, e che, piuttosto, ha reso la sinistra «civile» ed «elegante», ottenendo come unico risultato quello di neutralizzare la carica politica e la potenza sociale che aveva avuto un tempo, rendendo *le sinistre*, di fatto, del tutto «innocue» (p.62).

E tuttavia già nel 1962 Palmiro Togliatti indicava le possibili insidie dell'intento riformista celate negli sviluppi del partito: «Il vizio radicale del riformismo – ammonisce Togliatti ne *I pregi del riformismo*, pubblicato su «Rinascita» e riportato da Canfora in appendice al libro - sta nel fatto che, in qualsiasi situazione, esso tende sempre a dimenticare e cancellare l'obiettivo generale e finale del movimento operaio, che è l'abbattimento del capitalismo, l'avvento al potere e la costruzione di una società socialista». In questo senso, il riformismo riappare come principale strumento attraverso cui il moto storico della sinistra si ripropone benché, tra «capitolazione» e controrivoluzione, esso abbia ridotto questa parte politica ad un individualismo celato da nuovi linguaggi, altamente simbolici ma privi di una reale identità.

È proprio alle criticità della sinistra che secondo Canfora può addebitarsi gran parte della responsabilità nella riemersione dell'altro grande tema del testo in esame: una rinnovata forza delle destre, italiane ed europee.

Il fascismo riecheggia in una serie di vicissitudini contemporanee che Canfora passa in rassegna in quasi tutto il libro, sino agli ultimi saggi che l'autore colloca in appendice (si veda, ad esempio, *Il fascismo americano* di

Thomas Mann). Le destre si appropriano di una istanza di «democrazia di massa» in grado di farsi portavoce di nuove domande sociali, cui esse riescono a fornire risposte estemporanee, quasi mai di merito, ma in grado di garantire il soddisfacimento di bisogni creati all'uopo (il bisogno di sicurezza interna, la riaffermazione di una identità forte), specie in tempo di crisi.

Si consumano fiumi di inchiostro sulla legittimità dell'utilizzo del termine "fascismo", sul ritenerlo un concetto ormai inefficace per descrivere un insieme di condizioni cui si cerca, disperatamente, un altro nome: chi pratica certe idee oggi può definirsi sovranista, populista, ma non fascista, perché il fascismo sarebbe una categoria storica e come tale inutilizzabile in contesti diversi da quello in cui il fenomeno che ne è oggetto è maturato. Eppure risulta complicato, ci ricorda Canfora, non badare alla fine del ciclo della democrazia politica otto-novecentesca e a tutte le forme «archeologiche» di democrazia nonché, al tempo stesso, alla continuità del moto, in questo caso, dell'«eterno fascismo» - à la Eco - che non sembra dare segni di esaurimento (si veda in tal senso p. 19).

Il testo, come si diceva, traccia un continuo confronto tra le destre europee e i governi che, nonostante siano riconosciuti come democratici e moderati, attuano politiche economiche e sociali che paiono andare in tutt'altra direzione. In alcuni casi, peraltro, in netto contrasto con le aspirazioni dichiarate. Le politiche sociali rappresentano inevitabilmente un ramo specifico delle politiche economiche: la scelta di implementare la spesa pubblica a favore dell'acquisto di nuovi armamenti e delle uscite militari in genere, della costruzione di barriere fisiche che rendano visibili, ove assenti, e insormontabili, dove già presenti, i confini nazionali, si compie grazie alla contestuale riduzione degli incentivi di sostegno al reddito e di contrasto alle povertà. Circostanze simili palesano i limiti delle ideologie su cui i governi, eletti democraticamente e riconosciuti come liberali, avevano poggiato la propria campagna elettorale e su cui, invece, si appresteranno a costruire la

propria azione politica una volta ottenuto lo saranno principale oggetto di contesa.

Riecheggia dunque un fascismo che, parafrasando Brecht, non fa fatica a presentarsi come democratico: lo si vede nell'atteggiamento politico del presidente statunitense Donald Trump nei confronti del flusso di gente, composto tanto da adulti quanto da bambini, che dal Messico tentano di raggiungere la California, (p.9); nelle leggi che, sotto gli occhi del presidente francese Macron, dispongono gli arresti a chi dimostra solidarietà ai migranti che fuggono (p.11) o a quelli costretti a permanere nei campi di Ventimiglia al confine tra Francia e Italia; nella totale concordanza di idee e prassi, in tema di gestione del fenomeno migratorio, fra l'operato di Marco Minniti, Ministro dell'Interno in quota Partito Democratico, tra il 2016 e il 2018, e quello del suo successore leghista Matteo Salvini. Impossibile tacere "il credito" che quest'ultimo deve a Minniti nell'imprinting italiano all'approccio emergenziale che ha istituito, tramite gli accordi Unione Europea – Turchia, la creazione dei campi di prigionia libici come freno all'immigrazione clandestina, tema centrale della continua campagna elettorale del leader del Carroccio.

Risuona così, nella sua tronfia poderosità, quella «fortezza Europa sognata dal *führer* – e dal duce, aggiunge Canfora in nota n.6 – [che] ha fatto intanto passi da gigante» (p.12).

Le osservazioni di Canfora tengono conto di un ricco corredo di fatti di cronaca e, contestualmente, di una forte critica al modo attraverso cui noi veniamo a conoscenza dei fatti di cronaca, ossia per il tramite dei giornalisti, cui l'autore addebita quel «celebre, diuturno, eroico conflitto tra spina dorsale e pagnotta» (p.11).

La forte critica alle destre senza sollevare le sinistre dalle proprie responsabilità, l'osservazione delle condizioni del continente Europa in tempi di crisi, le analogie tra presente e passato che si riscontrano nel moto fluttuante della storia, alimentano le riflessioni dell'autore.

Un complesso argomentativo disarmante che, in questa sorta di *pamphlet*, ci accosta, nuovamente, alla lucidità di analisi di Luciano Canfora il quale si dimostra, ancora una volta, pensatore coraggioso e controcorrente.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

ANTONELLA BONGARZONE

Un dialogo tra archivistica e diritto

P. FRANZESE, *Manuale di archivistica italiana*,
Morlacchi Editore University Press, Perugia, 2018,
2°ed., pp. 287

ANTONELLA BONGARZONE*

Un dialogo tra archivistica e diritto

P. FRANZESE, *Manuale di archivistica italiana*, Morlacchi Editore University Press, Perugia, 2018, 2° ed., pp. 287

Il *Manuale di archivistica italiana* di Paolo Franzese, edito Morlacchi Editore University Press, giunge alla sua seconda edizione.

Il volume si apre con la presentazione di Guido Melis, professore ordinario di Storia delle Istituzioni Politiche e di Storia dell'Amministrazione Pubblica dell'Università di Roma "La Sapienza", il quale sottolinea che «chi conosce la storia delle carte, la loro fattura materiale e i luoghi dove si sono materializzate (...) sa quali ne sono stati i dinamismi e può collocare le informazioni che il documento trasmette nel loro contesto»¹. Segue l'introduzione alla prima edizione di Mario Tosti, direttore del Dipartimento di lettere, lingue, letterature e civiltà antiche e moderne dell'Università di Perugia, il quale mette in evidenza il ruolo autonomo della scienza archivistica, «non più una disciplina ausiliaria o sussidiaria della storia»², in cui, però, permane un labile confine tra la figura dello storico con quella dell'archivista e precisamente «l'archivista deve essere un po' anche storico, in quanto deve essere in grado di riconoscere e ricostituire l'identità e la storia delle istituzioni, delle persone, delle famiglie (...) così anche il ricercatore che deve essere un po'

* Docente di Elementi di archivistica e diplomatica giuridica presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ P. FRANZESE, *Manuale di archivistica italiana* Morlacchi Editore University Press, Perugia, 2018, 2° ed., 16.

² *Ivi*, 20-21.

archivista capace di progettare e di impostare correttamente lo studio degli archivi»³.

Proprio l'A., nella sua premessa ed introduzione, ravvisa che la necessità di una nuova versione del manuale è fondamentale «non solo [per] aggiornare dati e contesti, ma anche [per] aggiungere nuove informazioni, fornire ulteriori criteri di orientamento e più chiare istruzioni per l'uso degli strumenti di lavoro»⁴. Naturalmente, per esplicita ammissione dell'A., il lavoro non pretende di essere «onnicomprensivo»⁵ ed ha come obiettivo quello di fornire lo strumentario basico per l'accesso alla scienza archivistica capace di illustrare i settori di competenza, i principi, i metodi attraverso i quali essa si fonda⁶, senza trascurare le «questioni che rientrano specificatamente nelle competenze dell'informatica o del diritto amministrativo o della comunicazione pubblica istituzionale»⁷.

Il manuale è suddiviso in due parti: la Parte I è dedicata a *L'archivistica* e la Parte II, invece, descrive *l'Organizzazione e funzionamento degli archivi in Italia*.

La Parte I (*L'archivistica*) è organizzata a sua volta in cinque capitoli. L'A. partendo dalla disamina delle nozioni fondamentali, attraverso citazioni di autori classici della disciplina, non trascura di analizzare le vicende che hanno contribuito a far diventare l'archivistica scienza autonoma, delineando un percorso tra storia delle istituzioni e del diritto che hanno dato genesi all'archivistica moderna; ovvero la «scienza che tratta degli archivi in quanto ne studia l'origine, la formazione, gli ordinamenti, l'utilizzazione e la regolamentazione giuridica»⁸. L'A.,

³ *Ivi*, 21.

⁴ *Ivi*, 11.

⁵ *Ivi*, 27.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, 30.

⁸ L. SANDRI, *Archivi*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 1003.

inoltre, tratteggia la figura professionale che dall'*Archivario*⁹ giunge ad essere l'*Archivista della società dell'informazione*¹⁰ a cui spetta il compito della gestione dei flussi documentali, proprio alla luce dei dettami normativi del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs. n.82/2005 e s.m.i.)¹¹.

A tal riguardo l'A. introduce un dettagliato approfondimento sulle norme e gli standard internazionali per la descrizione archivistica: ISAD, ISAAR(CPF) e il corrispondente italiano NIERA(EPF), ISDIAH e ISDF¹², per poi analizzare i sistemi informativi in base alle ontologie, al web semantico e ai movimenti *Open Data* e *Linked Open Data*¹³ dedicando, inoltre, ampio spazio all'analisi e alla descrizione di alcuni progetti di digitalizzazione che hanno messo in luce l'interoperabilità dei sistemi informativi¹⁴.

La Parte II (*Organizzazione e funzionamento degli archivi in Italia*) è ugualmente strutturata in cinque capitoli. L'analisi prende l'avvio dalla disamina dell'amministrazione archivistica attraverso i suoi organi ed il sistema archivistico nazionale (SAN) per giungere a descrivere il ruolo e le funzioni degli Archivi di Stato e delle Soprintendenze archivistiche (oggi anche) bibliografiche¹⁵.

L'A. traccia con puntualità l'evoluzione della normativa archivistica dal DPR n. 1409/63 al D.lgs. n. 42/2004 e s.m.i.¹⁶ fino ad analizzare le norme in materia di consultabilità e di protezione dei dati personali, di cui disegna il dettagliato percorso prescrittivo che va dal R.D. n. 2552/1875 fino al processo di riforma della Pubblica Amministrazione avviato con L.

⁹ P. FRANZESE, *op. cit.*, 89.

¹⁰ *Ivi*, 98.

¹¹ *Ivi*, 113-127.

¹² *Ivi*, 167-187.

¹³ *Ivi*, 187-195.

¹⁴ *Ivi*, 195-201.

¹⁵ *Ivi*, 205-235.

¹⁶ *Ivi*, 237-242.

n. 241/90; non trascura, inoltre, i dettami forniti dal Codice della *privacy* (D.lgs. n. 196/2003) ed in particolare il *Codice di buona condotta per i trattamenti dei dati personali per scopi storici*¹⁷.

L'A. prosegue poi nell'analisi delle norme in materia di sistemi di gestione documentale, dove dettagliatamente descrive le fasi di trattamento dei documenti (registrazione di protocollo, segnatura di protocollo, classificazione, etc.), per poi approfondire le caratteristiche del fascicolo informatico dedicando, successivamente, un'ampia indagine all'impatto sul mondo degli archivi delle tecnologie informatiche; le quali hanno radicalmente modificato il ruolo di elaborare e rendere fruibili le informazioni, cambiando, altresì, la produzione e il *management* documentale¹⁸. L'A. affronta poi le delicate questioni legate alla dematerializzazione e conservazione a lungo termine degli archivi digitali¹⁹.

Il volume termina con la conclusione dell'A. che invita agli «archivisti vecchi e nuovi [di raccogliere], con saggezza, la sfida [di] un mondo che cambia in fretta e con le cui esigenze occorre misurarsi puntualmente, rielaborando i saperi già maturati e ponendosi alla ricerca di soluzioni innovative»²⁰. Corredano la parte finale la bibliografia e l'indice dei nomi di persona citati nel volume.

È possibile ravvisare nel lavoro del Franzese una lettura innovativa della scienza archivistica. Il percorso espositivo mette in chiara luce che l'archivistica, sapere a prima vista alieno al mondo del diritto, in realtà sia anche un campo di studio di quest'ultimo dove il giurista/archivista deve essere in grado di fornire un contributo attorno all'Archivio, come

¹⁷ *Ivi*, 243-250.

¹⁸ *Ivi*, 251-262.

¹⁹ *Ivi*, 263-272.

²⁰ *Ivi*, 273.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

n. 2/2019

*universitas rerum*²¹, in vista di quel bilanciamento di valori tanto caro all'ordinamento giuridico.

²¹ G. CENCETTI, *Sull'archivio come «universitas rerum»*, in *Archivi*, IV/1937, 7-13.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

ILARIA DI GIUSEPPE

**Libertà d'espressione. Criticità del modello
liberale e nuove vulnerabilità**

F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Libertà di espressione: ragione
e storia* (a cura di A. Di Rosa), Giappichelli, Torino,
2018, pp. 248

ILARIA DI GIUSEPPE*

Libertà d'espressione. Criticità del modello liberale e nuove vulnerabilità

F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Libertà di espressione: ragione e storia* (a cura di A. Di Rosa), Giappichelli, Torino, 2018, pp. 248

La riflessione giuridico-filosofica sulla libertà d'espressione affonda le radici nell'antichità, ma incontra in epoca contemporanea nuove problematiche da risolvere, che mettono in discussione postulati basilari della teoria liberale, matrice da cui nasce la difesa dei diritti fondamentali nel XVIII secolo.

Ad affrontare la questione in maniera inedita è *Libertà d'espressione: ragione e storia* (2018), testo di Francisco Javier Ansuátegui Roig, curato in traduzione italiana da Alessandro Di Rosa¹.

Il volume utilizza l'analisi del concetto di libertà d'espressione per mostrare il carattere contestuale delle teorie dei diritti e delle diverse forme attraverso cui la ragione lascia la propria impronta nella storia. La tesi di fondo, dunque, è il carattere storico del concetto di diritto fondamentale, considerato come il risultato di condizioni morali, politiche, economiche, sociali specifiche. È la ragione, nella storia, a contribuire alla formulazione di un discorso, che ancora oggi si conferma in continua trasformazione.

Nel primo capitolo, presentando un articolato *excursus* giusfilosofico, l'autore individua in Spinoza, Milton e Locke tre modelli

* Laureata in Filosofia presso l'Università di Bologna.

¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Libertà d'espressione: ragione e storia*, a cura di Alessandro Di Rosa, Giappichelli, Torino, 2018.

classici che hanno permesso di dare fondamento filosofico alla libertà di espressione. Il secondo capitolo si concentra sul processo di positivizzazione della libertà d'espressione, ripercorrendone alcuni eventi-chiave, quali le rivoluzioni inglesi del XVIII secolo, l'indipendenza delle colonie dell'America del Nord e la Rivoluzione francese. Si tratta di fenomeni storici che porteranno alla prima formulazione moderna della libertà d'espressione, sorretta dal modello liberale. Il terzo capitolo si proietta immediatamente nella contemporaneità: riflette sulle attuali condizioni di esercizio della libertà di espressione, proponendo un'interessante lettura del concetto di vulnerabilità e dimostrando la dimensione contestuale dei diritti.

Soffermandoci sul primo capitolo, Spinoza, Milton e Locke vengono presentati come fautori della prima difesa moderna della libertà d'espressione². Mediante diverse argomentazioni, infatti, i tre autori vogliono dare fondamento filosofico alla libertà; partendo da postulati razionali, per questa via, essi anticipano e contribuiscono alla formazione del pensiero illuminista, che sfocerà nella Rivoluzione francese e nella Dichiarazione del 1789. Nelle loro maggiori opere la libertà di espressione si salda con l'ideale della tolleranza, identificandosi come una specificazione della libertà religiosa e di pensiero. A quest'altezza le lotte di religione predominano nella scena politico-sociale e la libertà d'espressione non viene considerata un diritto autonomo.

In accordo con la tesi di fondo proposta, Ansuátegui pone in risalto come la storia influenzi in modo decisivo gli autori analizzati³.

Si ricordi che Spinoza, Milton e Locke vivono l'Olanda e l'Inghilterra della seconda metà del XVII secolo, un'epoca in cui l'idea di diritto comincia ad avere una certa supremazia su quella di dovere. L'uomo viene considerato non solo come imputabile di doveri, ma anche titolare di

² *Ivi*, 1.

³ *Ivi*, 2-3.

diritti, che non hanno un'origine divina, bensì razionale e umana. La diffusione delle correnti individualistiche e le rivendicazioni di laicità del diritto preparano l'idea moderna dei diritti umani.

Nella *Prefazione* del *Trattato teologico-politico* (1670) Spinoza chiarisce le esigenze che lo hanno portato a scrivere. In *primis*, vuole difendere la libertà di culto delle Province Unite contro i predicatori, avversi ai gruppi religiosi che interpretano liberamente le Sacre Scritture. In secondo luogo, vuole spiegare la propria posizione, dopo essere stato allontanato dalla comunità ebraica alla quale apparteneva. La difesa dell'inclusione della ragione e della storia come criteri per interpretare le Scritture portarono alla scomunica e all'accusa di ateismo. Si noti, dunque, come vicende storico-sociali del tempo, ma anche eventi personali influirono sulle teorie di Spinoza.

Ansuátegui si sofferma dettagliatamente sull'interpretazione del *Trattato teologico-politico*, definito da Francesco Ruffini un "inno alla libertà"⁴. Presentando una forte teoria teologica, Spinoza formula un metodo storico-critico di lettura delle Scritture: il racconto biblico non informa su verità naturali e filosofiche, ma racconta la storia politica del popolo ebraico. È la storia di una teocrazia, terminata con l'avvento del Cristianesimo e la consegna all'uomo della razionalità, della possibilità di decidere con razionalità in merito alla verità. Spinoza sostiene un'esegesi libera e individuale delle Scritture. I testi sacri devono essere interpretati utilizzando gli stessi metodi con i quali si indaga la natura: la ragione e la storia, non un'autorità soprannaturale o esterna, ne guidano la lettura. L'uomo deve conoscere e accettare solo l'indispensabile per obbedire a Dio: tutto ciò di cui ha bisogno è nelle Scritture. Deve, altresì, rispettare quei minimi dogmi che gli permettono l'obbedienza, ma è libero di costruire come meglio crede le parti rimanenti delle sue credenze.

Il punto è che Spinoza vuole dimostrare come le Scritture non siano incompatibili con la libertà intellettuale e articola, quindi, un modello

⁴ *Ivi*, 7.

politico di Stato in cui libertà di pensiero e libertà di espressione sono veri e propri elementi strutturali⁵. La *libertas philosophandi* è considerato requisito per la stabilità di uno Stato: il fine ultimo dello Stato diventa la libertà. Se nella politica libertà e razionalità sono maggiormente garantite, si comprende come lo Stato politico abbia il dovere di garantire la tolleranza religiosa. Si tratta di una libertà che libera dalla paura del prossimo: una libertà politica che, però, rimane tale. Lo Stato riceve i diritti ceduti dagli individui, ma conserva la libertà degli stessi. L'individuo, infatti, non può liberarsi della libertà di pensiero e di espressione se vuole continuare a essere ciò che è. Mentre in Hobbes con la nascita dello Stato ci si libera dalla paura del prossimo ma non del sovrano, in Spinoza si tratta di una libertà totale. Le ricadute della libertà individuale in seno alla sfera politica devono essere regolate: Spinoza crede che lo Stato debba vigilare sulle forme esteriori del culto, che rischiano di diventare sovversive, ma non può incidere sulla coscienza individuale e sulla sfera dell'opinione pubblica, la quale, al contrario, deve restare libera. In ultima analisi, la libertà di espressione è la libertà di ragione, la più essenziale per il governo, che, qualora la intaccasse, metterebbe in pericolo la sua stessa esistenza. Spinoza afferma che, siccome nessuno può rinunciare alla propria libertà di giudicare e di pensare ciò che vuole, e ciascuno, per massimo diritto di natura, è padrone dei propri pensieri, mai nello Stato si può tentare, se non con esito del tutto infelice, di fare in modo che gli uomini di opinioni diverse e contrarie non dicano niente se non secondo quanto è prescritto dalle supreme potestà. Uno Stato è dispotico, quindi, quando nega all'uomo la libertà, quando lo obbliga a pensare e parlare in conformità alle prescrizioni emanate dal potere.

Risponde a circostanze concrete e ad interessi specifici anche l'*Areopagica*, discorso che Milton indirizza al Parlamento inglese e pubblica nel 1644. Ansuátegui mette in evidenza il carattere pragmatico

⁵ *Ivi*, 26-43.

del modello inglese⁶. Milton, infatti, reagisce alla censura imposta dal *Press Ordinance* del 14 giugno 1643. Con questa Ordinanza si istituzionalizza un sistema di censura preventiva. Le opere devono essere esaminate da censori in modo tale da rendere identificabili autore e stampatore, ed eventualmente punirli. Milton, dunque, calandosi nella situazione concreta vissuta, si riferisce alla libertà di stampa e non cita quasi mai la libertà di parola, che rientra concettualmente nella libertà d'espressione. Ansuátegui sottolinea quanto sia difficile nel contesto inglese rintracciare un'argomentazione altrettanto puntuale in difesa della libertà di stampa⁷.

Nel testo miltoniano cruciale è il nesso libertà-verità, nucleo concettuale che ritroveremo anche in Mill. La libertà di stampa è difesa in relazione a tutti gli ambiti del sapere in cui l'uomo vuole giungere alla verità. Il libero scambio di idee è indispensabile per il progresso della conoscenza. La verità si raggiunge solo grazie al contrasto tra idee diverse. La libertà è l'essenza della verità; quindi, un'idea che viene imposta, nonostante possa essere vicina alla verità, perde la possibilità di essere qualificata come vera. Si comprende, allora, come l'Ordinanza esponga a pericoli la ricerca della verità e il progresso della conoscenza umana⁸.

Su questa scia si colloca, come accennato, Mill, che, nel testo *On Liberty* (1859), definisce addirittura il divieto di esprimere un'opinione come crimine particolare. Si tratta di un furto perpetrato ai danni del genere umano, ai posteri altrettanto che ai vivi, a coloro che dall'opinione dissentono ancor più di chi la condivide. Se l'opinione è giusta, infatti, tutti sono privati dell'opportunità di passare dall'errore alla verità, se è sbagliata, perdono un beneficio quasi altrettanto grande: la percezione più viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l'errore.

⁶ *Ivi*, 44-52.

⁷ *Ivi*, 59.

⁸ *Ivi*, 62-69.

Milton e Mill esaltano i benefici del dialogo, dello scambio e confronto tra opinioni. La libertà è l'unico strumento per accedere alla verità. Imporre all'uomo il divieto di esprimere proprie idee significa limitare l'uomo, non riconoscere la sua capacità razionale. L'uomo si realizza e si perfeziona, dunque, solo in condizioni di libertà.

Per rafforzare le argomentazioni a fondamento della libertà d'espressione, accanto a Spinoza e Milton, Ansuátegui colloca Locke⁹. Milton e Locke gettano le basi del primo liberalismo e Locke, in particolar modo, influenzerà notevolmente l'Illuminismo francese. Focalizzandosi sulla tolleranza religiosa, Locke pubblica nel 1667 *l'Essay Concerning Toleration* e nel 1685 *A Letter Concerning Toleration*, culmine di un itinerario composto da scritti minori, a cui seguiranno altre lettere.

Come per Spinoza e Milton, anche in Locke possiamo rintracciare elementi biografici che condizionano il suo pensiero. Locke vive tra Inghilterra e Olanda, paese quest'ultimo che lo ospita come esiliato dal 1683. L'Olanda, con il suo clima di tolleranza e la diffusa libertà di pensiero, accoglie anche gli ugonotti, perseguitati dopo la revoca da parte di Luigi XIV dell'editto di *Nantes*. Locke entra in contatto con i fuggiaschi. Tale incontro e la necessità di placare le guerre di religione in Inghilterra indussero l'autore a riflettere sulla nozione di tolleranza. Si tratta di argomentazioni caratterizzate da una dimensione eminentemente pratica. Le definizioni che Locke propone di Stato e Chiesa, infatti, sono determinate dalle specifiche circostanze storiche, così come queste circostanze portano l'autore a limitare il concetto di tolleranza religiosa.

Nel *Saggio sulla tolleranza*, Locke dimostra fiducia nella capacità di apprendere dell'individuo. Abbracciando una posizione anti-cattolica e di eco protestante, egli afferma che la verità parla all'individuo ed è un parlare non eversivo nei confronti della pace. Gli individui hanno la capacità di vivere pacificamente; dunque, la condizione naturale non deve essere soffocata dal potere politico. A differenza di Hobbes e di Spinoza, la

⁹ *Ivi*, 73.

naturalità in Locke non è foriera di instabilità. Il magistrato non ha nulla a che fare con il bene delle anime: non ordina virtù, perché queste sono propriamente sociali. Lasciar libere le virtù consolida i legami sociali. Il potere è stabile se limita la capacità intrusiva. Al riguardo Locke afferma che «il magistrato, in quanto magistrato, non ha nulla a che fare con il bene delle anime o col loro interesse in un'altra vita; al contrario, egli è ordinato e il suo potere gli è affidato dagli uomini nella società nei loro rapporti reciproci, come è già stato sufficientemente dimostrato. Ed è ancora più evidente che il magistrato non ordina che si pratichino le virtù per il fatto che esse sono virtuose ed obbligano la coscienza con Dio e la via alla sua misericordia o benevolenza, ma invece perché costituiscono altrettanti vantaggi per l'uomo nei suoi rapporti con gli uomini e la maggior parte di esse sono legami e vincoli solidi della società, che non possono essere indeboliti senza distruggerne l'intera struttura¹⁰».

Nella *Lettera* uno degli argomenti in difesa della libertà ruota intorno al nesso ragione-libertà individuale¹¹. Tutta la teoria di Locke è incentrata sul carattere razionale dell'uomo e sulla divisione tra fede e ragione. La ragione è un mezzo di conoscenza ma anche guida per la moralità. Solo se la ragione funziona senza interferenze esterne, l'uomo raggiunge l'autonomia morale. Si tratta, dunque, di non accettare opinioni semplicemente imposte dall'esterno. La libertà, così, acquisisce un carattere marcatamente intellettuale e sembra anticipare il concetto di autonomia kantiana¹². La libertà intellettuale è qui intesa come capacità di riflettere, di giudicare e di decidere, seguendo solo la propria ragione.

Si rammenti che, per Locke, la libertà di pensiero diventa una specificazione più astratta del diritto naturale della libertà. Essa, quindi, si pone sullo stesso piano degli altri diritti naturali: la libertà, la proprietà, la

¹⁰ J. LOCKE, *Scritti sulla tolleranza* (a cura di D. Marconi), UTET, Torino, 1977, 102.

¹¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *op. cit.*, 85-91.

¹² *Ivi*, 77. Ansuátegui specifica che tale collegamento si deve a R. POLIN in *La politique morale de John Locke*, Presses Universitaires de France, Paris, 1960.

vita, il cui disconoscimento da parte del governo legittima il diritto di resistenza. Collocare la proprietà nella categoria dei diritti naturali è una mossa teorica forte, che costerà a Locke molte critiche.

La libertà di pensiero è, poi, più concretamente difesa nell'argomentazione di Edward Clarke contro la proroga del *Licensing Act*, proposta da Guglielmo d'Orange nel 1694. Secondo Locke la censura previa è improduttiva. Non ha senso, infatti, controllare tutti gli scritti prima della pubblicazione perché in questo modo bisognerebbe controllare tutti gli atti potenzialmente pericolosi, fino a proibirli.

Dopo aver esposto le teorie di Spinoza, Milton e Locke, Ansuátegui dedica il secondo capitolo all'individuazione di quegli elementi dottrinali che contribuirono al processo di positivizzazione della libertà d'espressione nelle dichiarazioni rivoluzionarie del XVIII secolo. In *primis*, si sofferma sulle concezioni teoriche e filosofiche dell'Illuminismo e in particolare sulla descrizione delle dimensioni della ragione e, successivamente, propone un'analisi dettagliata dei testi giuridici, concentrandosi su quelli americani e francesi.

È Kant in *Risposta alla domanda: Che cos'è l'Illuminismo?* (1784), secondo Ansuátegui, a condensare le caratteristiche ideologico-culturali del suo tempo e descrivere in maniera puntale l'essenza dell'Illuminismo¹³. L'uomo kantiano è attivo, razionale, autonomo e, acquisendo coscienza di sé, si sveglia da uno "stato di minorità", che lo aveva svalorizzato. Pensare autonomamente vuol dire seguire la propria ragione e lasciar da parte ogni interferenza esterna, ogni pregiudizio; ciò vuol dire che la ragione, per svolgere la sua funzione, deve essere libera.

Kant, dunque, attribuisce un ruolo predominante alla libertà. E in particolar modo, all'uso pubblico della ragione, espressione del cittadino in quanto tale davanti alla collettività. L'uso privato ha a che fare con la funzione civile che la persona riveste in società, quindi, la sua libertà è limitata da un dovere d'ufficio. La libertà d'espressione, così, è valorizzata

¹³ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *op. cit.*, 96-102.

nell'uso pubblico della ragione perché il cittadino agisce in una comunità come soggetto libero, non sottoposto ad alcuna autorità. La pubblicità della ragione kantiana diventa garanzia della libertà, dei diritti naturali e del progresso. Essa, infatti, è anche il mezzo per far giungere le lamentele del popolo allo Stato e permettere il dialogo critico in società. La libertà di pensiero e la libertà di critica nell'uso pubblico della ragione sono due elementi che permettono di riconoscere all'uomo la sua dignità. Su queste basi Kant arriva a cristallizzare il nesso concettuale libertà-dignità che costituisce, ancora oggi, uno degli argomenti più utilizzati in difesa dei diritti umani.

Si comprende per questa via – rileva Ansuátegui – l'importanza della primazia della ragione come elemento portante della cultura illuminista¹⁴. Una ragione caratterizzata da una dimensione demolitrice-critica e una positiva-ricostruttrice. La componente critica conduce l'uomo a porre in discussione la religione dogmatica, le strutture ecclesiastiche e sociali, mentre la componente positiva lo guida nella conoscenza, nel progresso delle scienze, delle arti, che contribuiscono ad aumentare il benessere in società. È l'*Enciclopedia o Dizionario ragionato delle scienze, delle arti o dei mestieri* (1751) a condensare le due dimensioni: essa, infatti, è mossa da un'istanza critica, ma è il risultato di un progetto costruttivo per il progresso umano, promosso da Diderot e D'Alembert.

Sono queste le principali caratteristiche del pensiero illuminista che condizionano i testi rivoluzionari del XVIII secolo. I processi rivoluzionari americani e francesi rappresentano un momento di svolta perché contribuiscono a smantellare le strutture dell'Antico regime, dando vita ad un nuovo ordine politico che, di fatto, apre alla modernità.

Ansuátegui, attraverso un *excursus* storico-giuridico, descrive la nascita della Dichiarazione d'Indipendenza americana e quella della

¹⁴ *Ivi*, 108-124.

Dichiarazione francese del 1789, focalizzandosi sulla positivizzazione della libertà d'espressione¹⁵.

Nei testi francesi e americani la libertà d'espressione diventa una concretizzazione importante del diritto più generale alla libertà. L'articolo 11 della Dichiarazione del 1789, infatti, deve essere inteso come combinato disposto degli articoli 1, 2, 4. Esso afferma che «la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge». Si consideri la non assolutezza della libertà d'espressione. I limiti, cui è sottoposta la libertà, sono imposti dalla legge e sono solitamente individuati nel rispetto dei diritti altrui.

Discutendo del testo francese, Ansuátegui, afferma in conclusione che «se la libertà d'espressione compare nell'ambito della Dichiarazione, è perché nel corso di quei secoli si è diffusa la convinzione che l'individuo goda di un diritto naturale ad esprimersi liberamente»¹⁶.

I principi del giusnaturalismo razionalista si trovano anche nella Dichiarazione d'Indipendenza americana: il diritto alla vita, alla libertà, alla felicità, l'origine del potere di governo e il consenso popolare, il diritto del popolo a ribellarsi contro sovrani che non tutelano i diritti. Nel testo americano non troviamo una vera e propria enumerazione dettagliata dei diritti ma essi sono impliciti nella descrizione delle ingiustizie. Questa mancanza si spiega con la natura del testo: non è un documento giuridico ma è primariamente un testo politico, l'approdo del processo rivoluzionario. La Dichiarazione, comunque, precisa Ansuátegui, getta le basi per l'elaborazione di testi dichiarativi dei diritti fondamentali da parte delle colonie¹⁷. L'esempio principale è la *Dichiarazione dei diritti del Buon Popolo della Virginia*. L'articolo XII recita «che la libertà di stampa è uno

¹⁵ *Ivi*, 127-170.

¹⁶ *Ivi*, 155.

¹⁷ *Ivi*, 149-152.

dei grandi baluardi della libertà e non può mai essere limitata, se non da governi dispotici». La libertà di stampa è considerata una specificazione della libertà d'espressione. Ciò è ancora più evidente nell'articolo XII della *Costituzione* del Pennsylvania in cui si afferma «che il popolo ha il diritto alla libertà d'espressione, oltre che di scrivere e pubblicare i propri sentimenti; pertanto, la libertà di stampa non dovrà essere limitata».

Da non sottovalutare, altresì, il processo di laicizzazione del diritto naturale, partito dalle argomentazioni di Ockham per arrivare alle teorie di Grozio e Pufendorf. Il diritto naturale è valido, anche se non deriva da Dio, anche se non trova legittimazione in Dio. Sciolto dalla teologia, il diritto naturale trova la sua legittimazione nel soggetto stesso. Questa soggettivizzazione del diritto naturale significa, in *primis*, rispetto del valore assoluto dell'individuo. Si tratta di un individuo autonomo, la cui ragione guida la speculazione intellettuale e la vita pubblica. Il lavoro della ragione deve essere libero affinché l'uomo tragga tutti i benefici dalla sua natura razionale. Il modello liberale dei diritti naturali, scaturito dalle Dichiarazioni, esige il rispetto di tali diritti e l'autonomia individuale nel loro godimento. Inserire tali diritti in una Dichiarazione diventa allora un gesto forte perché significa garantirne il pieno godimento. In questo senso, sia la Dichiarazione francese sia quella americana trasformano il diritto naturale in diritto positivo.

Nel terzo capitolo Ansuátegui, una volta espone le linee generali del modello liberale e trattato il processo di positivizzazione della libertà d'espressione, mette a fuoco con grande lucidità alcune criticità dell'impianto liberale, in particolar modo, il carattere ristretto della libertà d'espressione. Questa mossa è utile all'autore per introdurre l'ultima parte del suo discorso, in cui alle contraddizioni interne già individuate si aggiungono nuove sfide, che la contemporanea teoria liberale è costretta a fronteggiare. Ansuátegui, in questo modo, riesce nel suo intento e avvalorata la tesi cardine del testo, ovvero la storicità dei diritti e il loro carattere contestuale.

Per comprendere il concetto di libertà liberale, ci si richiama al discorso che Constant pronuncia nel febbraio del 1819 all'Ateneo Reale di Parigi, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*¹⁸. Constant elabora argomenti per difendere la libertà individuale dal potere collettivo. La distinzione tra libertà degli antichi e libertà dei moderni risulta dirimente e influenzerà l'intero modello liberale. La libertà degli antichi è essenzialmente libertà politica, ovvero consiste nella partecipazione del soggetto alla cosa pubblica. A questa libertà nei fori collettivi, però, corrisponde un assoggettamento degli aspetti privati della vita al controllo del potere pubblico. Il vero esercizio della libertà si esplica nella politica, quindi, l'intromissione del politico nell'individualità non costituisce un problema. Essa è una libertà positiva. La libertà dei moderni, invece, è libertà individuale o meglio negativa: non prevale la partecipazione alle istituzioni pubbliche, ma la tutela della sfera individuale contro ingerenze esterne. La distinzione proposta è sorretta da argomenti storici e sociali. La piccola dimensione della *polis*, infatti, favorisce la vocazione dell'uomo verso l'ambito pubblico. Il commercio, elemento caratteristico della modernità, invece, rende l'uomo egoista e lo allontana dalla partecipazione pubblica. Dunque, è la libertà negativa dei moderni la categoria in cui si inserisce la libertà d'espressione. Quest'ultima diviene, con la libertà di coscienza e la libertà di pensiero, un elemento indispensabile per la realizzazione individuale. L'uomo si realizza solo se inserito in un contesto di libertà, che gli permette di esprimersi liberamente e, quindi, di valorizzare la sua unicità. In questa situazione, inoltre, l'individuo può accedere alla cultura, costruendosi un'opinione del mondo, proiettandola nella comunità. La libertà d'espressione, in altri termini, risulta centrale nel modello liberale perché realizzazione dell'uomo in quanto tale.

Ma, la libertà d'espressione è effettivamente un diritto cui possono godere tutti senza limitazioni?

¹⁸ *Ivi*, 171-180.

Sollevando tale questione, Ansuátegui penetra gradualmente nella parte della sua argomentazione dal più evidente tratto polemico¹⁹.

Se ci riferiamo alla matrice del giusnaturalismo razionalista, la risposta è affermativa, perché la libertà d'espressione viene intesa come un diritto naturale, ovvero qualcosa che appartiene a tutti gli uomini, un diritto inalienabile tale per la razionalità comune al genere umano.

Tuttavia, il modello liberale dei diritti fondamentali, espresso nei testi rivoluzionari del XVIII secolo, non traduce in modo immediato la teoria giusnaturalista, perché si scontra con fattori materiali e interessi di classe inevitabili. I testi rivoluzionari, in altri termini, sono il prodotto dell'epoca storica in cui sono immersi. La Dichiarazione del 1789 riflette la concezione del diritto della classe borghese illuminata.

In ultima analisi, la libertà di espressione, anche se teoricamente generalizzabile, nella realtà dei fatti diventa un privilegio di alcuni. Si crea, dunque, una contrapposizione tra la visione liberale dei diritti fondamentali e le sue radici giusnaturalistiche.

Partendo da queste premesse, Ansuátegui vuole analizzare in modo più dettagliato gli elementi che portano alla restrizione dei diritti nel modello liberale, in particolar modo del diritto alla libertà d'espressione.

Il peccato originale, commesso dal liberalismo, risiede nel ritenere la proprietà un diritto fondamentale, accanto all'uguaglianza e alla libertà, e nel definirlo un diritto naturale: «solo perché proprietario, l'uomo è sufficiente a se stesso e può resistere a tutte le invadenze degli altri individui e dello stato»²⁰. Si tratta di una specificazione che introduce elementi di disuguaglianza nell'effettività del godimento delle libertà.

Due modelli teorici che esaltano il diritto di proprietà sono quelli elaborati da Locke e da Kant.

Il V capitolo del *Trattato sul governo* (1689) di Locke è dedicato alla proprietà privata. Mentre Hobbes propone una visione oggettiva del

¹⁹ *Ivi*, 181.

²⁰ *Ivi*, 184.

diritto naturale, in Locke il diritto naturale diventa soggettivo, cioè una qualità della vita. I diritti soggettivi costituiscono una sorta di trinità a partire dalla proprietà. Il diritto alla proprietà, cioè, inverte gli altri (il diritto alla vita e il diritto alla libertà): garantire la proprietà vuol dire garantire una vita libera.

Ora, il punto che Ansuátegui cerca di sottolineare sottende una sorta di incoerenza nell'argomentazione lockiana. Locke, infatti, parte dall'idea di diritto di proprietà come limitato dalla stessa legge naturale, approdando, poi, ad una visione diversa in cui tale diritto è spogliato delle precedenti limitazioni. Seguiamo il discorso lockiano, attraverso Ansuátegui²¹.

Nello stato di natura, gli uomini sono creati da Dio come ragionevoli e industriosi. Gli uomini, dunque, naturalmente lavorano. Il lavoro diventa la funzione che determina il diritto naturale alla proprietà. Ora, siccome il lavoro coincide con la libertà naturale, la proprietà si limita. Il lavoro naturale, cioè, è limitato rispetto alla vastità della terra e ognuno produce solo in base al proprio bisogno e alla propria forza. Per questo motivo, non c'è nessun problema di sottrazione né di accumulo. Come afferma Ansuátegui «si tratta di un diritto naturale limitato che trova la propria origine nell'appropriazione delle cose mediante il lavoro dell'uomo, circostanza, questa, che determina precisamente il suo aumento di valore. I suoi limiti sono stabiliti dalla capacità individuale di godimento e dalla uguale possibilità di appropriazione da parte del resto degli individui»²².

La ricchezza, però, non si produce solo nel lavoro, ma anche nello scambio. Con l'introduzione della moneta, il cui valore viene stabilito per consenso, nasce ricchezza extra-lavorativa che determina il conflitto. Oro e argento, in altri termini, rendono la proprietà non immediatamente legata all'esito lavorativo. La moneta permette lo scambio di beni reperibili con un bene irreperibile e immutabile. La comparsa del denaro significa

²¹ *Ivi*, 185-190.

²² *Ivi*, 188.

eliminazione dei limiti originati dal diritto di proprietà. L'accumulazione del denaro implica accumulazione di proprietà e, quindi, l'esercizio illimitato del diritto di proprietà. A questo punto, è lo Stato che deve garantire la proprietà. È necessario, infatti, un giudice comune, che regoli il rapporto tra proprietà e moneta. Seguendo questo discorso, «l'impiego del denaro, e la rappresentazione dei beni mediante esso, permette di porre rimedio all'impossibilità di conservazione e di godimento delle proprietà, mantenendo la conformità con la legge naturale»²³. Locke, dunque, gioca d'astuzia dando fondamento morale all'appropriazione borghese e una matrice giusnaturalistica alla proprietà; la proprietà non deriva dalla regolazione statale, ma è un diritto naturale.

L'importanza del fattore proprietà spicca anche nella teoria kantiana. In *Sopra il detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»* (1793), Kant considera la proprietà un elemento fondamentale per l'attribuzione della cittadinanza. In questo modo si caratterizza come «esempio del riduzionismo liberale dei diritti fondamentali»²⁴. Il punto di partenza è la distinzione tra “cittadini” e “consociati sotto la protezione dello Stato”. Mentre tutti gli uomini sono uguali come destinatari delle leggi, ciò non vale in relazione alla formazione di tali leggi. Solo coloro che hanno cittadinanza, infatti, possono parteciparvi. Ma, qual è l'elemento discriminante? La proprietà. Il criterio di indipendenza è di natura economica e puramente materiale. La proprietà diventa il criterio per identificare i sudditi che formeranno la classe dei cittadini politicamente attivi. In questo senso, Kant accetta un sistema politico che legittima disuguaglianza e importanti esclusioni rispetto alla partecipazione attiva politica. Solo i proprietari, in altri termini, si trovano nella condizione di concorrere alla formazione della legge.

²³ *Ivi*, 189.

²⁴ *Ivi*, 190.

Messa in luce tale rilevanza del diritto di proprietà nel modello politico e giuridico liberale, Ansuátegui ne analizza le conseguenze in relazione alla libertà d'espressione²⁵.

La libertà d'espressione subisce restrizioni considerevoli? La risposta a questo interrogativo non può che essere affermativa. A configurarsi è un'idea della libertà che si allontana dal suo significato iniziale. Nelle prime formulazioni liberali, infatti, la libertà d'espressione si inserisce, come abbiamo visto, nella categoria della libertà negativa o libertà-autonomia, per cui tutti gli individui hanno le stesse opportunità di esercitare tale diritto. La condizione della sua piena realizzazione risiede «nell'assenza di coazione e rispetto dell'autonomia individuale, purché si salvaguardi l'esercizio di tale libertà da parte degli altri»²⁶.

Tuttavia, questo modello incontra delle difficoltà che ne mutano il significato. Ansuátegui individua due gruppi di ostacoli, gli «elementi intrinseci» e quelli «apparentemente estrinseci» alla concezione liberale²⁷. I fattori intrinseci fanno capo alla proprietà. I diritti liberali finiscono per rispecchiare un tipo particolare di società: la società borghese. Solamente i borghesi concorrono alla formazione dell'opinione pubblica, poiché l'idea della libertà d'espressione e di stampa sono caratterizzanti dell'opinione pubblica come criterio normativo-sociale. Un'opinione pubblica che dovrebbe basarsi su capacità intellettuali, finisce per ridursi ad una dimensione materiale. Per quanto riguarda gli elementi «apparentemente» estrinseci, Ansuátegui fa riferimento ad alcuni fattori materiali ed economici che alterano l'idea liberale di stampa. La libertà di stampa, manifestazione diretta della libertà d'espressione, si scontra necessariamente con le leggi del mercato, per cui solo coloro che possono permettersi certi mezzi di comunicazione potranno accedere all'esercizio di tale libertà. La libertà di stampa perde «la sua ipotetica capacità di

²⁵ *Ivi*, 194.

²⁶ *Ivi*, 195.

²⁷ *Ivi*, 195-196.

generalità nel godimento e finirà per essere un privilegio dei proprietari»²⁸.

L'introduzione della proprietà trasforma un diritto teoricamente generalizzabile in una restrizione. La libertà di stampa e la libertà d'espressione sono fatte dipendere dalla capacità economica: la proprietà potenzia la libertà. La proprietà diventa un discrimine che legittima un sistema incentrato sulla borghesia. In questo modo, pare che «la purezza della libertà d'espressione, per ciò che concerne la sua generalizzazione e la possibilità comune del suo esercizio, sia irrealizzabile, dal momento in cui compare in scena la nozione di proprietà»²⁹.

Oltre alle classiche sfide che il modello liberale deve sostenere, Ansuátegui ne individua anche di nuove. Si tratta di sfide che la contemporaneità lancia, obbligando alla revisione dei postulati tradizionali³⁰.

L'ultima parte dell'opera è incentrata così sulla diffusione capillare di Internet e le sue conseguenze: la riformulazione dello spazio pubblico e l'irrompere del discorso d'odio. Ansuátegui analizza con originalità la società contemporanea, rintracciando un nuovo nesso tra libertà e vulnerabilità³¹.

Siccome è nello spazio pubblico che si afferma la titolarità dei diritti e il loro esercizio, la prima conseguenza di Internet per il discorso dei diritti è la riformulazione dell'idea di spazio pubblico. Internet ha permesso di oltrepassare i limiti che hanno tradizionalmente vincolato le relazioni sociali e politiche, ma soprattutto ha «amplificato le possibilità di intervento diretto delle persone nella sfera pubblica»³². Internet, dunque, è diventata piazza pubblica in cui rivendichiamo i nostri diritti ed entriamo

²⁸ *Ivi*, 198.

²⁹ *Ivi*, 200.

³⁰ *Ivi*, 201.

³¹ *Ivi*, 204-215.

³² *Ivi*, 204.

in relazione con gli altri. Alla sua felice espansione, però, si accompagnano anche fattori negativi.

Ansuátegui individua delle problematiche che minano la dimensione deliberativa e argomentativa della democrazia, ma anche conseguenze per la regolazione giuridica della libertà d'espressione³³.

Per quanto riguarda il primo punto, oltre alla semplificazione che subisce il discorso pubblico, ridotto a slogan privo di solide basi, il messaggio lanciato nei *social network* rischia di essere mero soddisfacimento di necessità emozionali, lontano da ogni deliberazione razionale su interessi generali.

Per quanto riguarda il secondo punto, ad una prima analisi la diffusione di Internet sembra giovare all'effettività dell'esercizio della libertà d'espressione, perché permette di superare i limiti del modello liberale: sparisce il vincolo della proprietà e in particolare, della proprietà dei mezzi di comunicazione. È facile connettersi su una rete ed esprimersi davanti ad un pubblico potenzialmente infinito. Tuttavia, è un beneficio che porta con sé un'evidente dimensione problematica. Internet moltiplica il danno che si può portare a compimento attraverso l'esercizio della libertà d'espressione, rendendo difficile l'individuazione dei responsabili: «Internet concede un anonimato che facilita la disinibizione e la diminuzione dell'intensità all'autolimitazione»³⁴.

Internet, dunque, da nuovo spazio pubblico si trasforma in uno spazio di potenziale aggressione alle libertà, che necessita di una risposta adeguata da parte dello Stato. Si impongono, infatti, nuove forme di linciaggio, infamia ed esclusione, nuove violazioni dei diritti. Il diritto alla *privacy*, ad esempio, è fortemente minato in una rete sociale in cui ogni aspetto della vita può essere "visitato" da qualcun altro. Si pensi, inoltre, a *Facebook* e alle polemiche riguardanti le modalità di trattamento delle informazioni personali.

³³ *Ivi*, 206.

³⁴ *Ivi*, 207.

Nel caso specifico della libertà d'espressione, una delle sue degenerazioni è il linguaggio d'odio, che colpisce con sempre maggiore e spaventosa facilità. A favorire tale ferocia è sicuramente la velocità della rete, ma soprattutto la distanza sociale, fattore che riteniamo potrebbe integrarsi nell'analisi di Ansuátegui. La distanza sociale, favorita dalla mediazione della rete, svolge un ruolo decisivo nei processi di congelamento della coscienza morale, portando gli uomini a dire e fare cose che probabilmente non avrebbero mai detto e fatto altrimenti.

Il concetto di distanza sociale è studiato anche dalla psicologia sociale: si rammentino gli esperimenti degli anni Sessanta di Stanley Milgram, che evidenziarono come la vicinanza alla vittima rafforzi il legame tra azione e conseguenze, rendendo saliente la responsabilità personale per la sofferenza inflitta. La distanza favorisce la disempatia³⁵, il dislocamento della responsabilità e, quindi, l'affievolirsi della coscienza morale.

Tale meccanismo si incontra anche nel discorso d'odio: l'*hater* non sente né vede direttamente la persona che sta attaccando, la sua posizione di penombra facilita l'allentarsi dei freni inibitori morali. Davanti a uno schermo, si perde il contatto con gli occhi e le emozioni dell'interlocutore: tutto sembra lecito, il confine tra male e bene diventa permeabile. È come se ci si dimenticasse la presenza reale dall'altra parte e si fosse pronti a sfogare l'odio, la rabbia, senza alcuna riserva. Lo schermo, in altri termini, diventa strumento che favorisce la disumanizzazione.

Possiamo chiederci, a questo punto, quale sia il ruolo della politica e se la libertà d'espressione possa essere limitata da leggi specifiche. La

³⁵ Cfr. F. SIRONI, *Psychopathologie des violences collectives. Essai de psychologie géopolitique clinique* (2007), trad. it. *Violenze collettive. Saggio di psicologia geopolitica clinica* (a cura di L. Cornalba), Milano, Feltrinelli, 2010, 81. Su questo, preziosa anche la riflessione di Z. BAUMAN nel testo fondamentale *Modernity and the Holocaust* (1989), trad. it. *Modernità e Olocausto* (a cura di M. Baldini), Bologna, il Mulino, 1992, 215-230.

risposta di Ansuátegui sembra essere negativa. Smontando la classica divisione tra “democrazia neutra” e “democrazia militante”, egli sostiene che ogni democrazia è militante³⁶.

Per la democrazia neutra, che trova massima espressione nel sistema nordamericano, esiste un diritto senza restrizioni a esprimersi liberamente. Si possono regolare il luogo, il modo e il momento di esprimersi, ma non il contenuto dell’espressione. È un modello che esalta l’espressione come manifestazione concreta della dignità umana e libera da ogni interferenza esterna. La democrazia militante, invece, parte dalla giurisprudenza costituzionale tedesca per essere assunta, poi, dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e da altre giurisprudenze. Riconoscendo la dimensione performativa del linguaggio, la democrazia militante stabilisce ambiti di “tolleranza zero”: nessuno può esercitare un’attività o un atto che miri alla distruzione dei diritti e valori di una democrazia. Ora, questa distinzione, argomenta Ansuátegui, non è corretta perché ogni democrazia e ogni sistema di diritti implicano una concezione del bene concreta e precisa³⁷. Ogni sistema democratico riconosce contenuti fondamentali e valori che si scontrano con una proposta di limitazione della libertà d’espressione. La risposta giuridico/politica al discorso d’odio è necessaria, ma va contestualizzata, poiché si tratta di ponderare il danno che il discorso d’odio può causare con il bene sotteso alla libertà d’espressione.

Per quanto riguarda il rapporto tra religione e libertà d’espressione, l’autore denuncia poi l’incapacità del diritto di offrire la soluzione migliore³⁸. Ai limiti dei precetti giuridici, si contrappone un approccio pragmatico e prudenziale. La normatività del diritto deve essere sorretta da un altro tipo di normatività. Si riconosce, così, un ruolo importante all’autolimitazione, possibile solo a partire da un’educazione che imponga il rispetto verso l’altro.

³⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *op. cit.*, 213-214.

³⁷ *Ivi*, 215.

³⁸ *Ivi*, 210-212.

Questa la reazione teorica e insieme impegnata a uno “strumento” come Internet, una dimensione inedita della realtà, che ha modificato radicalmente le nostre vite, ha permesso il superamento di limiti invalicabili e allargato notevolmente lo spazio pubblico in cui esprimersi liberamente: ci ha “connessi” rendendoci, però, fortemente vulnerabili. Tale vulnerabilità risiede nel rischio di violazioni di diritti fondamentali, come la *privacy*, e nel rischio di aggressioni e violenze personali, in forme spesso fuori controllo. Di fronte a questi pericoli, lo Stato – avverte Ansuátegui – ha l’obbligo di assumersi responsabilità e il singolo individuo ha il dovere morale di rispettare l’altro, chiunque egli sia, coltivando e valorizzando l’educazione all’empatia.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

LUIGI MARIANO GUZZO

Mistero al cubo:

l'università tra diritto e letteratura

LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, Rubbettino, Soveria

Mannelli, 2019, pp. 224

Mistero al cubo: l'università tra diritto e letteratura

LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2019, pp.

224

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Un romanzo sul sistema universitario e sul precariato nella ricerca – 3. Un romanzo sull'Università della Calabria nel rapporto con il tessuto urbano e sull'idea di Campus residenziale - 4. Un romanzo sul concetto di diritto e sulla didattica del diritto.

Lorenzo riteneva che il nostro compito non consistesse nella trasmissione del sapere – in un'azione meccanica che riproducesse le nostre aspirazioni e le nostre visioni – ma piuttosto nello sforzo di accendere lo studente, di farlo innamorare dello sforzo necessario per conoscere, di spingerlo a desiderare anche fisicamente di possedere il diritto, e con esso il potere di avvicinarsi alla giustizia.

Lou Palanca, *Mistero al Cubo*

1. Premessa

Mistero al cubo è il titolo del nuovo romanzo dei Lou Palanca¹, un collettivo a geometria variabile². Si tratta di un giallo “atipico e corale”, il cui

* Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico e docente a contratto presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2019.

² Questa espressione indica che si tratta di un collettivo di scrittori calabresi che, di volta in volta, si alternano nella redazione dei romanzi. *Mistero al cubo* è stato scritto da Danilo Colabraro, Valerio De Nardo e Nicola Fiorita.

registro linguistico segna ormai la cifra stilistica dei romanzi dei Lou Palanca³, in quanto la narrazione prende forma tra le parole e i pensieri espressi in prima persona dai personaggi.

La trama si costruisce a partire dal ritrovamento del corpo senza vita del professore De Vitis, ordinario di Diritto penale comparato, completamente nudo, nel suo studio presso l'Università della Calabria. Ma in realtà, l'utilizzo di un genere letterario, a cavallo tra il *noir* e il giallo, sembra che sia semplicemente funzionale a mettere in luce alcuni aspetti che riguardano: 1) la narrazione del mondo accademico, delle sue contraddizioni e del suo declino⁴, nonché del precariato; 2) l'analisi del rapporto tra l'università e il tessuto urbano, che conduce ad interrogarsi sulla retorica del Campus e sul tessuto economico, sociale e politico del nostro Paese e della regione; 3) la riflessione sul concetto di diritto e, ancor di più, sulla didattica del diritto nelle aule universitarie, che, poi, rappresenta – come vedremo - anche la via d'uscita dall'impianto fortemente realistico che struttura il romanzo.

2. *Un romanzo sul sistema universitario e sul precariato nella ricerca*

A ritrovare il corpo del professore De Vitis – probabilmente è proprio la presenza di un uomo morto (un morto che parla, è il caso di dire – e presto capiremo il *perché*) a dare il senso del declino dell'università⁵ – è il precario

³ I Lou Palanca hanno già pubblicato: *Blocco 52. Una storia scomparsa, una città perduta* (Rubbettino, 2012), *Ti ho visto che ridevi* (Rubbettino, 2015), *A schema libero* (Rubbettino, 2017), *Il morzello di Nancy Harena* (Slow Food Editore, 2018).

⁴ Si ricordi, a riguardo, G. VIESTI, *Università in declino. Un'indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Donzelli, Roma, 2016.

⁵ Di questa come di altre osservazioni contenute nella presente recensione sono debitore di una riflessione maturata nel corso di una discussione avviata in un incontro pubblico organizzato a Tiriolo (Catanzaro), dalla cooperativa "Scheria", il 1° febbraio 2020, insieme a Nicola Fiorita, autore e professore associato di Diritto e religione all'Università della

Edoardo Sansinato. La questione del precariato nella ricerca e nella didattica universitaria emerge in tutta la sua conflittualità e drammaticità: Sansinato è uno delle migliaia di precari, che lavorano con progetti di ricerca a termine, rinnovati di anno in anno, e che vivono in una sorta di limbo, perché stanno dall'altra "parte della barricata", rispetto a quella degli studenti, dove ci sono «molti doveri e pochi diritti, tanta fatica e nemmeno un euro»⁶.

Del precariato è assunta, nel romanzo, una duplice prospettiva, interna ed esterna. Per l'osservatore esterno è infatti complicato comprendere la condizione di chi vive forme di precariato nell'università.

Ad esempio, adottando lo sguardo del commissario Umberto Girona, Sansinato è «una specie di assistente irregolare del professore, insomma un temporaneo disoccupato in attesa di una selezione che gli consenta di accedere ad un lavoro retribuito a tempo determinato o indeterminato»⁷. E il pubblico ministero Angela Musso incalza: «un irregolare, un precario sfruttato in piena regola e con in aggiunta l'obbligo di ringraziare e riverire chi lo sfruttava»⁸.

D'altro canto, da una prospettiva interna, è soprattutto la dimensione esistenziale del precariato, che va ben oltre la dimensione economica, ad essere messa in luce. Sansinato descrive questo precariato "esistenziale" come «il moltiplicarsi delle attese, l'assenza di una classe in cui riconoscersi, di un soggetto collettivo che ti protegga, di una comunità che ti dia ristoro»⁹. Una situazione dalla quale è difficile uscirne indenni, perché – è ancora Sansinato a parlare – «dopo dieci anni dedicati allo studio del diritto, all'insegnamento accademico e all'attesa di un riconoscimento definitivo,

Calabria, e a Gianluigi Greco, direttore del Dipartimento di Matematica e Informatica dell'Università della Calabria.

⁶ LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 9.

⁷ *Ivi*, 32.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ivi*, 80.

studiare, insegnare e attendere diviene normale»¹⁰. Tant'è che, come confida Giampaolo Orsini, ricercatore (non più anagraficamente giovane, pare di capire) inserito nel *tritacarne* del sistema universitario, in un'altra pagina del romanzo: «... diventare professore associato non è, come capirai, tanto una questione di soldi o di dignità, ma soprattutto di senso della mia esistenza, per restituire una ragionevolezza alle mie scelte»¹¹.

Il complicato percorso di ingresso e di stabilizzazione nella carriera universitaria¹² si presenta come un aspetto di una ampia questione morale che, nel romanzo, viene più volte sollevata a partire dalla posizione di Giusy Varrà, tesista del professore De Vitis e iscritta al prossimo imminente concorso di dottorato, la quale intrattiene una relazione sentimentale con lo stesso docente. Oppure, ancora, si risolve in una sorta di “spregiudicatezza” (una spregiudicatezza, però, alimentata dallo stesso sistema, in una spirale di circolarità) delle dinamiche che alimentano la vita universitaria. Per Giulio Badiani, un altro allievo di De Vitis, è scontato che quando muore un maestro c'è un vuoto, «un vuoto di idee, di prospettive, di pensiero», ma c'è anche «un posto vuoto»¹³. Entra così in gioco il tema dei punti organico, che si accompagna ai tanti nodi irrisolti di un sistema universitario che attende di essere riformato nel suo complesso¹⁴: gli stipendi bassi, il precariato come regola, il blocco delle assunzioni, l'abilitazione¹⁵, i baroni che nel frattempo sono diventati “baroncini” ma che assomigliano più a *barboncini* «col pelo

¹⁰ *Ivi*, 57.

¹¹ *Ivi*, 133.

¹² Vedi, sul punto, O. GIANCOLA, E. TOSCANO, *Tra passione e sopravvivenza. Prospettive, condizioni e aspettative dei lavoratori della conoscenza negli atenei italiani*, in F. COIN, A. GIORGI, A. MURGIA (a cura di), *In/disciplinate: soggettività precarie nell'università italiana*, *Culture del lavoro*, 4/2017, 25-42.

¹³ LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 20.

¹⁴ Si veda anche il recente appello pubblicato su *Roars* “Disintossichiamoci: un appello per ripensare le politiche della conoscenza”, <https://www.roars.it/online/disintossichiamoci-un-appello-per-ripensare-le-politiche-della-conoscenza/>

¹⁵ Cfr. LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 97.

bianco e arruffato e lo sguardo un po' disperso e un po' timoroso di cane da salotto»¹⁶, nonché i cosiddetti “dipartimenti di eccellenza”. Sul punto, seguiamo il ragionamento che sviluppa Orsini: «...non basta che io sia eccellente, lo deve essere l'intero dipartimento perché io possa ricevere qualche soldo per le mie ricerche, qualche promessa di un avanzamento di carriera, qualche rimborso per un convegno o per comprare i libri che divoro in pochi giorni»¹⁷.

È impietosa l'immagine che offre lo stesso Orsini, il quale si percepisce poco più che un burocrate, nel momento in cui, parlando in terza persona, si lascia andare a quelli che erano i suoi desideri: «sognava di continuare la filiera degli immortali Maestri della nostra disciplina e invece litiga con il personale amministrativo sull'interpretazione di una circolare del Miur»¹⁸. Ma il declino dell'università italiana per Orsini si spiega con l'immagine di una, anzi, *della* «stupidità» che è ormai arrivata al potere: «Non gli stupidi, che sarebbe altrimenti semplice sostituirli, ma la stupidità nel suo complesso, nella sua logica, nella sua invincibile forza. Come spiegheresti altrimenti il dominio burocratico delle strutture universitarie, la premialità connessa alla riduzione dei fuori corso e dunque all'agevolazione per ciascuno, specie se ignorante, a superare l'esame e a concludere rapidamente il corso di studi, o ancora il limite invalicabile delle pagine dei programmi d'esame, con il dilagare di volumi a caratteri rimpiccioliti e sempre più fitti. Come spiegheresti altrimenti ..., il taglio dei fondi alla ricerca e il blocco di una intera generazione in un limbo di

¹⁶ *Ivi*, 143.

¹⁷ *Ivi*, 133.

¹⁸ *Ibidem*.

precariato e attese che disincentiva ogni ambizione e ogni investimento formativo»¹⁹.

D'altronde, gli stessi precari sono spesso parte di una generazione – afferma De Vitis – che «non vuole maestri ma nemmeno crede in qualcosa di proprio»²⁰.

3. Un romanzo sull'Università della Calabria nel rapporto con il tessuto urbano e sull'idea di Campus residenziale

Accanto al grande tema dell'università e del suo declino, si sviluppano, inoltre, le vicende che caratterizzano quello che per ettari è il più grande campus universitario d'Italia, ad Arcavacata, a Rende (Cosenza).

Il “cubo” del titolo del romanzo non indica solo la complessità esponenziale del giallo che caratterizza la trama narrativa, ma anche il paesaggio tipico dei “cubi” – una «architettura che costringe ad una falsa uguaglianza»²¹ – che compongono il Campus dell'Università della Calabria. Per bocca di un altro personaggio Gianfranco Ferretti, uno studente che attende di laurearsi, ma per il quale diviene tutto più difficile con la morte di De Vitis, si fa riferimento a quella «insopportabile retorica del campus» che «continua ad esaltare la scelta del campus, il valore della residenzialità, le occasioni di socialità ad essa connesse, il lungimirante disegno strategico di un'università che riempie una landa desolata, buona fino ad allora solo per vacche podoliche quando era tempo di mercato o transumanza»²².

¹⁹ *Ivi*, 134.

²⁰ *Ivi*, 199.

²¹ *Ivi*, 115.

²² *Ivi*, 113.

Per Sansinato il Campus appare alla stregua di un «ghetto accademico nel tempo della globalizzazione»²³, che tende a proteggere e separare l'università dal tessuto urbano nel quale si inserisce.

Nella mente di chi l'ha ideata e, poi, contribuito a realizzare – dal primo rettore Beniamino Andreatta al politico socialista Giacomo Mancini – quella prima università pubblica in Calabria²⁴ (è stata fondata nel 1972) rappresentava il sogno del riscatto di una intera regione, che si apriva alle nuove sfide della globalizzazione, dell'internazionalizzazione, della società della conoscenza. Ma che cosa è rimasto di questo sogno, oggi, in una Calabria che ormai conta quattro atenei (l'università della Calabria, la “Magna Graecia” di Catanzaro, la “Mediterranea” di Reggio Calabria e l'università per Stranieri, sempre nella città dello Stretto), ai quali possono anche essere aggiunte anche le facoltà di teologia della Chiesa cattolica²⁵? La risposta, purtroppo, è lapidaria e intrisa di pessimismo, per come viene offerta dal flusso di pensieri dello stesso De Vitis, secondo il quale l'università – nel romanzo il riferimento è, in particolare, all'università della Calabria – questa regione non l'ha cambiata²⁶. Tutto ciò si inserisce in una descrizione del contesto sociale e politico che è desolante, caratterizzato da un «familismo amorale»²⁷, come afferma il pubblico ministero Angela

²³ *Ivi*, 189.

²⁴ Ad onore del vero, la prima istituzione accademica dell'epoca moderna in Calabria è rappresentata dall'istituzione del Seminario regionale di Catanzaro, fondato nel 1912, secondo la volontà di Papa Pio X, ed elevato nel 1914 ad università teologica, con la facoltà di concedere i gradi accademici; cfr. P.E. Commodaro, *Il Pontificio Seminario Regionale “San Pio X” di Catanzaro. Appunti per una storia nell'80° di fondazione (1912-1992)*, Giannotti, Catanzaro, 1992.

²⁵ Sul ritorno della teologia nelle istituzioni universitarie statali si veda A. MANTINEO, *Fine o eclissi della Teologia della liberazione? Una lettura teologica di un'esperienza pastorale nei Sud (Brasile e Calabria)*, in Id. (a cura di), *Per un approccio alle teologie del contesto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, 17-22.

²⁶ LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 143.

²⁷ *Ivi*, 28.

Musso che osserva la «lunga stasi del Paese, la sua rapida involuzione, l'eutanasia del diritti»²⁸.

4. *Un romanzo sul concetto di diritto e sulla didattica del diritto*

Infine, questo dei Lou Palanca è chiaramente un romanzo che parla di diritto, cioè un romanzo dal quale traspare una certa idea di diritto, la cui definizione, più descrittiva che prescrittiva, e con uno sguardo disincantato sul rapporto tra legalità e giustizia, è offerta dal professore De Vitis, nei termini di una «invenzione umana che pretende di dettare regole, di prevedere, di sanare, che promette giustizia in terra...»²⁹. Così come, se guardiamo più nello specifico ai rapporti tra diritto, religione e letteratura³⁰, nelle pagine del libro viene offerta una descrizione sommaria ma dettagliata di alcuni degli elementi fondamentali che caratterizzano il processo ecclesiastico di nullità matrimoniale³¹.

D'altronde, il romanzo è ambientato in un dipartimento di giurisprudenza (una *facoltà* di giurisprudenza, avremmo detto fino a qualche anno addietro) e sono così descritti meccanismi tipici di queste istituzioni accademiche, con le loro particolarità; i personaggi hanno a che fare con il diritto: c'è chi lo insegna, chi fa ricerca in questo settore, chi lo studia e pure chi lo pratica (si pensi al pubblico ministero e al commissario che portano avanti le indagini); uno degli autori del collettivo Lou Palanca (Nicola Fiorita) è un professore di diritto, peraltro solito ad utilizzare

²⁸ *Ivi*, 25.

²⁹ *Ivi*, 71.

³⁰ Sul punto sia consentito richiamare a M. ABU SALEM, L. M. GUZZO (a cura di), *Diritto, religione e letteratura*, Libellula, Tricase (Le), 2019.

³¹ Cfr. LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 105.

espediti letterari nella didattica³². Sia chiaro che la prospettiva è quella di chi del diritto preferisce indagare il suo *rovescio*, come si evince dalla dedica che il professore De Vitis scrive sul libro che aveva regalato all'allievo Giulio Badiani, al termine della prova di dottorato: «non smetta di cercare nel diritto il suo rovescio»³³; espressione posta anche ad esergo del romanzo³⁴.

Può insomma dirsi che questo romanzo dei Lou Palanca si offra ad una lettura che apre ad inedite piste di riflessione all'interno degli studi su diritto e letteratura³⁵. Si potrebbe certo obiettare che, in alcuni passaggi, la narrazione è intrisa di un crudo (anche se sano) realismo.

Ma una via d'uscita c'è ed è rappresentata dalla consapevolezza di quanto sia importante la formazione universitaria per il riscatto dei nostri territori e dalla passione che anima i docenti che nelle università lavorano a contatto con le nuove generazioni.

Perché *Mistero al cubo* è anche come un romanzo sul senso e sul significato di insegnare e fare ricerca³⁶, in ambito giuridico e non solo. In definitiva, è questa anche la lezione che rintracciamo da un altro romanzo che vede come protagonista un ricercatore universitario, *Stoner*³⁷, la cui vicenda «testimonia come lo studio e l'insegnamento costituiscano irrinunciabili esperienze di senso e d'identità»³⁸. Le parole sul senso

³² Cfr. N. FIORITA, *Il Diritto ecclesiastico nei libri: un altro modo di leggere (e di insegnare) una disciplina giuridica*, in *Diritto e religioni*, 2/2016, 418 e ss.

³³ LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 20.

³⁴ Cfr., sugli aspetti anche autobiografici di questa dedica, N. FIORITA, *Il Diritto ecclesiastico nei libri...*, cit., 418.

³⁵ Cfr., per tutti, A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001; M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessione sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2009, 3-29; A. SCERBO (a cura di), *Diritto e politica. Le nuove dimensioni del potere*, Giuffrè, Milano, 2014.

³⁶ Su questi temi si veda anche M. LA TORRE, *Il giurista come vero filosofo. Laudatio per la laurea honoris causa conferita a Robert Alexy*, in *Ordines*, 1/2019, 29-40.

³⁷ Vedi l'edizione J. WILLIAMS, *Stoner*, trad. it. di S. Tummolini, Fazi Editore, Roma, 2012.

³⁸ A. MORELLI, *Notazioni su mondo universitario e libertà di ricerca e di insegnamento a partire da Stoner di John Williams*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 16.

profondo del docente universitario sono affidate nel romanzo a Badiani, che riprende quanto spesso gli diceva il professore De Vitis: «Lorenzo riteneva che il nostro compito non consistesse nella trasmissione del sapere – in un’azione meccanica che riproducesse le nostre aspirazioni e le nostre visioni – ma piuttosto nello sforzo di accendere lo studente, di farlo innamorare dello sforzo necessario per conoscere, di spingerlo a desiderare anche fisicamente di possedere il diritto, e con esso il potere di avvicinarsi alla giustizia»³⁹. Ed è questa la luce che fa capolino dal fondo di un tunnel la cui uscita appare, quindi, sempre più vicina, anche grazie a romanzi di questo tipo.

³⁹ LOU PALANCA, *Mistero al cubo*, cit., 95.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

FEDERICA MARTINY

Un dialogo sull'Europa necessaria

N. URBINATI, *Utopia Europa*, intervista di A. Fico,

Castelvecchi, Roma, 2019, pp. 140

Un dialogo sull'Europa necessaria

N. URBINATI, *Utopia Europa*, intervista di A. Fico, Castelveccchi, Roma,
2019, pp. 140

Con un recente libro-intervista, Nadia Urbinati dialoga con Antonio Fico sul “sogno europeo”, quella visione ideale e utopica che è stata alla base della spinta propulsiva che ha dato vita alle prime forme di integrazione sovranazionale, per comprendere cosa di quella utopia sia rimasto oggi.

Il testo, dal titolo suggestivo *Utopia Europa*¹, si presenta nella forma di un dialogo. Appare necessario sottolineare questa particolare scelta narrativa per almeno due ragioni: in primo luogo, sembra che gli autori vogliano ricordare, quasi pedagogicamente, al lettore che è possibile discutere dei temi dell'attualità in maniera seria e pacata, in contrapposizione alla violenza verbale cui assistiamo nei dibattiti televisivi e nelle discussioni sui social network; in secondo luogo, questa particolare scelta sembra confermare che il lettore ideale del testo sia il cittadino e non lo studioso specialistico.

Il riferimento al concetto di *utopia* nel testo è più complesso di quanto si possa pensare. È noto che l'etimologia del termine derivi dal greco

* Assegnista di ricerca in Filosofia Politica presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Il libro è rivolto ad un pubblico ampio e non solo agli specialisti ed è significativamente dedicato a Étienne Balibar e Caterina di Fazio e alla comune impresa Agorà Europe. Secondo la presentazione sul sito ufficiale «*Agorà Europa* ha come finalità quella di promuovere un dibattito in tutta Europa e oltre tra accademici, politici e cittadini sullo spazio politico europeo»; poiché «ora più che mai occorre creare occasioni per un dibattito pubblico, un'agorà per riflettere su come riorganizzare lo spazio politico europeo e reinserirsi al suo interno» (<https://agoraepoliticalspace.wordpress.com/chi-siamo/>).

antico (οὐ τόπος), la cui traduzione è non-luogo. Nella storia della filosofia – e della letteratura – incontriamo moltissime utopie – almeno da Platone in poi –, distopie, oppure utopie che diventano distopie. Le utopie possono essere la rappresentazione di un assetto politico-sociale o religioso altro rispetto a quello esistente, un ideale cui tendere; possono configurarsi propriamente come un sogno, e dunque come fuga temporanea nel modo dell'impossibile; o ancora possono delinearci come critica della realtà.

Nel libro di Nadia Urbinati, il significato di utopia è ancora diverso: se guardiamo all'Europa, ci troviamo di fronte al paradosso per cui «il sistema più realistico è anche quello più utopistico. Il Manifesto di Ventotene è più realistico oggi di quanto non lo fosse nel 1940» (p. 119). L'utopia di cui parla l'autrice, dunque, è quasi ossimoricamente un'utopia realistica. È cioè qualcosa che non c'è, ma non qualcosa di indisponibile; abbandonata l'immagine dell'isola e abbandonata l'idea della fuga nell'impossibile, essa si presenta come un'utopia che ha cambiato natura.

Il testo si apre con una sorta di genealogia di una utopia siffatta.

Nella prima parte del volume, l'autrice racconta quali siano state le visioni e i contributi intellettuali rispetto all'idea di Europa, sottolineando come le culture politiche che hanno avuto un ruolo decisivo in questo quadro siano state essenzialmente due: in primo luogo la visione di stampo illuminista, a cui si sarebbero rifatti anche Spinelli, Rossi e Colorni con la loro utopia², e in secondo luogo la tradizione cristiano cattolica, di cui non a caso sono stati espressione i principali protagonisti politici del processo di integrazione europea – da Robert Schuman, a Konrad Adenauer ad Alcide De Gasperi –; la prima di queste due tradizioni «secolare e illuminista è segnata da un'etica individualista dei diritti civili (detti anche, prima, “naturali” e poi, nella seconda metà del Ventesimo secolo, “umani”), e l'altra da un'etica della responsabilità della persona funzionale al bene e all'integrazione della società e delle sue componenti primarie (la famiglia, il

² Si tratta degli autori del *Manifesto di Ventotene*, uscito e circolato clandestinamente negli ambienti della Resistenza al fascismo.

lavoro, la comunità religiosa) e quindi la sussidiarietà come progetto di soccorso e cura» (p. 19). Il primo capitolo di questo libro-intervista, che si intitola significativamente *Europe*, con una declinazione al plurale che invita a usare uno sguardo attento alla complessità della storia recente dell'idea di integrazione, dopo la descrizione *dell'Europa degli illuministi e di quella dei cattolici*, si sofferma sul tema dei *progetti europei dei neoliberali*. La lettura che propone Urbinati mette in discussione l'interpretazione oggi mainstream secondo la quale il disegno neoliberista si sarebbe sin dall'inizio imposto nel progetto di integrazione sovranazionale del continente: se è vero che in linea teorica per autori come Hayek, l'Europa poteva essere un terreno di sperimentazione fecondo per la creazione di uno spazio economico fatto di scambi al di fuori e al di là degli Stati, è altrettanto vero che «una volta che si manifestò l'implicazione politica di trattati come la CECA e poi soprattutto come il Trattato di Roma, i liberisti arrivarono alla conclusione che lo spazio europeo fosse tutt'altro che espressione di un intervento pubblico minimo. Di fronte a un'Europa che è tutt'altro che *demarchista*, mostrarono presto il loro disinteresse e anzi la loro ostilità» (p. 33)³. È più di recente che quella che si può definire ideologia neoliberale «ha definito l'orizzonte delle culture politiche europee, e a poco a poco ha conquistato anche la sinistra, che ha gradualmente trasformato la domanda di giustizia sociale in una questione di governabilità dei processi sociali e di efficienza economica» (p. 66). Almeno da Maastricht in poi, all'idea della

³ Vale la pena ricordare che la Comunità Economica Europea vede la luce solo in seguito e in ragione del fallimento del progetto della Comunità Europea di Difesa (CED). L'idea si deve soprattutto a Monnet e Pleven e avrebbe visto un significativo apporto da parte del governo De Gasperi, attraverso l'inserimento all'interno del progetto di trattato della CED dell'art. 38 che affidava all'Assemblea della CED un mandato precostituente, preludio alla stesura di un progetto di Statuto della Comunità Politica Europea. Per un'analisi approfondita circa l'importanza di questo passaggio storico si veda D. PREDA, *Storia di una speranza. La battaglia per la CED e la federazione europea*, Jaca Book, Milano, 1990, e S. BERTOZZI, *La Comunità europea di difesa: profili storici, istituzionali e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2003.

dimensione politica dell'integrazione europea si è sostituita l'idea della *governance*, una governamentalità sfilacciata che si alimenta di una serie di contraddizioni irrisolte.

Più frastagliato è il campo invece delle sinistre; l'autrice prende in considerazione la posizione della sinistra riformista, dei comunisti e dei liberalsocialisti, a partire dalla constatazione secondo cui «la storia del socialismo europeo non è una storia di internazionalismo ma semmai di difficoltà a incorporare gli ideali internazionalisti che pure dall'Ottocento avevano caratterizzato la sua cultura ideologica» (p. 39). Quando Antonio Fico domanda «Come si concilia questa storia, essenzialmente nazionale, con quella dell'integrazione europea?», Urbinati risponde che «le frontiere sono un problema serio per la sinistra. Storicamente la sinistra non ha davanti a sé il mondo, ma uno Stato» (p. 40). L'internazionalismo di Lenin nel 1914 e 1915, ad esempio, era un'idea fondata sull'internazionalismo della classe emancipatrice e non delle nazioni (pp. 41-42). In questo quadro viene brevemente ripercorsa l'idea di Europa fatta propria dal Partito Comunista Italiano: per un verso, «molti esponenti del Partito, tra questi in primo luogo Palmiro Togliatti, erano cresciuti nella tradizione stato-centrica di Vittorio Emanuele Orlando e più in generale nella tradizione della destra storica, che era decisamente centralista e antifederalista» (p. 43), e dunque quella dello Stato nazionale era la cornice entro cui costruire la lotta politica e scardinare il potere della classe dominante; per altro verso, dal '56 in poi, con i fatti d'Ungheria prima e con la politica antieuropea di De Gaulle in Francia⁴ poi, si assiste ad un parziale cambiamento di prospettiva nei confronti dell'Europa, per quanto si trattasse «di una posizione strumentale più che di conversione europeista» (p. 43). La vera svolta in questo contesto è data dal cosiddetto Eurocomunismo, a partire dalla convinzione di dover costruire un'egemonia nella società: «la nascita e la tenuta di un governo socialista era però possibile solo nel caso in cui una concreta solidarietà

⁴ De Gaulle aveva impedito la nascita dell'esercito sovranazionale.

europea ne scongiurasse l'isolamento. Ecco il disegno di Berlinguer: un governo nazionale socialista non poteva aversi senza una strategia europea» (p. 44). Questo mutamento di prospettiva si colloca però in un momento storico molto delicato, all'indomani degli accordi economici e monetari di Bretton Woods tra le potenze vincitrici della Seconda Guerra Mondiale. La terza delle tre tradizioni della storia della sinistra italiana analizzate da Urbinati, il liberal-socialismo, ha invece un rapporto con l'idea di Europa completamente diverso: «Spinelli nella sua versione utopistica – l'utopia di eguale libertà come condizione di pace continentale e nazionale – vide in questo binomio, Stato-nazione, il vero grande problema. Lo Stato – ragionava – ha una gestione assoluta della violenza e non consente strutture a lui superiori. La nazione, che è un'entità artificiale costruita per dare una base di legittimità democratica al governo rappresentativo, ha bisogno di essere ridefinita perché può portare ad una assolutizzazione di una visione etnica che genera intolleranza ed esclusione. Lo si era visto proprio con i totalitarismi» (p. 47). L'idea dunque è quella di una de-assolutizzazione dello Stato sovrano, nella cornice istituzionale di una struttura sovranazionale. Questa tradizione è più difficile da collocare nell'alveo di una storia partitica specifica ma «l'idea di un socialismo liberale è stata difesa da autori che hanno in maniera diversa contrassegnato la storia della Sinistra europea: per menzionarne solo i fondatori ideali, Carlo Rosselli in Italia, Leonard T. Hobhouse in Gran Bretagna, Franz Oppenheimer in Germania e Charles Renouvuer in Francia» (p. 47).

Questo resoconto del modo in cui l'idea di una creazione di un potere sovranazionale europeo è stata recepita da alcune delle principali tradizioni politiche serve all'autrice a dimostrare che «in quelle idee oltre ai semi dell'Europa che verrà, erano contenuti anche i limiti di questo grande progetto politico⁵», con le parole di Antonio Fico. Questo perché vi è sempre stata una discrasia, invero sempre poco sottolineata, tra la narrazione

⁵ A. FICO, *Introduzione*, in N. URBINATI, *Utopia Europa*, cit., 7.

politica, ideologica, perfino emotiva dell'idea di Europa da un lato e la sua faticosa concretizzazione dall'altro lato, fino a che questa discrasia a lungo celata è diventata evidente nell'immobilismo dei rappresentanti degli Stati proprio nel momento in cui il progetto europeo godeva di un altissimo consenso tra i cittadini – è il caso del «naufragio della Costituzione europea, sacrificata incredibilmente sull'altare di alcuni interessi nazionali⁶», fin dai lavori per la sua stesura. La discrasia è diventata dunque contraddizione antinomica ed inconciliabile.

La seconda parte del testo si confronta proprio con questa contraddizione e con le sue esplicitazioni: “la Costituzione bloccata”; “la crisi economica e l'Europa dell'emergenza”; “la grande migrazione”. Questi momenti di crisi sono riletti attraverso la chiave di lettura della contraddizione, che oppone egoismo nazionale e interesse generale europeo, e a partire dalla quale si snodano e si dipanano ulteriori contraddizioni e nuove fratture, sia sul piano istituzionale sia sul piano delle trasformazioni sociali – in questo senso la riflessione di *Utopia Europa* va accostata all'ultimo libro della medesima autrice, *Io, il Popolo. Come il populismo trasforma la democrazia* uscito per Il Mulino nell'anno corrente.

La chiave di lettura della contraddizione tra egoismo nazionale e interesse generale europeo spiega le dinamiche del “caso greco” e delle politiche del governo dell'emergenza, per un verso, ma anche le politiche securitarie messe in atto rispetto alla questione dei migranti, per altro verso. Vale la pena riportare un passo proposto da Urbinati rispetto a questo tema, in ragione dell'importanza che esso riveste oggi: «La chiusura dei confini segna un'antitesi rispetto all'Europa delle origini, che era nata proprio per superare la dimensione nazionalista. Suona come un tradimento dei principi che hanno animato la nascita dell'Unione fin dall'inizio, come abbiamo già detto. L'idea stessa di cittadinanza in chiave europea è un

⁶ *Ibidem.*

superamento della vecchia cittadinanza su base etnica, un nuovo confine che non è più separazione ma opportunità. Ma il paradosso è che oggi i confini dell'Europa sono gestiti secondo le politiche degli Stati, soprattutto quelli che si trovano, per caso, a condividere in parte le frontiere europee del continente» (p. 122). Ecco che quella che sin qui abbiamo chiamato contraddizione tra interesse nazionale e interesse comunitario, diventa subordinazione del secondo rispetto al primo, in una gerarchia di rapporti che cristallizza la resistenza della sovranità nazionale rispetto alla sovranità europea, plasticamente rappresentata dalla costruzione di muri.

In che senso allora parlare di utopia? Quella di Ventotene era un'utopia non intesa come immaginazione di un mondo irenico da realizzare in Europa, ma come una riconfigurazione radicale delle categorie giuridiche e politiche, a partire proprio da quella di sovranità: Spinelli non aveva in mente una nuova concettualizzazione dei rapporti tra gli individui in senso pluralistico e pacifico, ma una nuova strutturazione dei rapporti giuridico-politici tra gli attori "assoluti" al suo tempo, gli Stati. Quando Nadia Urbinati scrive che «il Manifesto di Ventotene è più realistico oggi di quanto non lo fosse nel 1940» (p. 119) si riferisce a quello che Bauman, attraverso la metafora dello spettro della sovranità vestfalica⁷, ha scritto a proposito del dogma del binomio inscindibile tra potere e territorio dello Stato: la sovranità assoluta dello Stato-nazione, costruita a partire da quel binomio, è quotidianamente sottoposta ad un processo di de-assolutizzazione da parte di altri poteri sovrani costitutivamente de-territorializzati – i mercati⁸, l'informazione, la criminalità organizzata, il

⁷ Z. BAUMAN, *Oltre le nazioni. L'Europa tra sovranità e solidarietà*, Laterza, Bari-Roma, 2012, nuova ristampa 2019, 10.

⁸ Scrive Bauman nell'apertura di questo libello che essi «si sono ormai arrogati (non senza la connivenza, l'approvazione e il tacito o esplicito sostegno dei poveri e impotenti governi degli Stati) il diritto di stabilire il confine tra ciò che è e non è realistico. E l'espressione "i mercati" non è altro che una forma abbreviata per indicare forze senza nome e senza volto che nessuno sa dove abitino: forze che nessuno ha eletto e nessuno è in grado di richiamare all'ordine, mettere in riga, limitare, controllare, guidare» (*ivi*, 4).

terrorismo internazionale, che né i muri né i porti chiusi possono fermare. L'idea di una sovranità multilivello che negli anni Quaranta e per i decenni successivi era utopistica – cioè irrealistica, in antitesi a ciò che può verosimilmente accadere –, oggi si configura nella dimensione del *qui ed ora* – e dunque non più nell'altrove – come un'opzione sul campo. Rispetto al modo in cui possiamo concettualizzare questa “utopia”, il presente si è sostituito al tempo lontano e il dominio della prassi, il terreno dell'agire ha preso il posto della sfera dell'immaginario e dell'irreale. Rimane tuttavia ancora in sospenso il modo in cui possiamo traslare questo processo dal piano della concettualizzazione al piano prasseologico ed è esattamente per questo che discutiamo di Utopia Europa.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

DOMENICO BILOTTI

**Il controllo giurisdizionale sulle leggi e gli ordinamenti
post-coloniali**

T. ROUX, *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review. A
Comparative Analysis*, Cambridge University Press,
Cambridge-New York, 2018

Il controllo giurisdizionale sulle leggi e gli ordinamenti post-coloniali

T. ROUX, *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2018

Il tema della *judicial review* si inserisce nel quadro ancora più ampio dei tipi e delle tecniche del controllo giurisdizionale sulle leggi e sugli altri atti eventualmente forniti della medesima efficacia.

Della questione è presente ben più che eco occasionale, del resto, anche nell'Assemblea costituente italiana, allorché i deputati comunisti e parte di quelli socialisti si spingevano a ritenere tendenzialmente pericolosa l'ipotesi del controllo di costituzionalità, dal momento che esso si sarebbe inserito – e con possibilità di incidervi e di incidervi – sul novero di atti deliberati dall'organo rappresentativo della volontà popolare. A distanza di alcuni decenni, oggi in Europa i partiti e le componenti delle opinioni pubbliche più vicini a istanze riformatrici sono contemporaneamente le soggettività organizzate più propense a rivendicare il controllo giurisdizionale sulle leggi, secondo parametri di legittimità costituzionale. Ciò implica in qualche misura un senso di relativa sfiducia nei confronti dei legislatori di nuova generazione e, conseguentemente, del corpo elettorale che li ha espressi; d'altra parte, e in positivo, si apprezza il tentativo di implementare l'attitudine della giustizia costituzionale a farsi garante della tutela di diritti non meramente demandabili alle dinamiche del consenso.

* Docente di Storia delle Religioni presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia, Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro.

Nei sistemi di *common law*, quali quelli cui a larghe linee guarda l’A., sia pure non dimenticando di sottolineare alcune diverse tipicità e prerogative, la forza propulsiva di una *judicial review* propriamente intesa si rafforza, fino alle ancora parzialmente inesplorate peculiarità del controllo costituzionale diffuso di derivazione statunitense, che va acquisendo un carattere ancor più dirompente nella dialettica non sempre armonica tra le diverse corti federali.

Il volume dell’A. ripercorre la genesi politica della *judicial review* prima con una breve ricostruzione teorica degli argomenti ad essa favorevoli e contrari, nelle prospettazioni dottrinali, e poi toccando alcuni ordinamenti di spiccata originalità. La griglia tipologica individuata prevede quattro sistemi quadro, adottando in realtà una classificazione che già empiricamente riscontrava qualche tipo di consenso tra gli studiosi. L’A. discerne sistemi in cui viga un legalismo democratico (un primato legislativo esercitato in un adeguato bilanciamento di poteri) o un legalismo autoritario (dove la maggior legittimazione politico-sociale del legislatore lo fa salvo dai rischi di una giurisdizione intransigente). Si distinguono poi uno “strumentalismo” democratico (laddove per strumentalismo si intende anche la possibilità di impugnare qualunque decisione dell’autorità pubblica secondo criteri funzionali individuati, come in parte fa la *Court of Session* scozzese) e uno “strumentalismo” autoritario (la misura autoritaria dell’azione giurisdizionale è, come per quella legislativa, data dall’arbitrarietà della decisione assunta attraverso il potere esercitato).

Il testo si concentra sul caso australiano, quello di provenienza dell’A., sull’India e sullo Zimbabwe. Ciò è indice di una particolare vitalità tematica, soprattutto in quell’ottica socio-culturale che Roux si intesta di voler confrontare coi meccanismi giuridici formali della proposizione del ricorso e dei suoi legittimati attivi. Per il caso australiano, i riferimenti sono alla letteratura già nota sul punto e non sembra gli spunti siano sempre del tutto originali, benché esposti in linguaggio brillante e, talvolta, corrosivo. Quello indiano e quello zimbabwese si dimostrano ben più interessanti,

perché la rilettura di un numero pur molto dosato di controversie tipiche, che hanno assunto vera e propria funzione di “precedente”, consente all’A. di rimarcare due aspetti sui quali si rischia di non riflettere sufficientemente. Non solo Roux dimostra che il mutamento della forma dello Stato è inevitabilmente connesso al corrispettivo mutamento della forma di controllo giurisdizionale sul potere pubblico, ma ci riconsegna ancor meglio un’analisi articolata nella quale il dibattito negli ex Stati coloniali immediatamente assurge al livello di conflitto politico e sociale, di regolazione dei rapporti tra l’ordine costituito e quello costituente(si).

Meno convincente l’ultima parte del volume, nella quale accanto ai modelli presentati analiticamente, si affiancano una decina di altri *case studies* privi di uno specifico filo conduttore, anche se senz’altro di peso in una trattazione comparatistica sull’istituto. Per tali ragioni, la corposa opera dell’A. merita attenzione, non fosse che per l’ulteriore profilo di voler sollevare, dentro un tema apparentemente consolidato, riflessioni nuove giungenti dalla storia costituzionale dei Paesi trattati nel saggio.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

DOMENICO BILOTTI

Condizione femminile e diritti confessionali

M. L. MARGOLISM, *Women in Fundamentalism: Modesty, Marriage and Motherhood*, Rowman & Littlefield, Lanham-Boulder-New York-London, 2019

DOMENICO BILOTTI*

Condizione femminile e diritti confessionali

M. L. MARGOLISM, *Women in Fundamentalism: Modesty, Marriage and Motherhood*, Rowman & Littlefield, Lanham-Boulder-New York-London, 2019

In modo talvolta caricaturale, ma non privo di una qualche specificità orientante, si è soliti mappare l'attuale sviluppo normativo della condizione femminile lungo un crinale netto tra culture che spingono alla segregazione fisica, per ragioni addotte di natura prevalentemente socio-religiosa, e culture che ampliano di molto lo spettro dei diritti esercitabili, pur sempre sottintendendo una specifica condizione di subordinazione sessuale e di genere.

Questa biforcazione non è del tutto validabile sul piano scientifico.

Anche le culture giuridiche che confinano la soggettività femminile in una dimensione meramente domestica possono avere nei confronti di essa forme di aggressione sessuale e all'opposto, nonostante molti divieti formali, riuscire benché raramente a valorizzare la partecipazione della donna in contesti specifici dell'agire civile (l'istruzione, la formazione, alcune attività economiche).

Le culture consumistiche, d'altra parte, certo ghettizzano la condizione femminile facendola destinataria, se non più di norme restrittive, di forme persino di propaganda chiaramente orientate a una mera considerazione erotica o commerciale. In esse, tuttavia, anche tenuto conto delle disparità persistenti, la capacità di esercizio dei diritti e del raggiungimento degli *status* si è di molto ampliata. Lo schematismo troppo

* Docente di Storia delle Religioni presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia, Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro.

rigido non funziona, poiché da una parte genera un lessico apparentemente universalistico mentre dall'altra non sa escludere il permanere di talune strutture afflittive, fisiche e simboliche, che si adattano semplicemente alle forme richieste dalla materialità dei rapporti sociali.

Il volume in commento evita di aderire a visioni così premasticate, peraltro inservibili al gius-comparatista, e, anzi, molto si premura di disinnescarle, perimetrarle e, se del caso, confutarle. Lo spettro tematico prescelto dall'A. è, del resto, di diversa natura. Non siamo in presenza di una generica considerazione su quale regime giuridico sia meglio espressivo della soggettività femminile (se un confessionalismo "illuminato", ma tendenzialmente paternalistico, o un liberalismo costituzionalmente fondato, sebbene di aggressive sperequazioni sociali).

L'A. si preoccupa piuttosto di descrivere – riuscendovi molto analiticamente – quanto le culture fondamentalistiche tutte, pur diversamente connotate in modo legale, economico e religioso, finiscano per attaccare la soggettività femminile, ledendone specifici diritti di libertà.

Appare particolarmente riuscita la sezione del volume dedicata alla storia del pregiudizio di genere nel fondamentalismo cristiano statunitense e nel "nuovo" ebraismo ortodosso che, come fanno sul piano esegetico tutti i fondamentalismi confessionali, dietro lo schermo di un tecnicamente inappagante letteralismo, impone in realtà nuovi limiti e nuove restrizioni.

Il testo merita di essere apprezzato, oltre che per la parte generale adeguatamente ricostruttiva, pure nei capitoli più evidentemente monografici, dove il focus tematico si stringe intorno al profilo degli usi riconosciuti e vigenti in Afghanistan. Senza ascendere mai al livello sistemico, che invero aiuta nel decodificare anche agli effetti pratici i rapporti giuridici tra i generi, l'A. ammette in quell'ordinamento l'esistenza di un tribalismo solo in parte riconducibile all'islamizzazione e che, anzi, al più le oligarchie islamiste radicali hanno inglobato al proprio interno, se e solo se esso fosse stato utile strumento per la rivendicazione dei propri temi e dispositivi.

Le sezioni più crude, ma anche meglio scritte dell'opera, sono dedicate alla considerazione della donna in termini meramente procreativi della prole e soddisfattivi della sessualità maschile (*broodmares*, "donne cavalla"). Questa concezione fa della omologa sessualità femminile uno strumento di piacere privato e, appena dopo, nella dimensione domestica, la custode necessariamente muta degli equilibri basati sulle regole dell'autorità maschile.

Questo schema di ragionamento si palesa allora come il procedimento argomentativo di ogni fondamentalismo che abbia ambito a concepire la soggettività femminile come radicalmente non indipendente, quasi che prima e dopo la sponsalità procreativa non possa esserci per le donne vera autonomia di statuto.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

DOMENICO BILOTTI

**Le radici ecclesiastiche e culturali della parentela
legale**

Y. MARGALIT, *Determining Legal Parentage: between Family
Law and Contract Law*, Cambridge University Press,
Cambridge-New York, 2019

DOMENICO BILOTTI *

Le radici ecclesiastiche e culturali della parentela legale

Y. MARGALIT, *Determining Legal Parentage: between Family Law and Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2019

I processi di significazione normativa delle relazioni familiari rappresentano da tempo uno dei più marcati luoghi di incontro tra i diritti civili e i diritti religiosi. Implicano un catalogo potenzialmente aperto di conseguenze effettuali molto incisive anche dal punto di vista patrimoniale (ad esempio, in materia successoria) e solidaristico-affettivo (ad esempio, i doveri di assistenza e persino la stessa nozione della convivenza *more uxorio*). La ricostruzione offerta da Yehekzel Margalit si interessa marginalmente, e forse in errore, al divenire storico dei diritti di famiglia nei diversi ordinamenti e, perciò, appare cogliere meno adeguatamente le implicazioni legali sistematiche insite nell'adottare una nozione non esclusivamente antropologica di genitorialità in luogo di un'altra.

La tradizione storico-giuridica del diritto continentale ha elaborato intorno alla nozione della parentela la maggior parte dei propri istituti relativi agli *status personae*, a cominciare dal diritto matrimoniale. In esso la disciplina degli impedimenti a contrarre era nata proprio per limitare le ipotesi di sposalizio tra consanguinei, che fino a tutta la cristianità medievale erano particolarmente diffuse, in primo luogo nelle famiglie di più elevato lignaggio sociale. Una nozione restrittiva della parentela corrispondeva a una società più chiusa, di relazioni giuridiche intersoggettive che obbedivano a canoni predeterminati di conservazione dell'unità socio-economica sotto la specie dell'unità familiare. Impedire il

* Docente di Storia delle Religioni presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia, Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro.

coniugio entro certi gradi di parentela – il cui computo meriterebbe specifica trattazione, in ragione della molteplicità di ipotesi ricostruttive avvicendatesi nelle diverse regolamentazioni civilistiche europee, e non solo – rappresentò una forma di mobilitazione delle relazioni sociali, prima ancora che di quelle affettive.

Il volume in oggetto preferisce concentrarsi su due elementi di evidente modernizzazione e modificazione delle categorie tradizionali del diritto di famiglia. In particolar modo, le più cospicue sezioni del testo riguardano le (ART), le tecnologie assistite di riproduzione, e il DLPBA (il determinare per accordo *inter partes* il grado della parentela legale e, *a monte*, i presupposti oggettivi e soggettiva della qualifica di genitore).

Le nozioni così elaborate sollecitano effettivamente l'interesse dell'operatore, ma è forse troppo complesso pensare di metterle a valore in un diritto quale quello italiano. Da un lato le ART, per come intese dall'A., sembrano implicare una nozione tecno-scientifica persino più ampia, rispetto a quella, già di non sempre agevole determinabilità normativa, delle pratiche di "pma" (procreazione medicalmente assistita) accolte nella ormai frammentaria e rimodulata legislazione vigente.

D'altra parte, non si rivela del tutto convincente nemmeno l'opzione preferenziale per una determinazione consensualistica, tutta rimessa alla disponibilità delle volizioni di parte, dei rapporti genitoriali e parentali.

Sul piano redazionale, gli spunti così raccolti risentono forse del risultare primo tentativo di antologizzazione dei tanti contributi scientifici proposti sul tema dell'A. nell'ultimo decennio, ma non può essere disconosciuto alla ampia dissertazione di fare costante riferimento non solo all'evoluzione tecnica degli scenari biomedici, bensì pure al mutevole quadro degli andamenti giurisprudenziali negli ordinamenti di *common law*, soprattutto sul fronte dei diritti e dei doveri sorgenti nel rapporto tra la genitorialità e la prole.

In conclusione, il lavoro è di particolare pregio per chi volesse meglio inquadrare le relazioni (ancora lungi dall'essere integralmente dispiegate)

tra il diritto e la medicina, in un territorio che a lungo la scienza giuridica aveva voluto far salvo dall'eccesso di pretesa regolativa statale – in Italia, ad esempio, nell'opera del giurista Arturo Carlo Jemolo. Alla tesi di una determinazione prettamente consensualistica della genitorialità, tuttavia, può obiettarsi di dovere meglio precisare le circostanze in cui l'individuazione della medesima, prescindendo dal dato biologico e da quello educativo-sociale, implichi in ultima analisi un'asimmetria netta, anche in termini di capacità giuridica e d'agire, tra chi nasce e chi procrea, tra chi si forma e chi educa.