



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2017

FASCICOLO 1

Giugno 2017

Indice

| | |
|---|---------|
| MASSIMO LA TORRE, <i>Editoriale</i> | pag. 4 |
| ALESSANDRO MORELLI - ANDREA PORCIELLO, <i>Presentazione</i> | pag. 12 |

Saggi

| | |
|---|----------|
| VIKTORIYA SERZHANOVA, <i>Constitutional Justice in Poland. Selected Issues in a Comparative Perspective</i> | pag. 16 |
| FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, <i>El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias</i> | pag. 43 |
| VITTORIO DANIELE, <i>Paradisi fiscali e globalizzazione. Note su La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali, di G. Zucman</i> | pag. 59 |
| JOSH WESTON, <i>A Ban Behind Bars: A Critical Analysis of Britain's Blanket Ban on Prisoner Voting</i> | pag. 67 |
| VALENTINA AMANTEA, <i>Il caso Contrada: l'interpretazione della Corte EDU era prevedibile?</i> | pag. 124 |
| ANTONELLA BONGARZONE, <i>Un giurista dinanzi alla questione minorile nell'Italia liberale: Lino Ferriani (1852-1921)</i> | pag. 154 |
| LUIGI MARINO, <i>La tutela del clima e il ruolo delle convenzioni internazionali</i> | pag. 175 |

Discussione

| | |
|--|----------|
| MASSIMO LA TORRE, <i>Una legge contro la tortura?</i> | pag. 216 |
| CLAUDIA ATZENI, <i>Brevi riflessioni su un autore controverso a partire da J. F. Kervégan, Che fare di Carl Schmitt?</i> | pag. 221 |
| JEAN-YVES CHÉROT, <i>Le scepticisme dans le discours normatif</i> | pag. 235 |
| MARINA L. DAVYDOVA, <i>The philosophy of law in modern Russia</i> | pag. 259 |

ELISABETTA ERRIGO, *Cooperazione decentrata e diritto alla salute: lotta alla mortalità infantile e tutela della salute materna* pag. 276

MARJANE ORSI HILA, *Dallo scontro all'incontro: la mediazione penale minorile tra tutela e auto responsabilizzazione del minore* pag. 300

JESSICA MAZZUCA, *Il diritto di ascolto del minore. Aspetti teorici e profili giuridici* pag. 327

FEDERICA NANCI, *Il fenomeno dell'evergreening tra diritto alla salute e copertura brevettuale dei farmaci* pag. 355

Cronache

CLAUDIA ATZENI – LEONARDO MELLACE, *“Brexit. Ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?”*, Roma, Università degli studi “La Sapienza”, Centro Congressi, 23/06/2017 pag. 392

Recensioni

ANTONINO CINTORINO, *Il costituzionalismo garantista e le aporie della democrazia e della politica italiana*, L. Ferrajoli: *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis* pag. 399

IVAN VALIA, *Una riflessione su sicurezza e libertà*, M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo* pag. 406

Forum

LUIGI MARIANO GUZZO (a cura di), *Tra Costituzione, diritto e politica*. Con contributi di: PAOLO BECCHI, NICOLA COLAIANNI, MASSIMO LA TORRE, ANTONINO MANTINEO, ANTONIO RUGGERI, ANTONINO SPADARO pag. 418



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

MASSIMO LA TORRE

Editoriale

Editoriale

Il 2017 è stato, è e ancora sarà anno di elezioni in Europa. Dopo il Brexit e la spallata che questo ha significato per il progetto di integrazione europea una serie di appuntamenti elettorali sono visti e usati tutti come momenti nei quali si ripropone la questione del consenso dei paesi membri verso l'Unione Europea. E' stato così nel caso olandese dove il partito xenofobo di Geert Wilders non è riuscito a sfondare, e un risultato simile abbiamo visto in Francia, dove la vittoria di Macron ha fermato quella che sembrava l'avanzata invincibile del *Front National*. Eppure c'è poco spazio per l'entusiasmo e le celebrazioni, nonostante qualche poco saggia celebrazione di Macron come il salvatore dell'Europa e il nuovo uomo di stato capace di rilanciare il progetto europeo. Nel recentissimo appuntamento elettorale britannico, nel quale il primo ministro conservatore intendeva cogliere i frutti del suo corso dato al Brexit, le cose le si sono complicate, e il verdetto delle urne è stato di sfiduciare una scelta chiaramente opportunistica. Verranno a settembre le elezioni federali tedesche, senza parlare di un certo profumo preelettorale che già si respira in Italia.

In questa congiuntura piena di incertezze si è riproposto con forza il tema (e la critica) del "populismo". Che molta stampa ci dipinge come il nuovo spettro che si aggira per l'Europa, mettendone a rischio il progetto di civilizzazione depositatosi nelle istituzioni sovranazionali dell'Unione Europea. Ma che sarà poi questo "populismo"? Di che stiamo parlando? Invero, è tutt'altro che chiaro. Populista sarebbe la lega Nord in Italia, e ancora il *Movimento Cinque Stelle*, ma non il partito di Berlusconi. In

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

Francia populista è Marine Le Pen, ed anche Mélenchon, il quale pure verso Marine è tutt'altro che tenero e ne rappresenta l'alternativa speculare. In Spagna si tratterebbe di *Podemos*, ma non del *Partido Popular*. E in Germania dell'attributo di populista si potrebbe fregiare l'inquietante *Alternative für Deutschland*. Si utilizza allora questa etichetta con certa generosità, al di là della ricerca della precisione.

Chi sarebbe allora secondo quest'uso "populista"? Sembrerebbe a prima vista ogni formazione che si presenta come alternativa ai partiti tradizionali, a quei partiti in cui si tramanda e si riproduce l'élite politica del paese da decenni, sia questa fissata nel partito socialista francese, o nella *SPD* tedesca, o nel *Partido Popular* spagnolo, o infine nel nostrano *Partito democratico*. Ma perché un tale fenomeno dovrebbe essere considerato negativo? Perché "populismo" costituirebbe un appellativo dispregiativo? Si potrebbe dire che i partiti "populisti" sono tali perché appellano alla "pancia" dell'elettorato. Ma come criticarli? Soprattutto se la "pancia" dei cittadini da qualche anno deve stringere la cinghia, e gli appetiti si riducono alla ricerca di un lavoro a tempo indeterminato e d'un salario che non supera i mille euro mensili, o d'una pensione che non si riduca sotto i cinquecento di euro. Scompaiono la classe operaia e il ceto medio, ci dice l'ISTAT. Rimangono quasi solo da un lato i "poveretti", chi sbarca il lunario, chi si arrangia, e dall'altro le "grandi fortune" o il "grand commis". Come criticare allora chi pensa con la pancia, se questa è vuota? Perché prendersela con chi difende il proprio status sociale, una volta dignitoso, se questo ora si sgretola a tutta velocità?

Ma, si potrebbe ancora dire, "populisti" sono quei partiti che fanno appello ai sentimenti più "bassi", e meno nobili, della popolazione. Ma è proprio così? E' questo il caso per esempio di *Podemos*, che raccomanda una generosa politica d'accoglienza verso i rifugiati? Non sarà allora piuttosto populista il Partito conservatore di Cameron, di Boris Johnson e di Theresa May? "Populista", qualche altro dirà, è chi si oppone alla globalizzazione e riuole il protezionismo. Ma forse che la

“globalizzazione” la possiamo ricevere come un destino ineluttabile? E’ giusto e ragionevole che fabbriche e capitali si muovano da un paese all’altro senza tenere conto della comunità e del lavoro che li hanno alimentati? Possiamo consumare la carne cinese senza controlli sanitari? E comprare i loro giocattoli senza controlli che ne assicurino la sicurezza per i nostri bambini? E possiamo accettare che le nostre camicie e i nostri jeans, sempre meno cari, siano prodotti in qualche *sweetshop* della Manciuria con turni di lavoro di 12 ore, e con salari di fame, e in condizioni di semi-schiavitù? Parliamo tanto di diritti umani, ma questi non valgono forse anche dinanzi alle sorti progressive del mercato globalizzato?

E poi un po’ di protezionismo c’è sempre, *ça va sans parler*, tranne a non voler ripetere gli *exploits* della guerra dell’oppio con cui la Gran Bretagna forzava l’accesso del proprio commercio ai porti cinesi. Basterebbe leggersi *The Great Transformation* di Karl Polanyi, un libro oggi più attuale che mai, per capire cosa ha significato il dogma radicale del *free trade* nell’Inghilterra di fine Settecento e nella formazione, a lacrime e sangue, dei mercati capitalistici. Polanyi ci ricorda che il capitalismo si dà a tre condizioni, che il lavoro sia considerato e trattato come una merce, che dunque ci sia un “mercato” del lavoro, cosa tutt’altro che ovvia fino ad un paio di secoli addietro, che ci sia il “libero commercio”, che noi oggi chiameremmo “globalizzazione”, dunque la fine della protezione di ambiti locali di commercio, e di commerci regolati da dazi, tariffe e controlli sulle merci, e poi che ci sia uno standard fisso per il valore dato alla moneta di corso, una volta rigidamente l’oro, il “golden standard”, oggi potremmo dire *mutatis mutandis* l’aggancio all’Euro, almeno per quel che ci riguarda. Tre cose, tre condizioni, che oggi si danno in termini radicali, e che sono radicalmente rivendicate dall’ideologia dello spirito del tempo. (Il mercato da luogo dello scambio di equivalenti, com’è ancora per Adam Smith, viene ridefinito come meccanismo di concorrenza da Müller-Arnack, Erhard, e compagnia). Seppure si accettasse che la propria vita, la stessa *condicio humana*, ogni nostra esperienza

esistenziale, debba essere riformata e ritagliata come una “impresa individuale” (secondo il consiglio dell’ordoliberal Röpke), come si farà a reggere la competizione al ribasso con il lavoratore (imprenditore) cinese o nigeriano? Sarà forse dunque che “populista” è chi si oppone al *Washington Consensus*, ovvero allo *Zeitgeist* delle dislocazioni e del lavoro “flessibile”?

In realtà – come ha detto bene Giuliano Amato in un’intervista al Corriere della Sera del 12 giugno scorso – il “populismo”, vale a dire la rivolta più o meno razionale ed ordinata alle politiche neoliberali portate avanti in un trentennio, è il risultato di “un fallimento politico di proporzioni storiche”. Che Amato individua nell’abbandono delle politiche socialdemocratiche di governo dell’economia, in una prospettiva – negli anni Novanta condivisa dallo stesso Amato – per cui si sosteneva che “ormai era la politica della concorrenza l’unica politica industriale che ci serviva”.

E tuttavia nei media più accreditati non cessa di ripetersi imperterrita, tenace, martellante, una narrativa che tesse le lodi della globalizzazione, e che equipara il controllo sulle merci, che è per certi versi inevitabile o almeno del tutto plausibile (si pensi ai controlli sanitari sugli alimenti importati), che equipara il controllo sulle merci – dicevo – al controllo sulle persone che passano da un paese all’altro, anche questo abbastanza ovvio nelle condizioni di insicurezza internazionale che viviamo. La globalizzazione dei capitali, le triangolazioni di denaro tra Londra, Wall Street e le Bahamas, le si equipara ai movimenti migratori di quanti sono alla ricerca di una vita migliore. Ma si tratta di cose ben distinte, il cui impatto morale va diversificato. D’altra parte si può ben avere una globalizzazione di capitali e di merci senza il libero movimento delle persone, come vuole e pretende il Regno Unito nella sua trattativa con l’Unione Europea: capitali senza frontiere, che varrebbero solo per le persone, per gli umani ai quali non si estende il diritto alla libera circolazione.

La globalizzazione allora non significa necessariamente, e forse nemmeno generalmente, “per lo più” (secondo la formula aristotelica), ampliamento e generalizzazione di diritti. Qui il liberalismo economico nuovamente si scontra col liberalismo politico. E questa contraddizione, evidente, eclatante, per chi la fa valere, non può giustificare l'accusa di “populismo”. Che rimane dunque un'etichetta abbastanza gratuita, tendenzialmente ideologica, quasi una cortina di fumo che ci impedisce di valutare il presente. Così che la reazione può essere di criticare col liberalismo economico anche quello politico, di farne di un'erba un fascio. Si possono allora sottovalutare i “diritti”, anzi ricominciare a guardarli un po' di sbieco. Sarebbero questi “insaziabili”, “egoisti”, “sopraffattori”, omologatori di differenze e di valori fondamentali che costituiscono l'identità delle culture. I diritti renderebbero tutto “liquido”, oppure “piatto”.

Ora, in parte questa critica è giustificata, se si prendono in considerazione i diritti patrimoniali, il diritto “terribile” (parola di Beccaria) della proprietà e quell'altro dell'iniziativa privata (ultimamente sancito nella carta di Nizza). Il timore sui diritti può condividersi, se di essi si fanno dispositivi utilitaristici, “precetti di ottimizzazione”, che si applicano non deduttivamente, o secondo criteri deontologici, ma in maniera del tutto pragmatica, come ci spinge a fare la scuola di “law and economics”, e anche a malincuore, o forse suo malgrado, lo stesso Robert Alexy con la centralità (un po' ossessiva, invero) ch'egli concede nel ragionamento giuridico al bilanciamento ed al principio di proporzionalità. Qui il diritto è malleabile, si espande e si ritrae, secondo considerazioni di ottimalità consequenzialistica rimesse fondamentalmente alla discrezione del giudice. Questo diventa il protagonista di un'esperienza giuridica ritagliata essenzialmente come *Privatrechtsgesellschaft*, “società di diritto privato”, alla maniera di quanto hanno concepito e raccomandato (ed in buona sostanza conseguito) Hayek, Bruno Leoni, e gli Ordoliberali tedeschi.

Ma questa narrativa e questa dottrina dei diritti può contestarsi. Da noi lo ha fatto intelligentemente Luigi Ferrajoli. A poco vale riprendere a scagliarsi *in toto* contro la nozione di diritto soggettivo, come per esempio propone recentemente un filosofo come Christoph Menke che in Germania ha appena pubblicato una post-marxista, poderosa, e “furiosa” (lo dice Christoph Moellers) *Kritik der Rechte* (Suhrkamp, Frankfurt am Main 2016). Se ci tolgono i diritti, ci restano doveri e calcolo prudenziale, entrambi ragioni per agire le quali difficilmente potranno fondare una robusta modernità normativa, la “Zerrissenheit”, la “divisività”, che piace a Menke, e quel più giusto contratto sociale tra cittadini che ci aspetteremmo dallo Stato sociale e dall’Unione Europea.

Contro i diritti esercita la sua critica anche Gustavo Zagrebelsky in un saggio fresco di stampa, *Diritti per forza* (Einaudi, Torino 2017). Il costituzionalista torinese riprende la tesi di Simone Weil per la quale bisogna ripartire dai doveri al fine di ricostruire il “radicamento”, l’“enracinement”, sconvolto da una modernità tutta economicistica. E non gli si può dar troppo torto, se il “radicamento” è inteso innanzitutto come esperienza morale. Ché la morale è esperienza del “limite”, dunque dell’obbligo, del dovere, della soglia invalicabile, e non può darsi *ab origine* come sentimento del diritto e tantomeno come pretesa di questo. Il cartesianismo normativo dell’“Io voglio, ed agisco, dunque ho diritti”, ripreso dalla teoria morale per esempio di Alan Gewirth non funziona. Non riesce a costruire il ponte con l’altro da me che è necessario perché possa aversi il punto di vista morale. L’universalizzabilità dei diritti presuppone una certa empatia tra i vari loro detentori. E questa non si dà dalla prospettiva meramente monologica dell’“Io voglio”: o secondo l’ottica assolutistica del consumatore dell’“Il est mon plaisir”.

Altra cosa però è lo spazio della politica e del diritto, dove l’esperienza morale del *limite* si traduce intersoggettivamente nel riconoscimento del diritto *altrui*. La sfera pubblica produce e garantisce simpatia ed empatia. Il *mio* dovere si fa diritto *dell’altro*. Soprattutto

allorché mi proietto in uno spazio discorsivo segnato dal dare ed ascoltare ragioni. Qui il ricorso ai diritti risulta inaggirabile, ineliminabile.

Senza diritti, ma con doveri e calcolo prudenziale non opereremmo più nello spazio del discorso tra uguali e della cittadinanza. Anzi, se ci priviamo dei diritti, e quello spazio ancora anche se minimamente attraversiamo ed usiamo, ne possiamo accelerare la decadenza. La critica del presente, del declino dello spazio pubblico, si farebbe allora motivo di una sua triste riconfermata proiezione nel futuro.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

ALESSANDRO MORELLI – ANDREA PORCIELLO

Presentazione

Presentazione

Se c'è un termine che più di altri sembra adatto a descrivere il nostro tempo è “incertezza”: è molto difficile, anche per gli economisti ed i politologi più esperti, fare previsioni su quello che avverrà negli anni a venire, su quelle che saranno le condizioni di vita dei nostri figli e delle generazioni future. Quel che è certo è che qualcosa (anzi, più di qualcosa) non ha funzionato, innanzitutto nella politica.

L'allarme climatico, di cui si parla ormai da più di trent'anni, è una realtà: la salute del nostro pianeta è compromessa, secondo alcuni in modo irreparabile. Ma ancora il sistema economico occidentale non intende bilanciare in modo serio le ragioni della produzione e dello sviluppo del capitale con i danni ambientali che invariabilmente ad essi si accompagnano. I blandi richiami che la normativa europea fa al principio di precauzione sembrano del tutto insufficienti a fronteggiare una situazione come quella che si presenta oggi ai nostri occhi: mai come quest'anno il mare Artico è stato così privo di ghiaccio, a tal punto che molti studiosi hanno parlato di un vero e proprio “punto di non ritorno” (in pochissimo tempo è scomparsa una superficie di ghiaccio grande almeno cinque volte l'Italia), per non parlare dei gravissimi danni alla salute e del business economico che ad essi si accompagnano.

Il paradosso è che questa corsa all' “arricchimento a tutti i costi”, che sta distruggendo l'ambiente e compromettendo il clima,

* Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Associato di Filosofia del diritto presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

non sta al contempo creando condizioni economiche individuali compatibili con una pur vaga idea di equa distribuzione delle risorse: il reddito di circa 85 persone equivale a quello di metà della popolazione più povera del mondo e circa metà della ricchezza è detenuta dall'1% della popolazione mondiale. E anche ragionando in termini localistici, la situazione appare altrettanto allarmante: in Italia ci sono circa 5 milioni di persone che vivono (si fa per dire) in condizione di povertà assoluta.

E poi ci sono i migranti, quelli che concludono il proprio viaggio della speranza sul fondo del mar mediterraneo e quelli che popolano i tanti centri di accoglienza (sempre più simili a dei lager), i ghetti delle nostre periferie e i campi di lavoro in cui vigono le dure leggi del caporalato. E mentre l'Italia è "costretta" ad accoglierli, l'Europa si gira dall'altra parte, come se non avesse responsabilità alcuna nella povertà e nell'instabilità politica del continente africano, la nostra bella e selvaggia colonia fino a pochi decenni fa!

Tutto ciò, e molto altro ancora, spiega la critica che molti giuristi indirizzano all'utilizzo indiscriminato che negli ultimi anni si è fatto della nozione di "diritto soggettivo", un'entità priva di limiti, capace di creare vere e proprie aree di impunità in cui tutto diviene lecito: distruggere l'ambiente, privatizzare le risorse, affamare intere popolazioni, sottomettere altri esseri umani. È a partire dai doveri che, ad esempio secondo Zabrelesky, bisogna ricostruire i rapporti giuridici in modo sano e rispettoso della dignità individuale. Di questo avviso non è Massimo La Torre che proprio nell'Editoriale con cui si apre il presente numero della nostra rivista efficacemente sottolinea che "senza diritti, ma con doveri e calcolo prudenziale non opereremmo più nel discorso tra uguali e della cittadinanza".

Molti dei temi a cui si è fatto accenno trovano sviluppo in alcuni degli articoli del primo numero del 2017 di Ordines: la

questione climatica (Marino), la cattiva distribuzione delle risorse e i paradisi fiscali (Daniele), l'incertezza della giustizia costituzionale (Serzhanova), la salute e le multinazionali del farmaco (Nanci ed Errigo). A questi studi relativi a problemi politici ed economici concreti, si aggiungono quelli più squisitamente teorici: sul discorso normativo (Cherot), sulla questione della tortura (La Torre), sul senso morale dell'impero della legge (Ansuategui Roig), sulla filosofia del diritto in Russia (Davydova), e sulla proposta teorica del controverso giurista tedesco Carl Schmitt (Atzeni). Altra questione ricorrente nel numero è quella della condizione del minore, dal punto di vista del diritto penale (Orsi Hilla), da quello teorico argomentativo (Mazzuca), e da quello storico (Bongarzone). Completano il numero uno studio sul caso Contrada (Amantea) ed uno sul diritto di voto in Inghilterra (Weston).

Le recensioni di questo numero di *Ordines* hanno ad oggetto il recente volume di Mauro Barberis dedicato al rapporto tra sicurezza e libertà (Valia) ed il volume di Luigi Ferrajoli in cui l'autore torinese dialoga con Mauro Barberis a proposito di diritti e garanzie (Cintorino).

Infine, nella sezione "Forum della Rivista", Becchi, Colaianni, La Torre, Mantineo, Ruggeri e Spadaro rispondono ad alcune domande sul tema "Costituzione, diritto e politica".



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

VIKTORIYA SERZHANOVA

Constitutional Justice in Poland.

Selected Issues in a Comparative Perspective

ABSTRACT- The hereby paper aims at presenting some reflections over the selected issues connected with the Constitutional justice in Poland. In particular, it focuses on the activity of the Polish Constitutional Tribunal in the field of protecting the Constitution and controlling the constitutionality of law. These issues are analyzed in the context of the essence of the abovementioned concepts as the most important guarantees of observing the Constitution, as well as in the lights of the models commonly implemented in this area in order to exercise this task. The subject of the paper covers the analysis of the notion of protecting the constitution, deriving its origin, discussing the existing models of its realization and reviewing the outline of one of them which has been implemented on the Polish ground. Moreover, it also analyzes the concept, essence and origin of the institution of a constitutional complaint which aim is protecting the constitutionally guaranteed fundamental human rights and freedoms. The work discusses its model and scope applied in Poland and the basic principles of the proceedings of its examining anticipated by law on the basis of the Constitution of the Republic of Poland and conducted by the Polish Constitutional Tribunal.

KEYWORDS- constitutional justice, constitutional court, control of the constitutionality of law.

Constitutional Justice in Poland. Selected Issues in a Comparative Perspective**

SOMMARIO: *1. Introduction – 2. The Essence and Genesis of the Idea of Protecting the Constitution – 3. Models of the Law Constitutionality Control – 4. A Model of the Constitutionality Control Implemented in Poland – 5. The Concept and Scope of a Constitutional Complaint – 6. Proceedings in the Matter of a Constitutional Complaint – 7. Conclusions.*

1. Introduction

The problem of protecting the constitution is a considerably essential area of a modern democratic legal state's functioning, for guaranteeing conformity of the binding laws with the constitutional provisions is one of the most important objectives which contemporary states endeavour to reach. Among the mechanisms provided to ensure the effective realization of this goal are the constitutional guarantees, with the guarantees of the conformity of laws with the constitution and the guarantees of the fundamental rights and freedoms of men and citizens in them¹.

The problem of constitutional guarantees has an essential practical relevance. It is connected with the question of what social, political and legal instruments and remedies are to be used in order to guarantee the

* Head of the Chair of Government and Politics of the European States Faculty of Law and Administration, University of Rzeszow

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ In the Polish constitutional law doctrine the guarantees of the conformity of laws with the constitution are divided into direct, indirect, substantial, procedural, etc. This substance is competently analysed by B. BANASZAK, *Prawo konstytucyjne (Constitutional Law)*, Warszawa 2008, 104-105.

implementation of the content of the basic law text. Among the constitutional guarantees, comprehended as the entirety of factors and legal institutes serving to materialize its provisions, the first place is occupied by the institutional and legal guarantees, in other words, state authorities created especially for this purpose. This factor mainly consists in creating organizational frames, appointing relative state authorities and constructing institutions and procedures which are supposed to prevent 'melting' of the constitutional provisions in the ocean of norms contained in ordinary laws. In contemporary democratic states of fundamental significance in this field are constitutional courts, being quasi-court judicial authorities created particularly for the purpose of preserving the supremacy of the constitutional provisions by way of examining the compatibility of the norms contained in laws and under-law legal acts with them. An essential part is also played here by other state authorities: e.g. Ombudsmen, as well as different institutions and procedures, like for instance a constitutional complaint and the proceedings of its considering².

One cannot also underestimate the significance of the guarantees of rights and freedoms of men and citizens, comprehended as the entirety of legal institutions aiming at materializing constitutional rights and freedoms, first and foremost legal guarantees among them, of course. A characteristic feature of a contemporary democratic state is that, besides the institutional legal guarantees of the national law, an essential part is also played by the ones of the international and supranational nature. These guarantees consist of the substantial legal norms, containing both principles and legal institutions which are to ensure rights and freedoms of men and citizens. There are also certain principles and procedures, among others: openness of the proceedings, public pronouncing of a sentence, the right to a fair trial, the right of defence, etc. In the national law they are:

² See A. REDELBACH, *Skarga konstytucyjna w systemie ochrony praw człowieka w Polsce (A Constitutional Complaint in the System of Human Rights Protection in Poland)*, in *Palestra*, 11/1997, 40 ss.

independency and autonomy of courts, the Ombudsman's activity, electoral protest, as well as control of the constitutionality of law and a constitutional complaint. Supplemental to the national guarantees are foreign institutions and procedures. Among them there are supranational and international courts: the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights, the International Criminal Court, etc.

The activity of constitutional courts, with the Polish Constitutional Tribunal among them, is connected with the protection of the constitution, strictly comprehended as the control of the constitutionality of law³, which consists in adjudicating on the conformity of laws and other legal acts with the constitution. Besides the abovementioned, the competences of the discussed authorities are usually determined much wider. Therefore, traditional tasks of the constitutional courts in the scope of preserving the constitution are also as follows: supervision of the activities of political parties, with judging on the admissibility of their dissolution (e.g. in Germany); settling the competency disputes between the supreme state authorities, the central state authorities, as well as between the central and local state and self-government bodies; examining constitutional complaints, being an extremely essential instrument of preserving the fundamental rights and freedoms of men and citizens guaranteed in the constitution. The constitutional courts or similar authorities can also be empowered to exercise a function of referenda supervision and announcing their results, to guard the correct running of the presidential elections (e.g. the Constitutional Council in France), to consider the charges put by the parliament towards the head of state and members of the government (e.g. in Italy).

The hereby paper aims at analyzing the main issues of the activity of

³ Extendedly on the control of the constitutionality of law see L. BOSEK, M. WILD, *Kontrola konstytucyjności prawa (Control of the Constitutionality of Law)*, Warszawa 2014, *passim*; A. KUSTRA, *Kontrola konstytucyjności całej ustawy (Control of the Constitutionality of the Whole Law)*, in *Przegląd Sejmowy*, 2/2012.

the Constitutional Tribunal in Poland in the field of protecting the Constitution through controlling the constitutionality of legal acts, as well in the area of the human rights protection, which is directly connected with the protection of the Constitution, too. In particular, its objective is related to the detailed analysis of the centralized model of protecting the Constitution implemented in Poland, as well as the institute of a constitutional complaint or, in other words, an individual review as it is also sometimes called in the doctrine, and the procedure of its examining on the ground of the Polish legal order, which seems to be one of the most important guarantees of observing the Constitution. The subject of the lecture will cover: the analysis of the concept and essence of protecting the constitution and controlling the constitutionality of law, their models commonly known and applied in the world, confronting them with the one introduced in Poland, as well as the institute of a constitutional complaint, which aim is protecting the constitutionally guaranteed fundamental human rights and freedoms. Moreover, the subject of the lecture will concentrate on deriving the institute's origin, discussing the model and its range applied in Poland, as well as the basic principles of the proceedings of its examining stipulated by law on the basis of the Constitution of the Republic of Poland and conducted by the Polish Constitutional Tribunal. The conclusion also contains a not less significant element of the hereby deliberations, which is an effort to estimate the effectiveness of such a model of protecting the basic law, with the model of a constitutional complaint in particular – in the whole human rights protection area, especially in the lights of the experience gained during the three decades' activity of the Tribunal and the two decades' practice of the constitutional complaint's functioning in the Polish legal order.

2. *The Essence and Genesis of the Idea of Protecting the Constitution*

The problem of protecting the constitution exists there and then, where and when the primacy of the constitutional norms in the system of legal sources is recognized. Historically, it is connected with the appearance of written constitutions, because it is easier to confront such a basic law with other legal norms, it gives a larger sense of its dominance over the law created in a usual procedure, as well as the stability of the whole legal system. Generally saying, protection of the constitution consists in creating legal mechanisms removing the incompatibility of laws with the constitution and of lower legal acts with laws. Strictly understood protection of the constitution can be considered only when there exists a non-parliamentarian authority created specially in order to realize this objective⁴.

Among the objectives most frequently put in front of the institutions appointed to protect the constitution there are: strengthening the role of the basic law in the process of law enactment and application, endeavouring to the effective preservation of the constitutionally guaranteed rights and

⁴ Protection of the constitution and constitutional courts are acutely discussed by B. BANASZAK, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych (Comparative Constitutional Law of the Contemporary Democratic States)*, ed. 3, Warszawa 2012, 444 ss. See also W. MOJSKI, *Kilka uwag o przedmiocie i funkcjach kontroli konstytucyjności prawa w Polsce (Several Reflections about the Subject and Functions of the Control of the Constitutionality of Law in Poland)*, in *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2-3/2010, 281 ss.

Among the newest works it is worth reaching for: W. PŁOWIEC, *Przepis prawny i norma prawna jako przedmiot kontroli Trybunału Konstytucyjnego (A Legal Provision and a Legal Norm as the Subject of the Control of the Constitutional Tribunal)*, in *Państwo i Prawo*, 1/2017, 36-53; R.M. MAŁAJNY, *Trybunał Konstytucyjny jako strażnik Konstytucji (The Constitutional Tribunal as a Guard of the Constitution)*, in *Państwo i Prawo*, 10/2016, 5-22; ID, *Legitymacja sądownictwa konstytucyjnego (Legitimation of the Constitutional Judiciary)*, in *Państwo i Prawo*, 10/2015, 5-21; L. GARLICKI, *Niekonstytucyjność: formy, skutki, procedury (Unconstitutionality: Forms, Effects, Procedures)*, in *Państwo i Prawo*, 9/2016, 3-20.

freedoms and their organization, as well as ensuring a desired balance between the legislative and executive powers⁵.

The principle of parliamentary legal acts being bound and restricted by the constitution appeared in 17th century in the English Agreement of the People of 1647⁶. However, the control over the conformity of laws with the constitution is commonly considered to have been introduced for the first time in the United States in 1803. It was applied in the decision of the Supreme Court with John Marshall as the Chief Justice in the case of *Marbury v. Madison*⁷. At the same time it is necessary to notice that the Constitution of the USA of 1787 did not provide the right of the Supreme Court to examine the conformity of laws with the Constitution. In other words, the Supreme Court ‘granted this right to itself’ in this precedent decision and by this way legally institutionalized it. In the discussed case the Supreme Court adjudged Section 13 of the Judiciary Act of 24 September 1789 to have violated Article III of the Constitution, regarding it unconstitutional and thus invalid.

An institution of the constitutional court, being a judicial authority specially created in order to protect the constitution (German: *Staatsgerichtshof*) comes from 19th century. The idea of constitutional judiciary was formulated for the first time by Georg Jellinek in his work *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (The Constitutional Court of*

⁵ E. ZWIERZCHOWSKI, *Europejskie Trybunały Konstytucyjne. Zarys rozważań konstytucyjnych (European Constitutional Courts. An Outline of Constitutional Deliberations)*, Katowice 1989, 19; more extendedly also see: ID, *Sądownictwo konstytucyjne (Constitutional Judiciary)*, Białystok 1994; B. BANASZAK, *Porównawcze prawo konstytucyjne*, cit., 444-445.

⁶ About the Agreement of the People act see S. R. GARDINER, *History of the Great Civil War*, III - IV, London 1889-94; C. HILL, *The World Turned Upside Down*, London 1972; A. SHARP, *John Lilburne*, Oxford 2004; E. VERNON, P. BAKER, *The History & Historiography of the Agreements of the People*, Palgrave 2012.

⁷ *Marbury v. Madison*, 24 February 1803, 5 U.S. 137.

Austria) published in 1885⁸. Jellinek's idea was innovative because it consisted in appointing a special court to adjudge on the constitutionality of laws. Later the idea was developed by Hans Kelsen in his work *Vom Wesen und Wert der Demokratie (The Essence and Value of Democracy)* of 1920⁹.

Hans Kelsen stated, that the lot of modern democracy to a large extent depended on the systematic development of all the control institutions. He considered, that being the legislator, the parliament itself was not able to be the guarantee of its constitutionality. In its practical functioning, a legislative authority felt itself a free creator of law, not an authority applying it, bound by the constitution, although it was indeed, following the idea lying in its basis. Therefore, the parliament itself ought not to have been regarded the guarantee of that idea. Only a separate from the legislator authority, independent from it and any other holder of the state power, could be appointed to annul legal acts incompatible with the constitution. That was what the institution of the constitutional court consisted in. Moreover, he promoted a thesis, that it could be exercised only by a non-parliamentary authority, for the only form allowing to regard such a solution to be an effective to a certain extent guarantee of legality would have been adjudicating unconformity of a defective act with the law by another authority, along with simultaneous obliging the one which had enacted it to repeal it. On account of the parliament's nature it was not able to be effectively obliged, therefore in practice such a solution could not be implemented. Expecting that it would repeal an adopted by it statute because of its unconstitutionality stated by another authority would be politically naive. Common courts would also not be able to materialize that because of their judicature divergence. Therefore, control of the

⁸ G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Hölder 1885, *passim*.

⁹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr 1920, second, revised and enlarged edition 1929; reprinted Aalen, Scientia 1981. In English: *The Essence and Value of Democracy*, ed. N. Urbinati, C. I. Accetti, transl. B. Graf, Rowman & Littlefield Publishers 2013, *passim*.

constitutionality of law ought to have been entrusted to one central authority – the constitutional court.

Kelsen's theory led to establishing first two constitutional courts in 1920: in Czechoslovakia and Austria. Being the author of the Austrian Constitution of 1 October 1920, Kelsen introduced the Constitutional Court to be an authority empowered to control the constitutionality of law into Section D of chapter VII of its text. It was the second in Europe Constitutional Court, after the Czechoslovak one, established by the Constitution of 29 February 1920. The third one was the Tribunal of the Constitutional Guarantees (Spanish: *Tribunal de Garantías Constitucionales*) established by the Constitution of Spain of 9 December 1931 (started its functioning in 1932). Dynamic development of this institution came after World War II. Nowadays, the existence of constitutional courts in the political systems of most of the European countries, and not only, is regarded to be a standard of a democratic legal state. They have been functioning in: Italy (since 1947), Germany (since 1949), Turkey (since 1961), Spain (since 1978), Portugal (since 1982) and many others. Another, diverse form is bestowed to the Constitutional Council in France (French: *Conseil constitutionnel*), which has become a model for some states (especially of Francophonic Africa)¹⁰.

In Poland, the tradition of the Constitutional Tribunal is rather young, for during the resurgent of the Polish state in the inter-wars period (the II Republic of Poland) this form of protecting the constitution was not provided by the then binding basic laws: either by the Constitution of 17 March 1921, according to which the political system was based on the French Third Republic model (French: *La Troisième République*), or by the authoritarian Constitutional Law of 23 April 1935. Therefore, formally established by the law of 26 March 1982 on the Amendments of the

¹⁰ For more see L. GARLICKI, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej (Constitutional Judiciary in Western Europe)*, Warszawa 1987, *passim*.

Constitution of the Polish People's Republic¹¹ and by the later law of 29 April 1985 on the Constitutional Tribunal, starting its functioning on 1 January 1986, it was the first such type of institution in the history of Poland¹².

3. *Models of the Law Constitutionality Control*

There are two basic models of the control of the constitutionality of law known in the constitutional law doctrine:

- intra-parliamentary;
- non-parliamentarian control exercised by the bodies situated outside the parliaments, being independent from them, or directly by the common courts¹³.

¹¹ Official Law Gazette *Dziennik Ustaw* of 1982, no 11, item 83.

¹² On the origin and the process of establishing the Constitutional Tribunal in Poland see R. ALBERSKI, *Trybunał Konstytucyjny w polskich systemach politycznych (The Constitutional Tribunal in the Polish Political Systems)*, Wrocław 2010, *passim*; also B. SZMULIK, *Sądowictwo konstytucyjne – ochrona konstytucyjności prawa w Polsce (Constitutional Judiciary – Protection of the Law Constitutionality in Poland)*, Lublin 2001, *passim*; Z. CZESZEJKO-SOCHACKI, *Przebieg prac nad utworzeniem polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1981–1985) (The Process of Works over the Establishment of the Polish Constitutional Tribunal (1981–1985))*, in *Przegląd Sejmowy*, 3/1994, 22 ss; ID. *Sądowictwo konstytucyjne. (Tradycja a współczesność) (Constitutional Judiciary (Tradition and Contemporaneity))*, in *Państwo i Prawo*, 6/2001, *passim*; *Trybunał Konstytucyjny (The Constitutional Tribunal)*, ed. J. Trzeciński, Wrocław 1987, *passim*; *Zagadnienia sądownictwa konstytucyjnego. O istocie państwa w 90 rocznicę ustanowienia Konstytucji marcowej (Issues of the Constitutional Judiciary. On the Essence of the State in 90th Anniversary of Adopting the March Constitution)*, Warszawa 2014, *passim*.

¹³ Bogusław Banaszak, besides these two, also determines abstract and concrete control. More deeply all these types are characterized by him in *Porównawcze prawo konstytucyjne*, cit., 448-449.

The intra-parliamentary control of the constitutionality of laws exists in every state, independently from the fact if the non-parliamentarian control is established or not. The obligation to watch the conformity of the statute norms with the constitution is performed not only by the parliament itself, but also by its internal bodies, especially by the parliamentary committees which prepare the draft laws, as well as by the entities empowered to initiate them. Sometimes there are created special committees inside the parliaments, which task is to examine the draft laws lodged to them from the perspective of their compatibility with the constitution. The characteristic feature of this form of control is that the parliament is the only authority to finally decide upon the conformity of the law with the constitution. If it is adopted by the parliament it cannot be questioned by any other organ because of its incompatibility with the basic law.

In the present world the non-parliamentarian control is represented by two systems: American and European.

In the American system the control of the constitutionality of laws is performed by common courts. They adjudge on the conformity of a statute with the basic law while deciding on a particular case, in which the parties bar the unconstitutionality of the law on the basis of which the judgement is supposed to be made. This model is used not only in the USA, but also in Switzerland, Nordic states and Japan, where the function of the authorities controlling the ordinary laws' conformity with the constitution is exercised by common courts, i.e. those which examine criminal and civil cases, and the final decisions in the matters of constitutionality are taken by the Supreme Court. The questions of starting a case and barring unconstitutionality are presented differently here. In many states such a case may be initiated only in connection with a civil or criminal case already being processed before the court. While the case is being heard, each of the parties may bar unconstitutionality of the law, on the basis of which the litigation is intended to be solved (the USA, Australia).

The essence of the European system is establishing a special separate body, empowered to authoritatively adjudge on the constitutionality and validity of laws. Such control may be of a preventive character, i.e. averting announcing the law touched by the defect of unconstitutionality, or of a repressive nature, i.e. annulling the law already after its enforcement.

While performing the controlling function over the conformity of ordinary laws with the basic ones the empowered authorities frequently exercise prior control, because they make opinions on the draft laws which are not adopted by the parliament yet. Such a solution has been implemented for instance in France and Ireland. In other states there has been introduced a solution consisting in the consecutive control, i.e. the laws already adopted by the parliament are adjudged. Such a system exists for instance in Germany, Switzerland, India and occurs the most frequently. In Germany and Italy citizens have the right to bar unconstitutionality of a certain law with the constitution on the occasion when a concrete case is examined by the common court. In other states the procedure of lodging a claim with charge of inconformity of the law with the constitution is much more complicated and only the determined state authorities, not particular citizens, are empowered to bar such an accusation. For instance, in Ireland such a claim may be submitted by the President of the Republic, in Germany and Italy – by a certain group of the deputies to the parliament, it may also be a local self-government authority (e.g. the Regional Council in Italy), a federation subject (e.g. the land's government in Germany), the Supreme Court or Administrative Court (e.g. in Austria).

The laws which have been adjudicated unconstitutional or annulled by virtue of law, or which enforcement has been withheld until the parliament takes up relative actions in order to remove the defects, or which are still formally remained within the binding legal order, may usually not be applied by the administrative and judicial authorities.

4. *A Model of the Constitutionality Control Implemented in Poland*

In Poland the most commonly applied in this part of the world, European model of non-parliamentarian control of the constitutionality of law performed by the Constitutional Tribunal has been implemented. Its essence is based on the existence of a specially separated authority empowered to authoritatively adjudicate on the constitutionality and validity of laws. Such control may be of a preventive character, i.e. avert the announcement of the text of the law touched by the unconstitutionality defect, or it may also have a repressive nature, annulling the false laws already after their being adopted.

Presently, the legal grounds of the establishment, as well as the organization and functioning of the Constitutional Tribunal in Poland are constituted by the provisions of: art. 173, 174 and 188–197 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997¹⁴, the law of 30 November 2016 on the Organization and Proceedings before the Constitutional Tribunal¹⁵, the law of 30 November 2016 on the Status of the Judges of the Constitutional Tribunal¹⁶. These regulations are supplemented by the provisions of the Rules of Procedure of the Constitutional Tribunal adopted through the resolution of the General Assembly of the Judges of the Constitutional Tribunal on 15 September

¹⁴ The Official Law Gazette *Dziennik Ustaw*, No 78, item 483 with amendments.

¹⁵ The Official Law Gazette *Dziennik Ustaw*, of 19 December 2016, item 2072.

¹⁶ The Official Law Gazette *Dziennik Ustaw*, of 19 December 2016, item 2073. During the last period of a little over a year there were adopted several laws on the Constitutional Tribunal. The ones presently in force derogated the law on the Constitutional Tribunal of 22 July 2016, which was in force half a year and which derogated the law on the Constitutional Tribunal adopted on 25 June 2015. Such activity of the legislator ought to be estimated very critically, because implementing new laws every several months does not contribute to the constitutional stability and effective protection of the Constitution, which is an utmost and supreme value, nor does it help to get over the constitutional crisis.

2015¹⁷.

The Constitutional Tribunal is composed of fifteen judges appointed by the lower chamber of the parliament Sejm for the period of a nine-years term. The election is made individually. In order to become a Tribunal judge a candidate needs to meet the requirements and possess the qualifications demanded for the position of a judge of the Supreme Court or the Supreme Administrative Court. The candidates are submitted by a group of at least fifty deputies or the Sejm Presidium, which elects judges by the absolute majority of votes in the presence of at least half the general number of the deputies. A Tribunal judge takes an oath in front of the President of the Republic. Refusal to take the oath means resignation from the position.

The judges are independent and autonomous in performing their duties and are subject only to the Constitution of the Republic of Poland and the laws. They are protected by the immunity and prohibited to belong to political parties, trade unions or conduct any public activity which cannot be reconciled with the principles of the judges' independence and autonomy¹⁸.

According to the provisions of the basic law the Constitutional Tribunal composes a part of the judicial power, for art. 173 (chapter VIII) of the Constitution of the Republic of Poland states that courts and tribunals are a separate power, independent from other ones. The Constitutional Tribunal is established, first and foremost, to exercise control over the

¹⁷ The Official Law Gazette *Monitor Polski* of 21 September 2015, item 823 – adopted on the basis of one of the previously binding Laws on the Constitutional Tribunal – of 25 June 2015. Though in 2016 three other laws were adopted and came into force, the Rules of Procedure have not been changed.

¹⁸ The legal status of the judges of the Constitutional Tribunal are extendedly discussed by M. ZUBIK, *Status prawny sędziogo Trybunału Konstytucyjnego (The Legal Status of the Judges of the Constitutional Tribunal)*, Warszawa 2011, *passim*. Though the laws change very often, fortunately the legal status of the judges is guaranteed by the basic law, which is not so easy to modify because of its rigidity. This assures a certain degree of constitutional stability for them.

conformity of laws with the Constitution, in particular: the compatibility of laws and international agreements with the Constitution, the conformity of laws with the ratified international agreements, the ratification of which demands the prior consent expressed in a law, as well as the conformity of legal provisions enacted by the central state authorities with the Constitution, ratified international agreements and laws. Moreover, the Polish Constitutional Tribunal also performs other competences characteristic for the constitutional courts, directly connected with the protection of the Constitution, which are: hearing constitutional complaints, exercising supervision over political parties in the scope of conformity of their objectives and activities with the Constitution and settling the competency disputes between the central state authorities. The Polish doctrine also derives another function: a signaling or, in other words, an informational and signaling one¹⁹. It consists in the obligation of the Constitutional Tribunal to present Sejm and other authorities creating law the legal defects and gaps, the removal of which is necessary. This right, if properly used, may essentially influence the improvement of the legal system. Moreover, this function also obliges the Tribunal to issue the collection of its judicature, the diffusion of which also constitutes an important element in the process of preserving the Constitution and improvement of the legal system²⁰.

The subjects empowered to submit motions initiating a proceedings

¹⁹ Interesting deliberations on the signaling function are presented by P. KUCZMA, *Konstytucjonalizacja funkcji sygnalizacyjnej Trybunału Konstytucyjnego (Constitutionalizing of the Signaling Function of the Constitutional Tribunal)*, in *Aktualne problemy reform konstytucyjnych (Current Problems of the Constitutional Reforms)*, ed. S. Bożyk, Białystok 2013, 235 ss.; also J. REPEL, *Funkcja sygnalizacyjna Trybunału Konstytucyjnego (The Signaling Function of the Constitutional Tribunal)*, in *Nowe Prawo*, 1/1989.

²⁰ See W. MOJSKI, *Kilka uwag o przedmiocie i funkcjach kontroli konstytucyjności prawa w Polsce (Several Reflections about the Subject and Functions of the Control of the Constitutionality of Law in Poland)*, *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2-3/2010, 281 ss.

before the Constitutional Tribunal are: the President of the Republic, the speakers of both the lower and the upper chambers – the Marshalls of the Sejm and Senate, the President of the Council of Ministers (the head of the government), at least fifty deputies or thirty senators, the First President of the Supreme Court, the President of the Supreme Administrative Court, the General Prosecutor, the President of the Supreme Chamber of Control, the Ombudsman, as well as – in the scope of their competences: the National Judicial Council, local self-government authorities, national trade union bodies, nation-wide authorities of the employers' and professional organizations, Churches and other religious communities.

5. The Concept and Scope of a Constitutional Complaint

The concept of a constitutional complaint is not easy to be defined explicitly. This institute is derived from the German legal culture circle²¹, but despite a rather long tradition of its functioning the subject literature has not elaborated a homogeneous definition of this notion yet. The most accurate approach to comprehend the essence of this institute seems to be made through distinguishing a group of features characterizing it. Among those, which do not raise any considerable doubts, there are the following: it is an institute serving to protect the interests of individuals or legal persons, which have been violated by the activities of public authorities or their abandonment, before a constitutional court, in a special proceeding guaranteed by the laws on human rights²².

²¹ For the first time it was implemented by the order of the King of Bavaria in 1814.

²² About the constitutional complaint in the Polish doctrine see B. BANASZAK, *Skarga konstytucyjna (A Constitutional Complaint)*, in *Państwo i Prawo*, 1/1995; A. BISZYGA, *Polska skarga konstytucyjna a skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (A Polish Constitutional Complaint vs. a Complaint to the European Court of Human Rights)*, in *Acta Universitatis Vratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, 44/2000;

In the Polish legal order a constitutional complaint is provided by art. 79 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, which introduced this institute in Poland and since then it has existed for two decades already²³. This constitutional provision stipulates that everyone, whose constitutional freedoms or rights have been violated, has a right to submit a complaint to the Constitutional Tribunal in the matter of conformity with the Constitution of the law or another legal act, on the basis of which a court of law or a public administration authority has ultimately decided on his freedoms, rights or duties anticipated in the Constitution, according to the detailed provisions determined by the law. The scope of the complaint does not cover the rights of foreigners to asylum or granting a status of a refugee²⁴.

L. JAMRÓZ, *Skarga konstytucyjna. Wstępne rozpoznanie (A Constitutional Complaint. Preliminary Examination)*, Białystok 2011. In the Polish literature the constitutional complaint was subjected to deep analysis in the monograph *Skarga konstytucyjna (A Constitutional Complaint)*, ed. J. Trzeciński, Warszawa 2000, *passim*; see also A. STRZEMBOSZ, *Sądy a skarga konstytucyjna (Court vs. a Constitutional Complaint)*, in *Państwo i Prawo* 3/1997, 3 ss.; among the newer works also B. SZMULIK, *Skarga konstytucyjna. Polski model na tle porównawczym (A Constitutional Complaint. A Polish Model on the Comparative Background)*, Warszawa 2006, *passim*. The newest elaboration which thoroughly and competently discusses the concept, models and origin of the constitutional complaint, is written by L. JAMRÓZ, *Skarga konstytucyjna. Wstępne rozpoznanie (A Constitutional Complaint. Preliminary Examination)*, Białystok 2011, 13 ss.; see also B. BANASZAK, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych (Comparative Constitutional Law of the Contemporary Democratic States)*, 3 ed., Warszawa 2012, 165 ss.

²³ On the reception of the constitutional complaint institute into the Polish legal order see Z. CZESZEJKO-SOCHACKI, *Skarga konstytucyjna w prawie polskim (A Constitutional Complaint in the Polish Law)*, in *Przeгляд Sejmowy*, 1/ 1998, 31 ss.; also ID., *Skarga konstytucyjna – niektóre dylematy procesowe (A Constitutional Complaint – Some Procedural Dilemmas)* 6/1999, 27 ss. For more see also A. REDELBACH, *Skarga konstytucyjna*, cit., 40 ss.

²⁴ The scope of the constitutional complaint in the Polish legal order in a more detailed way is competently analyzed by J. REPEL, *Przedmiotowy zakres skargi konstytucyjnej (The*

Neither the Constitution, nor the law provides any more extended legal definition of a constitutional complaint. Therefore, the only legal source which can be used here to define this notion on the Polish ground is the Constitution itself and the mentioned above art. 79. More detailed provisions found in relevant laws concern only the rules of proceedings in the matter of considering a constitutional complaint. They are stipulated in the Law of 30 November 2016 on the Organization and Proceedings before the Constitutional Tribunal. Some more detailed regulations on the proceedings can be found in the Rules of Procedure of the Constitutional Tribunal of 15 September 2015.

The normativization degree and the particularity level of the regulations concerning the constitutional complaint in Poland are not very high and seem to be rather laconic. At the same time the provisions concerning its shape and range can evolve far too much insufficiency in comparison with the solutions implemented by other contemporary European states. The subject of the complaint can cover only a legal act (e.g. a law, order, rule, etc.), but cannot relate to a certain decision of a court or administrative authority. That is why the Constitutional Tribunal does not start cases on the basis of such complaints. Whereas in other European states, like for instance in Austria, Germany, Spain or the Czech Republic, one can submit a complaint against a court or administrative decision. The practice shows, however, that the majority of complaints do refer to such decisions. On the other hand, the Constitutional Courts in Spain or the Czech Republic, because of some procedural restrictions, control legal acts exceptionally.

Subject Scope of a Constitutional Complaint), in *Skarga konstytucyjna*, cit., *passim*. It is also interesting and worth reaching for A. KUSTRA, *Model skargi konstytucyjnej jako czynnik kształtujący orzecznictwo sądów konstytucyjnych w sprawach związanych z członkostwem państwa w Unii Europejskiej (The Model of a Constitutional Complaint as a Constituting Factor of the Constitutional Courts' Judicature in Matters Connected with the State's Membership in the European Union)*, in *Państwo i Prawo*, 3/2015, 34-56.

Besides those mentioned already, another restriction in the scope of the constitutional complaint in Poland is connected with the fact that not all the regulations of a general nature within the sphere of the fundamental rights can be its subject. They do not include local law and decisions of self-government authorities. It is also not clear why there is no possibility to submit a complaint against the violation of the legal rights guaranteed to an individual by the international agreements ratified by Poland by law (or any other legal act).

6. Proceedings in the Matter of a Constitutional Complaint

In Poland a constitutional complaint can be submitted after the whole instance course has been exhausted in the term of three months after the valid judgement or another ultimate decision has been delivered to the complainant. The complaint is heard according to the same procedure as any other motion related to adjudication on the conformity of a legal act with the Constitution or laws.

The constitutional complaints submitted to the Tribunal have to meet a series of specific formal and substantial requirements relevant for a pleading. In particular, they have to determine the provision of a law or another legal act in question, on the basis of which a court or a public administrative authority has validly decided on the freedoms, rights or duties of a complainant guaranteed in the Constitution, and in relation to which he demands adjudication of non-conformity with the Constitution. Besides, the complaint has to point which exactly freedom or right has been violated according to the complainant and in what way, justify the charge of unconstitutionality of the questioned provision of law or another legal act with the indicated complainant's constitutional freedom or right, as well as present arguments and proofs to support it. Moreover, it has to include the presentation of an actual state of affairs, document the date of delivery of

the judgement, decision or another settlement ultimately finishing the case, the information if it has been appealed by the way of an extraordinary remedy. The complaint has to attach the judgements, decisions and other ultimate settlements which certify exhausting of all the instances in the legal action, as well as a special power of attorney. In case of the complaint there obliges a mandatory representation by a lawyer, which consists in the necessity of the complaint to be prepared by a lawyer or a legal advisor, unless the complainant is a judge, prosecutor, notary, professor or associate professor (habilitated doctor) of legal sciences himself.

The submitted complaint is directed to the judge appointed by the President of the Constitutional Tribunal for the purpose of conducting its preliminary examination at the proceedings in camera²⁵. It is a very important phase of the complaint proceedings. During this phase the complaint is examined both from the formal and substantive perspectives. If the complaint does not meet the formal requirements the judge calls to remove the defaults during the period of seven days. If they are not removed or if the complaint is obviously groundless²⁶ the judge may issue a decision on the rejection of its further run. Such a decision can be appealed to the Tribunal during the period of seven days. The grievance is considered during a proceeding in camera and if the judge allows it, he directs the case to be considered during a trial. His otherwise decision cannot be appealed.

The Tribunal may also decide on the suspension or leaving in abeyance carrying out the decision on the matter subject to the complaint, if it could cause irreversible effects. The Constitutional Tribunal informs the

²⁵ On the preliminary examination see more extendedly L. JAMRÓZ, *Skarga konstytucyjna*, cit., 35 ss.

²⁶ For more see J. KRÓLIKOWSKI, J. SUŁKOWSKI, *Znaczenie przesłanki oczywistej bezzasadności dla dostępności skargi konstytucyjnej jako środka ochrony konstytucyjnych wolności i praw (The Significance of the Premise of Obvious Groundlessness for the Availability of a Constitutional Complaint as a Means of Protection of the Constitutional Freedoms and Rights)*, in *Przegląd Sejmowy*, 5/2009, 91 ss. About substantive premises see L. JAMRÓZ, *Skarga konstytucyjna*, cit., 82 ss.

Ombudsman and the Ombudsman for the Children who are free to declare their participation in the proceedings within 60 days.

The participants of the proceedings on the matter of a constitutional complaint are: the complainant, the authority which has issued the act covered by it, the Office of the General Attorney of the Republic of Poland if it has been appointed by the Council of Ministers to represent it in the proceedings, the Ombudsman and the Ombudsman for the Children if they have declared their participation. The participants appear before the Tribunal personally or are represented by a plenipotentiary.

In order to thoroughly clarify the considered case the Tribunal ought to examine all the significant circumstances during the proceedings. The Tribunal is not bound by the evidence motions put by the participants and is allowed to admit every other evidence which it considers to be purposeful. The Tribunal can request assistance of courts and public authorities, as well as providing all the acts connected with the case. It can also address to the Supreme Court and the Supreme Administrative Court in order to receive information related to the interpretation of a certain provision in the judicature.

The Constitutional Tribunal considers the complaint during a trial. It also has a possibility to examine it during a proceedings in camera, if it unquestionably follows from the positions presented by the participants of the proceedings in the written form, that the normative act, on the basis of which a court or administrative authority has ultimately decided on the complainant's constitutional freedoms, rights or duties, is contrary to the Constitution. The judgement issued according to this procedure is subject to announcement.

The trials before the Tribunal are public, although the president of the adjudicating panel may exclude publicity on account of state security or official secret protection. The law gives the judges access to state secret connected with the considered case. A witness or an expert witness, however, may be heard by the Tribunal after they are exempted from its

preserving by the empowered authority. Rejection of giving consent to hearing may be justified only by a significant state interest. The expert or witness cannot refuse testifying if the Tribunal regards such a refusal as unjustified.

The Tribunal adjudicates on the matter of the constitutional complaint in a panel of three. Judges to compose the panel, as well as the president and a rapporteur are appointed by the President of the Constitutional Tribunal. A judge is subject to exemption from the adjudicating panel when he has issued or participated in issuing the questioned normative act, sentence, administrative decision or other settlement, or when he was a representative or plenipotentiary of one of the participants, or when other circumstances justifying it occur. He is excluded on his request or *ex officio*, if the circumstance justifying doubts regarding his impartiality has been substantiated.

The pleadings in the proceedings are regarded to be motions and statements of the participants which have to be prepared in the number allowing to deliver them to all the participants and keeping two more copies in the case files. The constitutional complaint, on the basis of which the proceedings before the Tribunal is launched, may be withdrawn before the trial starts.

The Tribunal extinguishes the proceedings in camera if: issuing the judgement is unnecessary and inadmissible, the complaint has been withdrawn or the questioned legal act has lost its validity before the adjudication is issued by the Tribunal.

In matters of constitutional complaints the Tribunal adjudicates in the form of sentences. In case of a sentence complying with the complaint the Tribunal adjudicates the reimbursement of the complainant's proceedings costs by the authority which has issued the claimed normative act. In justified cases the Tribunal may also adjudicate the costs reimbursement when it has not complied with the claim. The Tribunal is empowered to determine the costs of the complainant's representation by a

lawyer or legal advisor depending on their contribution into clearing the case.

The presence of the claimant and his representative at the trial is obligatory. Otherwise, the Tribunal extinguishes the case or adjourns it. Participation in the trial of the authority which has issued the questioned legal act or his representative is also obligatory. If any of the proceedings participants does not attend the trial, the case may be adjourned and its new date may be set. The trial takes place notwithstanding the attendance of other proceedings participants. In case of their absence the Tribunal presents their opinions.

While formulating its adjudications the Tribunal is bound by the substantial merit determined in the constitutional complaint. It issues adjudications after the judges consultations and voting over the proposed judgement and the basic motives of the settlement. The consultations are presided by the presidents of the adjudicating panels. In complicated matters the judgement pronouncement may be adjourned, but not more than for 14 days²⁷.

The judgement is passed by the majority of votes. The president collects the judges' votes according to their seniority and votes as the last one. The judges who do not agree with the adjudication or only with its

²⁷ The notion, classification and legal effects of the Constitutional Tribunal's judgements are competently discussed by Z. CZESZEJKO-SOCHACKI, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja i skutki prawne (Judgements of the Constitutional Tribunal: the Concept, Classification and Legal Effects)*, in *Państwo i Prawo*, 12/2000. More about the Tribunal judicature may be found, as well as the Constitutional Tribunal's judgements and their legal effects are deeply and competently discussed by M. FLORCZAK-WĄTOR, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne (The Adjudications of the Constitutional Tribunal and their Legal Effects)*, Poznań 2006, *passim*. About the executing of the Tribunal's judicature see *Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w praktyce konstytucyjnej organów państwa (Application of the Judgements of the Constitutional Tribunal in the Constitutional Practice of the State Authorities)*, ed. K. Działocha, S. Jarosz-Żukowska, Warszawa 2013, *passim*.

substantiation are allowed to declare their dissenting opinions before the pronouncement. The judgement is signed by the whole adjudicating panel along with the 'over-voted' judges.

If the Tribunal has considered the complaint during a proceedings in camera the president of the adjudicating panel informs the claimant and other participants about it, at the same time setting the date and place of the judgement pronouncement.

Not later than within a month from the judgement pronouncement its written substantiation is prepared. The judgement in the written form is pronounced to the proceedings participants together with the oral substantiation and the information about the eventual dissenting opinions. The judgement is delivered to the participants immediately after the substantiation is written. The Tribunal's judgements are instantly announced in the Official Law Gazette 'Dziennik Ustaw'. If the judgement concerns an act not announced in the publishing organ it is published in the Polish Monitor. The Constitutional Tribunal also publishes its collection of judgements 'The Judicature of the Constitutional Tribunal' in the electronic form at its website²⁸.

²⁸ Helpful to estimate the scope of the Tribunal's activity and perhaps to some extent also the effectiveness of this remedy can be some statistical data concerning the constitutional complaint. Since its introducing into the Polish legal order in 1997, during the last two decades there have been issued 708 judgements and settlements finished on the substantial consideration in cases based on the constitutional complaints. Presently 56 cases on constitutional complaints out of 170 of all the cases hung before the Tribunal are under consideration. On average about several dozens of complaints are examined by the Tribunal a year. It makes more or less 1/3 to a half of all the cases decided by the Tribunal in certain years. A deeper analysis of the statistical data also leads to a conclusion that the number of complaints generally increases year by year. On this matter it is also worth reaching for K. DZIAŁOCHA, *Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (Thirty Years of the Constitutional Tribunal's Judicature)*, in *Państwo i Prawo*, 1/2017, 98-105.

7. *Conclusions*

Nowadays the problem of protecting the constitution still seems to remain current, especially in those states which aspire for being perceived to be democratic and at the same time do not have any long and stable traditions of democracy. The basic idea of the control of the constitutionality of law appears in those legal systems in which the top place of the legal sources hierarchy is occupied by the constitution, comprehended as the written act of parliament of the supreme force, prevailing and dominating over all the other norms. The main element of such control is watching the conformity of the lower legal acts with the higher ones in the hierarchy and, in consequence, with the basic law.

In the contemporary world there have been developed two basic models of controlling the constitutionality of law: the one exercised by common courts with the Supreme Court as the head and the one performed by a special court, or a quasi-court authority, usually called a constitutional court (tribunal). The states in which the control of the constitutionality of law is exercised by common courts are usually characterized by a strong position of parliaments in this field, which are the main authorities performing this function, therefore the scope of their power and the part they play here is much more important and mature. The states which have implemented the other solution, following Kelsen's model, are frequently seen to have been less stable in their political history in the past, full of sudden and radical changes in introduced government and politics – which count the majority of them. Therefore, they have appeared to strongly need a separate, independent and autonomous supreme state authority acting within the judicial power to be the guard of their constitutions.

This is the model having been applied in Poland. The Constitutional Tribunal was established in the middle 1980-s, just before the cardinal changes of the Polish political system. Being patterned on the Kelsen's model, its main tasks are connected with the widely comprehended

protection of the Constitution. Among its competences there are: control of the constitutionality of legal acts, examining a constitutional complaint, supervising the activities of political parties and settling competency disputes between the central state authorities. The Polish Constitutional Tribunal is a part of the dually constructed judicial power exercised by courts and tribunals, though it is not considered to be a strictly understood justice authority.

It goes without saying, that the constitutional complaint is a particular legal remedy serving to protect the constitutional rights and freedoms of individuals. Moreover, it contributes to eliminating unconstitutional norms being the basis of the binding legal system. At the same time it is difficult to explicitly and ultimately estimate which function of the constitutional complaint is prior. Therefore, accurate seems to be an opinion, that from the perspective of the experience connected with the constitutional complaint's functioning, the institute surely fulfils its role relating to the protection of individuals' rights and freedoms, although its substantial scope is very narrow on the ground of the Constitution and the law on the Tribunal being in force²⁹. It is hard to deny this point of view.

It is also important to underline that the new statute regulations, adopted at the end of the last year, do not change anything relating to the constitutional complaint, its scope or the procedure of its consideration, comparing to the solutions which had been in force on the ground of the previously binding statute legal norms. This induces to assume that the hitherto legal construction, though perhaps a little narrow, has still proved to be rather effective in performing its main functions. The proceedings of examination and consideration of the constitutional complaint also seem to be constructed correctly and properly, which allows its successful and

²⁹ See L. JAMRÓZ, *Skarga konstytucyjna*, cit., 228. The Author analyses the first decade of the complaint's existence in the Polish legal order. However, after the two decades' experience his opinion still seems to be true, which can prove at least a certain degree of stability in this field.

effective functioning.

The Constitutional Tribunal is still a rather young organ in the Polish tradition, therefore it is natural that it wrestles a large number of problems. Though its over thirty years' history has been full of outstanding activity which seemed to be on a very high level, it cannot be totally secured from political maelstroms. This means in fact, that not all the mechanisms have occurred to work properly to protect the Constitution and Tribunal itself against the dilemmas following from its autonomy, independence and political indifference.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias

ABSTRACT- In these short observations I will discuss some basic ideas of Francisco Laporta about the notion of “law’s empire”. I think that it is possible to draw some consequences on fundamental thesis about legal thinking, especially about the distinction between law and morality. I would like to underline the centrality of the themes on which Laporta worked in the general background of legal issues

KEYWORDS – Law’s empire, Law, Morality

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG*

El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias**

SOMMARIO: 1. *La relevancia de la cuestión del imperio de la ley para la Filosofía del Derecho*; 2. *Distintas interpretaciones del legalismo*; 3. *Imperio de la ley y autonomía. Una fundamentación ética*; 4. *El imperio de la ley y la separación entre el Derecho y la moral*.

1. La relevancia de la cuestión del imperio de la ley para la Filosofía del Derecho

La atención a la idea de imperio de la ley constituye uno de los elementos recurrentes en el itinerario intelectual de Francisco Laporta. Seguramente, la expresión más importante de esta preocupación está constituida por el libro *El imperio de la ley. Una visión actual*¹ en donde se retoman argumentos desarrollados en trabajos anteriores².

Cada cual tiene sus preferencias a la hora de identificar temas en los que centrar la atención investigadora en el amplio marco de la

* Professore Ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Carlos III di Madrid.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid 2007.

² F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, in *Doxa I/1994*, 15-16; ID., *Imperio de la ley y seguridad jurídica*, in E. DIAZ, J.L. COLOMER (a cura di), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid 2002.

Filosofía del Derecho. Así, podemos considerar que ciertas cuestiones son más periféricas que otras, que ocupan por el contrario un lugar central. Más allá de las “modas” que en determinados momentos y contextos pueden centrar la atención del gremio de los filósofos del Derecho, creo que hay cuestiones, nucleares y centrales, que ocupan un lugar fundamental en nuestra materia (o, al menos, en una determinada forma de entenderla). No hace demasiado tiempo me he referido a la centralidad de la relación entre la razón y la voluntad, expresión de dos dimensiones del Derecho que aparecen constantemente, con perfiles en ocasiones novedosos, en los problemas principales que nos planteamos en nuestro ámbito³. Pero si tuviéramos que identificar dos cuestiones que derivan directamente de la relación/tensión entre razón y voluntad, creo que estas serían las que tienen que ver, por una parte, con la relación entre el Derecho y el Poder, y con la relación entre el Derecho y la moral, por otra. Estamos frente a dos ámbitos que centran la atención de aquel que se aproxima al Derecho en perspectiva filosófica desde hace veinticinco siglos y que condicionan directamente nuestra forma de conceptualizar y justificar el Derecho. Pues bien, la reflexión sobre el imperio de la ley implica plantearse el tema del control del Poder por parte del Derecho, de un lado; e invita a asumir una posición respecto a la relación entre el Derecho y la moral, de otro. De ser esto así, hay que reconocer que quien se ocupa durante su carrera académica del tema –este es el caso de Francisco

³ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid 2013; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari 2016, 236.

Laporta- no ha centrado su atención precisamente en cuestiones que se pudieran considerar periféricas o parroquiales.

2.- Distintas interpretaciones del legalismo

En realidad, la noción de imperio de la ley puede ser entendida de diferentes maneras. En este momento propongo que pensemos en dos: un concepto estricto o restringido y un concepto amplio o extenso. Cuando se habla de imperio de la ley en sentido estricto, se está haciendo referencia a la reivindicación del valor y de la posición de una norma específica –la ley- que ocupa una posición determinada en el sistema de fuentes, y que es expresión de la voluntad política del legislador. Frente a esto, el imperio de la ley en sentido amplio ya no se refiere a la posición de un específico tipo de norma en el Ordenamiento y sus consecuencias; por el contrario supone una reivindicación del valor del Derecho, como modelo de organización de las conductas que recurre a las reglas como estrategia normativa. Por cierto, asumir alguna de estas dos posibilidades –la estricta o la amplia- no es en absoluto intrascendente a la hora de interpretar la relación –en términos de semejanzas o diferencias- entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Como es bien sabido, frente al “cambio genético” al que se refiere Gustavo Zagrebelsky para caracterizar la superación del Estado (legislativo) de Derecho por parte del Estado constitucional⁴, es posible defender que éste es un modelo evolucionado y complejo de aquel (precisamente como consecuencia de estrategias limitativas

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 39.

del Poder a partir de la supremacía y rigidez constitucional), en el que se mantiene la idea principal, el imperio del Derecho, que ahora se presenta en forma de imperio de la Constitución.

En mi opinión Francisco Laporta asume un planteamiento respecto al sentido del imperio de la ley más cercano al concepto estricto, lo que le lleva a presentarse como un “legalista”, aunque creo que posiblemente no en términos de perfecta identificación⁵. Posiblemente, en tiempos de constitucionalismo como los que corren, dicha caracterización puede presentarse como problemática para algunos. Pero de lo que se trata es de entender qué se quiere decir cuando se hace referencia al legalismo. Me parece que es posible reconocer el carácter problemático de un legalismo que nos propone abandonar la “explicable obsesión por la Constitución”⁶; o, en otros términos, la excesiva “condescendencia” de algunos autores respecto a “ciertos ingredientes que se estiman novedosos de los órdenes jurídicos presididos por una Constitución”⁷. Condescendencia y obsesión entendidos como rasgos que parecerían caracterizar el ambiente jurídico de nuestros días en nuestro contexto doctrinal. Y digo que es problemático, si ello supone desconocer las consecuencias e implicaciones – no sólo jurídicas sino también políticas- que para la teoría de la producción normativa, la teoría de la norma, de la interpretación y aplicación del Derecho, por ejemplo, derivan de la naturaleza constitucional de nuestros sistemas jurídicos. Pero si ser legalista supone, por el contrario, reivindicar la

⁵ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., 14.

⁶ *Ibidem*.

⁷ F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 0/2008, 148.



centralidad –que no supremacía o superioridad- de la norma producida por el legislador, su legitimidad, su potencialidad como elemento regulador de las conductas humanas, con una capacidad de responder a demandas de carácter ético en una superación de un discurso estrictamente formalista⁸, creo que las cosas son diferentes; en definitiva, la reivindicación del valor de la norma como estrategia de regulación del comportamiento frente a otras posibilidades (por desgracia no menos eficaces en algunas ocasiones). Si de lo que se trata cuando se habla de legalismo es atribuir valor a esta forma de entender el Derecho –posiblemente no radicalmente contradictoria con la anterior- entonces, ciertamente puede haber buenas razones para presentarse como legalista.

3.- Imperio de la ley y autonomía. Una fundamentación ética

Francisco Laporta considera que la idea de imperio de la ley está basada en una determinada teoría de la autonomía personal. Esta teoría constituye el fundamento moral del imperio de la ley y está constituida por cuatro componentes: la libertad negativa para llevar a cabo acciones, el control racional de la satisfacción de preferencias de acuerdo con su jerarquía estratificada, la proyección de las decisiones reflexivas en el tiempo y la conformación de planes de vida generales y abstractos interrelacionados⁹.

La idea de autonomía personal supone el reconocimiento del sujeto como protagonista a la hora de planificar y proyectar sus acciones y su trayectoria, e implica capacidad de autogobierno, entendida como un ideal regulativo, “en el sentido de que toda nuestra comprensión de la cultura descansa en la presuposición de que es deseable que los

⁸ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., 167.

⁹ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., 17-37.

seres humanos se definan a sí mismos a través de su propia capacidad de decisión”¹⁰. Somos “criaturas planificadoras”¹¹. Parece claro que esta dimensión planificadora se puede ver dificultada como consecuencia del carácter social del individuo: el individuo se encuentra incluido en una sociedad en la que hay un gobierno que produce normas que se imponen coactivamente: “Cuando estoy sujeto a normas que se me imponen si es necesario mediante una apelación a la fuerza, es decir, cuando soy el sujeto obligado por normas jurídicas, entonces, y en la medida en que lo soy, *no soy* un agente moral autónomo, porque ser un agente con esas características parece excluir, por definición, la acción del poder político sobre mi conducta”¹². Si el principio de autonomía es una exigencia moral, la inclusión en una sociedad parece también algo inevitable. Estamos frente a una tensión entre algo exigido y algo inevitable, a la que se ha referido Ernesto Garzón Valdés: “el gran desafío teórico con el que se encuentra la teoría moral y política del liberalismo es cómo armonizar su suposición básica según la cual los individuos, en tanto seres autónomos, procuran formular sus planes de vida privilegiando la realización de sus propios intereses, con el establecimiento necesario de un orden social heterónomo que preserve esta autonomía”¹³.

Esta tensión entre lo exigido y lo inevitable se pretende gestionar a través de la articulación del poder político y del Derecho de un modo prudencial, de forma que, constatada la existencia de conflictos de

¹⁰ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., 37.

¹¹ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., 32.

¹² F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, cit., 137.

¹³ E. Garzón Valdés, *Hipocresía, simpatía y Estado de Derecho*, in *Claves de razón práctica*, n. 101/2000, 10.



intereses en el grupo humano, se hace necesaria la institución de una autoridad que pueda actuar disuasoriamente y que pueda ejercer la coacción y el monopolio en el uso legítimo de la fuerza. El problema es que de la existencia de esa autoridad, que puede llegar a ser ilimitada, también se pueden derivar peligros para la autonomía personal: “La suerte de los propósitos y proyectos de los seres humanos bajo un poder ilimitado de estas características no sería, desde luego, muy envidiable y la dignidad del hombre entendida como autonomía individual estaría supeditada nuevamente a los excesos de un mecanismo tan veleidoso, insaciable e impredecible como el que más”¹⁴. Para evitar estos peligros existen tres ideales básicos, de carácter moral: el imperio de la ley, los derechos del hombre y el principio democrático¹⁵.

¹⁴ F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, cit., 137.

¹⁵ En 1993 Laporta se refiere a tres estrategias teóricas que se utilizan para justificar y legitimar las normas de un sistema jurídico: la apelación a la paz, la seguridad, la certeza; la apelación a la democracia y al principio de las mayorías; y la apelación a ciertos derechos básicos de los individuos, anteriores a las normas jurídicas (F. J. LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México 1993, 73-84). Merece subrayarse que por aquel entonces acentuaba la dimensión instrumental de aspectos que posteriormente vincularía de manera más estrecha al imperio de la ley: “La organización, la coordinación de conductas o la dimensión pública de un cierto estado de cosas no constituyen de por sí situaciones éticamente valiosas (...). Ello quiere decir, una vez más, que el sistema jurídico no se legitima necesariamente por su capacidad organizatoria o coordinadora, sino que, en todo caso, se legitimaría como algo dotado de un valor instrumental respecto de otro u otros valores o bienes ulteriores a los que se pudiera llegar por medio de la organización, es decir, que el sistema jurídico en cuanto que jurídico no sería en sí legítimo, aunque lo podría ser como medio para la consecución de un estado de cosas éticamente justificado”.

Pues bien, de lo que se trata es de ver de qué manera explica Laporta la relación que existe entre imperio de la ley y autonomía personal, sentando por tanto las bases de la afirmación según la cual el imperio de la ley constituye un universo ético, es decir “no es una “propiedad” del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético-política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo; o dicho en términos familiares, que no se refiere al derecho que «es», sino al derecho que «debe ser»”¹⁶.

Para comprender la vida cotidiana y las decisiones que los individuos toman de manera ordinaria es necesario tener en cuenta el condicionamiento derivado de la existencia de normas jurídicas. El Derecho puede facilitar esas decisiones o, por el contrario dificultarlas. Laporta asume la distinción - apoyada en la diferenciación entre tipos de racionalidad desarrollada por Elster- entre dos contextos en los cuales se pueden adoptar decisiones: el contexto paramétrico y el contexto estratégico. El primero se caracteriza por su estabilidad, constancia y fijeza, mientras que en el segundo, los componentes que lo configuran están sometidos a variaciones. El grado de predecibilidad o previsibilidad es mayor en un contexto paramétrico que en uno estratégico. Lo cierto es que el Derecho tiene mucho que decir a la hora de la configuración de los contextos de decisión como paramétricos o estratégicos. La satisfacción de las exigencias del imperio de la ley permite que el Derecho constituya contextos paramétricos de decisión, ya que crea condiciones de estabilidad que le permiten al individuo adoptar decisiones en un marco de certidumbre, previsibilidad y

¹⁶ F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, cit., 135.

predecibilidad. No se tienen en cuenta sólo los elementos del contexto, sino también las consecuencias de sus decisiones y acciones. Desde el momento en que los contextos de decisión dejan de ser estratégicos para convertirse en paramétricos, podemos generar expectativas basadas en la probabilidad y en la regularidad¹⁷. Para que la constitución de dichos contextos paramétricos pueda tener lugar a través del imperio de la ley, el Derecho debe constituirse de una determinada manera; estamos ante los requisitos del imperio de la ley, que son identificados por Laporta de la siguiente manera: 1) el Derecho debe estar constituido por un conjunto de normas, entendidas como reglas, ya que sólo así se pueden crear condiciones de regularidad en el marco de la cuales los individuos puedan adoptar decisiones en contextos paramétricos; 2) las normas jurídicas deben tener una determinada estructura: deben ser emitidas por una autoridad reconocida y ser generales, prospectivas, estables, claras y ciertas; 3) desde el punto de vista dinámico, el referido a la interpretación y aplicación del Derecho, el imperio de la ley exige determinados requisitos institucionales, condiciones de imparcialidad, teniendo en cuenta determinadas exigencias argumentativas. El principal requisito institucional es el de la separación de poderes, a través de la cual se garantiza la existencia de una institución independiente a la que puede acudir el individuo cuando se producen casos de violación del Derecho o problemas en la interpretación del mismo, de manera que se pueda asegurar la autonomía individual desde el momento en que se sabe que nadie va a poder “establecer limitaciones, atribuir responsabilidades ni acordar sanciones que no estuvieran previstas de antemano por la

¹⁷ F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., 49.

norma”¹⁸. Además, las condiciones de imparcialidad se identifican con los denominados “principios de justicia natural”, tendentes a asegurar la imparcialidad del juez en el proceso y la igualdad de las partes en el mismo. Las exigencias de argumentación tienen que ver con la primacía del razonamiento deductivo, que toma como premisa básica a las normas jurídicas, entendidas como reglas generales y ciertas, y que excluye preferencias personales y premisas fácticas apoyadas en hechos no probados.

Frente a una concepción instrumental del imperio de la ley como la de Joseph Raz (según el cual el imperio de la ley es un requisito para que el Derecho cumpla sus fines: guiar las conductas, para lo cual debe estar configurado de manera que pueda efectivamente guiar esas conductas, sin que ello implique la calificación moral de esos fines)¹⁹ Laporta, por su parte, no presta atención a esta concepción instrumental, aunque reconoce que la satisfacción de las exigencias del imperio de la ley es compatible con grandes dosis de injusticia²⁰. Su interés radica en la idea según la cual el imperio de la ley constituye un universo ético desde el momento que es un instrumento de garantía de la autonomía y de la dignidad humanas. La garantía de la dignidad es una consecuencia derivada del imperio de la ley: el Derecho debe configurarse de acuerdo con las exigencias del imperio de la ley porque ello parece imprescindible para poder lograr su objetivo que es la guía de las conductas; y como consecuencia de ello y dado el carácter de esos principios, se

¹⁸ F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, cit., 143.

¹⁹ J. RAZ, *El Estado de Derecho y su virtud*, in ID., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo Salmorán, UNAM, México 1982.

²⁰ F. J. LAPORTA, *Imperio de la ley y seguridad jurídica*, cit., 127.



garantiza la dignidad. De lo contrario se podría estar afirmando que la finalidad directa del Derecho es garantizar la dignidad. Desde un punto de vista normativo puede ser así, pero no desde un punto de vista descriptivo. Laporta parte de la base de que el Derecho debe garantizar la dignidad y la autonomía; pero para ello es necesario que esté configurado de determinada manera.

4.- El imperio de la ley y la separación entre el Derecho y la moral

La teoría del imperio de la ley presentada por Francisco Laporta tiene claras connotaciones que afectan de manera directa al problema de la relación entre Derecho y Moral y más en concreto a la tesis de la separación. Y por tanto, de ella se pueden derivar consecuencias respecto a la adscripción iusnaturalista o positivista de sus postulados.

Me parece que la cuestión puede ser planteada en los siguientes términos. Por una parte, se afirma que los requisitos del imperio de la ley, y la misma idea de imperio de la ley, son una condición necesaria de la juridicidad. Así, se ha mantenido la tesis según la cual un determinado grado de cumplimiento de las exigencias del imperio de la ley es imprescindible no para la justicia del Derecho, sino para su misma existencia. El imperio de la ley es el imperio de las reglas y es aquí donde se constata el carácter antonómico que existe entre el concepto de Derecho y la idea de arbitrariedad. Por otra, se presenta una lectura moral del imperio de la ley, que es presentado como algo que merece valoración positiva a partir, entre otras cosas, de su status de condición necesaria de la satisfacción de las exigencias de la autonomía personal. En definitiva, si se afirma el sentido moral del imperio de la ley, y al mismo tiempo su relación necesaria con el

concepto de Derecho, surge la pregunta sobre el tipo de relación entre el Derecho y la moral que se está defendiendo. Si el imperio de la ley tiene un valor moral y si su existencia es imprescindible en el Derecho, desde el momento en que se distingue de la arbitrariedad, entonces parece que el Derecho tiene un rasgo necesario que ver con su valor moral, con lo cual estaríamos frente a la afirmación de la relación necesaria entre el Derecho y la moral.

Creo que en este punto es posible efectuar algunas observaciones: una referida a la interpretación de la tesis de la separación y otra referida a la distinción entre diversas acepciones del iusnaturalismo.

Por una parte, merece la pena intentar una adecuada interpretación de la tesis de la separación conceptual que es aquella que afirma la no necesaria conexión conceptual entre el Derecho y la moral *considerada correcta*. Robert Alexy ha diferenciado dos versiones de la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral²¹. Una versión *débil*, señala que existe una relación necesaria entre el Derecho y *alguna* moral. Otra versión *fuerte* afirma la relación necesaria entre el Derecho y la moral *correcta*. Alexy denomina a la versión débil, la ‘tesis moral’. No parece que la tesis débil suponga la negación de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, siempre y cuando estemos hablando de moral correcta. De la misma manera, no creo que, al contrario de lo que afirma Alexy, la tesis débil sirva para demostrar la conexión necesaria entre el Derecho y la moral, por lo menos en el sentido que a dicha propuesta ha querido darle el iusnaturalismo –frente a la cual han reaccionado autores como Hart- y que ha estado vinculada a la afirmación de la necesaria evaluación moral positiva que merece el Ordenamiento a

²¹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona 1994, 79.

partir de su concurrencia con la moral, identificada con el Derecho natural. En definitiva, no parece existir contradicción entre la afirmación de la conexión entre el Derecho y la moral y la tesis débil, tal y como es presentada por Robert Alexy. Afirmar que en un Ordenamiento siempre vamos a encontrar planteamientos morales no implica afirmar: 1) que esos planteamientos morales deben ser necesariamente unos concretos y no otros; y 2) que esos planteamientos morales son correctos desde el punto de vista de una moral crítica o esclarecida. Aquí se observa claramente que la existencia de dimensiones morales en el Derecho no implica necesariamente corrección moral.

Por otra parte, puede ser útil hacer referencia a la distinción entre iusnaturalismo en sentido débil e iusnaturalismo en sentido fuerte, que no es sino una manifestación de la distinción entre iusnaturalismo deontológico e iusnaturalismo ontológico²². El iusnaturalismo en sentido débil establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Pero no porque el Derecho, en su misma existencia, sea un valor moral, sino porque es un medio para alcanzar fines que merecen una valoración moral positiva. El Derecho está conectado con la moral desde el momento en que permite crear condiciones de paz, seguridad, certeza. Son estos objetivos los que tienen un carácter moral que, a través de la relación medio-fin que se establece con el Derecho, repercutiría en éste. A diferencia de lo que ocurre con el iusnaturalismo en sentido débil, el iusnaturalismo en sentido fuerte predica directamente el valor moral del Derecho, en cuanto vinculado por el Derecho natural, sin depender de su carácter instrumental respecto a ciertos fines, objetivos o consecuencias.

²² A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano 1962, 161 ss.

Las exigencias del imperio de la ley tienen carácter moral en la perspectiva del iusnaturalismo en sentido débil. Es decir, tienen un valor moral apreciable desde el momento en que aparecen como requisitos necesarios, o simplemente medios, para alcanzar objetivos de los que sí se predica una evaluación moral positiva. Pero a partir de ese momento, un Derecho que cumpla con las exigencias del imperio de la ley puede tener unos contenidos que merezcan una evaluación moral negativa. Así, nada parece excluir la posibilidad de que un sistema jurídico cree condiciones de seguridad y certeza en el marco de los cuales un grupo étnico, por ejemplo, va a ser discriminado e incluso masacrado. Sus miembros disponen, con el suficiente grado de estabilidad, previsibilidad, claridad, certeza, de la información sobre las consecuencias de sus actos o de su pertenencia al grupo. ¿Cómo se puede calificar la anterior situación a partir de la propuesta de comprensión del Derecho presentada por el iusnaturalismo en sentido débil?. Parece que estaríamos obligados a emitir dos juicios morales. El primero estaría referido a la estructura del Ordenamiento, mientras que el segundo lo estaría al contenido del mismo, es decir, a lo que ordena, prohíbe o permite. En el caso del ejemplo anterior, estaríamos ante un sistema jurídico que satisface los criterios establecidos por Fuller a la hora de identificar la moral interna del Derecho ²³. Desde ese punto de vista, qué duda cabe de que el juicio moral sería *prima facie* positivo, desde el momento en que el Derecho desarrolla una función de información, permite saber²⁴. Pero ese juicio moral positivo no sería posible en el

²³ A. PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, Edizioni ETS, Pisa 2016.

²⁴ P. CALAMANDREI, *Sin legalidad no hay libertad*, trad. y pról. de P. Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid 2016, 33.

caso de que examináramos los contenidos normativos de las anteriores estructuras.

De acuerdo con lo anterior, se podría llegar a la conclusión de que un Ordenamiento jurídico que satisfaga las exigencias del imperio de la ley puede ser, al mismo tiempo, un Ordenamiento jurídico que podría ser considerado injusto o inmoral. Lo anterior permitiría concluir que entre un iusnaturalismo en sentido débil y un positivismo que afirme la no necesaria relación entre el Derecho y la moral correcta existen diferencias que tienden a difuminarse. Posiblemente esta circunstancia puede ser un indicio de que, realmente, en la Filosofía del Derecho las etiquetas no son tan importantes como las tesis que se esconden tras las mismas. No creo que Francisco Laporta tenga reparos frente a esta afirmación.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

VITTORIO DANIELE

Paradisi fiscali e globalizzazione. Note su *La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali*, di G. Zucman.

ABSTRACT- Gabriel Zucman's book, *La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali*, is reviewed. Through a transparent methodology, Zucman estimated that the 8% of global financial assets of households is held offshore, that is 6,900 billion Euros in 2015. The implied tax evasion is estimated 170 billion Euros. Finally, it is proposed that tax heavens – and the related financial industry - represent one of the aspects of financial globalisation.

KEYWORDS- Evasion, globalisation, financial, economic, richness.

Paradisi fiscali e globalizzazione. Note su *La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali*, di G. Zucman**

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La ricchezza nascosta delle nazioni; 3. La ricchezza perduta delle nazioni.

1. Premessa.

Mentre molti governi europei, per rispettare stringenti vincoli di bilancio, comprimono spesa e servizi pubblici, una parte significativa della ricchezza delle nazioni sfugge a qualsiasi forma di tassazione. Invece di contribuire al funzionamento dello Stato, di finanziare investimenti produttivi, viene occultata nei paradisi fiscali. L'evasione e l'elusione fiscale internazionale, che avvengono attraverso i numerosi paradisi fiscali esistenti al mondo, sono rese possibili da un sistema ben organizzato: una redditizia industria in cui operano consulenti, banche, fondi d'investimento, operatori finanziari. Un sistema organizzato che rappresenta un elemento, non secondario, della globalizzazione finanziaria.

Quant'è grande la ricchezza nascosta nei paradisi fiscali? Perché i paradisi fiscali costituiscono una minaccia all'uguaglianza e, in una certa misura, anche alla democrazia, e perché il contrasto all'evasione e all'elusione fiscale internazionale è così debole? Partendo dal libro di Gabriel Zucman, *La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali*, il

* Professore Associato di Politica Economica, Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

presente articolo offre una sintetica riflessione sui temi posti da queste domande¹.

1. *La ricchezza nascosta delle nazioni.*

Secondo la definizione più comune, ‘paradisi fiscali’ sono quei Paesi o territori in cui vige un sistema di tassazione molto bassa o in cui, come accade in diversi casi, non viene applicata alcuna tassazione². Evidentemente, l’obiettivo dei paradisi fiscali è quello di attrarre soggetti non residenti, imprese o persone fisiche, in modo tale che stabiliscano in loco attività commerciali o vi trasferiscano i propri patrimoni, evitando o aggirando le regole dei Paesi in cui i soggetti stessi svolgono, sostanzialmente, le loro attività economiche. L’espressione ‘paradiso o centro finanziario offshore’ (letteralmente, lontano dalla costa) fa riferimento sia a isole, come le Cayman o le Bahamas, sia a Stati

*Questo articolo riprende una precedente versione: *La ricchezza nascosta delle nazioni: paradisi fiscali, uguaglianza e democrazia*, Economia e politica. Rivista online di critica alla politica economica, 7 n. 9, sem. 1, 2017, <http://www.economiaepolitica.it>

¹ G. ZUCMAN, *La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali*, add editore, Torino, 2015 (con prefazione di T. Piketty).

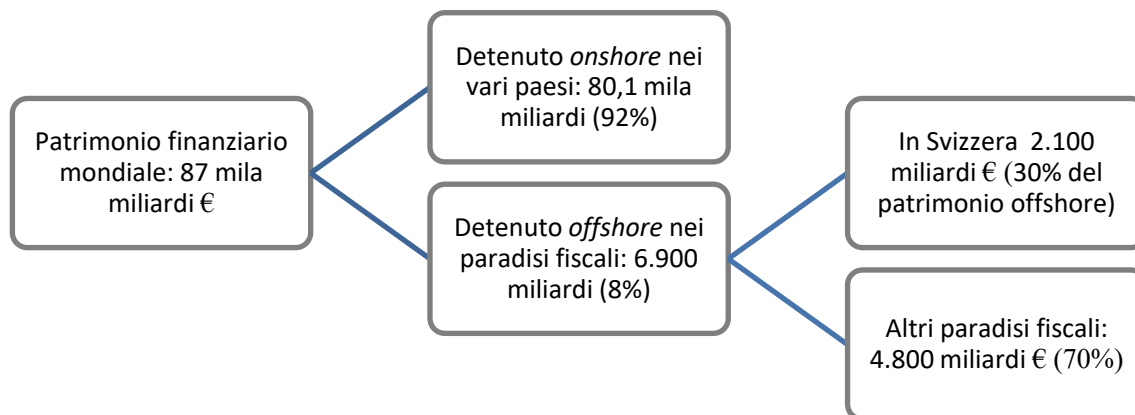
² Esistono diverse definizioni di “paradiso fiscale”. Secondo l’OCSE, paradisi fiscali in senso stretto sono quei Paesi con un’imposizione sul reddito nulla o solamente nominale, che non scambiano informazioni in materia fiscale con altri Paesi, che sono caratterizzati da una sostanziale opacità finanziaria e non richiedono, ai fini della residenza, il requisito dell’esercizio di attività effettiva sul territorio nazionale. Molti Paesi con tassazione nulla o solamente nominale, ma che dichiarano la collaborazione fiscale con altri Stati, non vengono perciò inclusi nella lista dei paradisi fiscali in senso stretto. Di seguito, si adotta un concetto più ampio di paradiso fiscale, come nel citato testo di Zucman. Per gli aspetti definitori e metodologici si veda: M. CARBONE, M. BOSCO, L. PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA Manuali, Wolters Kluwer, Milano, 2015. Cfr. anche: M. GARA, P. DE FRANCESCHIS, *I paradisi fiscali: caratteristiche operative, evidenze empiriche e anomalie finanziarie*, Banca d’Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia, *Quaderni dell’antiriciclaggio*, n. 3, 2015.

dell'entroterra, come la Svizzera. Propriamente, si parla di attività offshore quando ci si trova di fronte a un soggetto residente in un Paese che – più o meno fittiziamente - detiene attività patrimoniali o domicilia la propria impresa in un altro Paese per beneficiare delle agevolazioni fiscali. Una caratteristica di molti paradisi fiscali è l'ambiente di segretezza o di opacità che garantisce l'anonimato ai soggetti detentori delle attività finanziarie e delle società commerciali.

Stimare la ricchezza sottratta al fisco e occultata nei paradisi fiscali di tutto il mondo non è semplice. Il tema è trascurato dagli economisti; le stime non sempre sono affidabili. Usando una metodologia trasparente, che analizza le incongruenze nelle statistiche finanziarie internazionali, Gabriel Zucman, economista dell'Università della California a Berkeley, stima che, a livello mondiale, l'8% dei patrimoni finanziari delle famiglie sia detenuto nei paradisi fiscali. Il patrimonio finanziario è la ricchezza detenuta dalle persone fisiche nei conti bancari, sotto forma di azioni e obbligazioni, in fondi comuni d'investimento e in contratti assicurativi, al netto dei debiti. Nel 2014, questo patrimonio ammontava, a livello globale, a 87.000 miliardi di euro. Di questi, 6.900 miliardi sarebbero detenuti in conti aperti nei paradisi fiscali. Il 30% dei patrimoni offshore, 2.100 miliardi, si trova in Svizzera. Il resto è disseminato tra Singapore, Hong Kong, le Bahamas, le Isole Cayman, il Lussemburgo e gli altri paradisi fiscali che offrono servizi bancari e finanziari per gli ultraricchi di tutto il mondo.

Da dove viene la ricchezza nascosta nei paradisi fiscali? La quota principale, 2.400 miliardi di euro, proviene dall'Europa, 1.050 miliardi dagli Stati Uniti e 1.200 dall'Asia. Il resto dalle altre nazioni. In Europa, le famiglie detengono offshore il 10% del loro patrimonio finanziario, negli Stati Uniti il 4%. Le percentuali sono molto più alte nei Paesi emergenti e in via di sviluppo. In Africa, la ricchezza collocata all'estero sfiora il 30%. In Russia e nei Paesi petroliferi del Medio Oriente supera il 50%.

Figura 1. Patrimoni finanziari delle famiglie nei paradisi fiscali (2014)



Fonte: Zucman (2017).

Alcuni Paesi europei hanno un ruolo cruciale nel sistema della finanza offshore. Dei 2100 miliardi di euro gestiti nel 2015 dalle banche con domicilio svizzero, 700 miliardi (il 40%) erano investiti in Lussemburgo, 200 miliardi di Irlanda, il resto suddiviso in altre attività finanziarie internazionali e depositi. In Lussemburgo e Irlanda, oltre che nelle Isole Cayman, è domiciliata, infatti, la maggior parte dei fondi d'investimento mondiali. Il Lussemburgo, scrive Zucman, “è il paradiso fiscale di tutti i paradisi fiscali, presente in tutte le fasi del circuito della gestione patrimoniale internazionale e utilizzato da tutti gli altri centri finanziari”. Questo piccolo Paese al centro dell'Europa, è “il fulcro dell'evasione fiscale europea e da decenni paralizza la lotta contro questa piaga”³. È uno Stato molto diverso da quello che, nel 1957, ha co-fondato la Comunità Europea. All'epoca la sua ricchezza era basata sull'industria, in particolare sull'acciaio; oggi è fondata sulla finanza. A partire dagli anni Settanta, il Lussemburgo ha attirato migliaia di fondi di investimento, imprese multinazionali, società di comodo e banche. Per riuscirci, ha ceduto alle multinazionali il potere di decidere sulle aliquote fiscali e su altri obblighi

³ G. ZUCMAN, *op. cit.*, 100-101.

legali. In un certo senso, osserva Zucman, c'è riuscito “commercializzando la sua sovranità”. In Europa vi è poi il Liechtenstein, uno dei Paesi meno popolosi al mondo ma capace di gestire enormi capitali di provenienza estera⁴. Nel 2016, tra i primi quindici paradisi fiscali “societari” al mondo, per i vantaggi offerti alle multinazionali, cinque erano europei: Paesi Bassi, Svizzera, Irlanda, Lussemburgo, Cipro⁵. Anche gli Stati Uniti hanno i propri paradisi fiscali domestici: il Nevada, il South Dakota e il Delaware⁶.

2. La ricchezza perduta delle nazioni

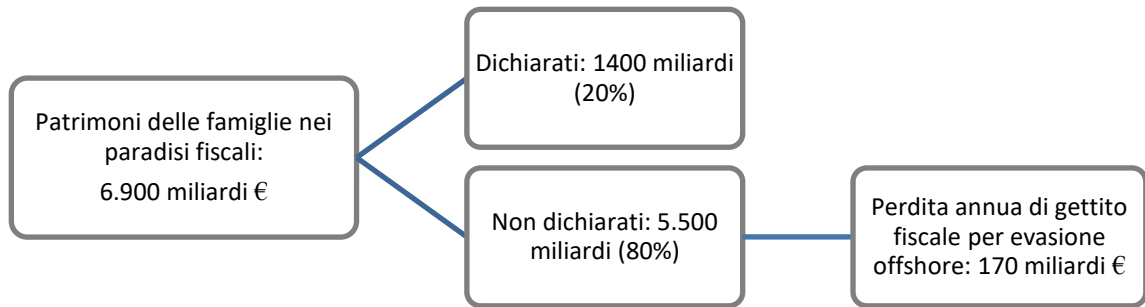
Per le multinazionali, l'elusione fiscale avviene attraverso le lasche maglie della legge. Per avere un'idea della sua entità, si consideri che negli Stati Uniti, nel 2013, le imprese hanno realizzato all'estero 650 miliardi di dollari di utili. La metà dei profitti proviene da nazioni a bassa o nulla imposizione fiscale: Bermuda, Paesi Bassi, Lussemburgo, Irlanda, Singapore e Svizzera. Le imposte evase o eluse dalle multinazionali sono state stimate, solo per gli Stati Uniti, in 130 miliardi di dollari annui. Dei 6.900 miliardi di euro dei patrimoni che le famiglie detengono nei paradisi fiscali, secondo Zucman, solo il 20% risulterebbe dichiarato. La restante quota, cioè 5.500 miliardi sfuggirebbe, dunque, alle imposte. La perdita globale di gettito fiscale ammonterebbe a 170 miliardi di euro annui (Fig. 2). Per i Paesi europei, l'evasione sarebbe di 70 miliardi di euro, di 30 per gli Stati Uniti e per i Paesi asiatici, di 13 miliardi di euro per l'Africa.

Figura 2. L'evasione fiscale globale dei patrimoni offshore nel 2014

⁴ Cfr. M. CARBONE, M. BOSCO, L. PETESE, *op. cit.*, 443-444.

⁵ OXFAM, *Battaglia fiscale. La pericolosa corsa globale al ribasso nella tassazione d'impresa*, OXFAM Policy paper, dicembre 2016, www.oxfam.org

⁶ K. SCANNELL, V. HOULDER, *US tax havens: The new Switzerland*, *Financial Times*, May 8, 2016.



Fonte: G. Zucman (2017).

Il contrasto ai paradisi fiscali apporterebbe benefici sociali enormi. La lotta all'evasione fiscale e all'elusione consentirebbe di ridurre le imposte ai cittadini meno abbienti e di migliorare i conti pubblici. Eppure il contrasto è debole. Dal 2009, quando nella riunione del G20 di Londra si decretò la fine del segreto bancario, le somme depositate nei paradisi fiscali dai singoli individui, senza considerare le imprese, sono aumentate del 25%. L'evasione fiscale mina alla base il contratto sociale tra cittadini e Stato, secondo il quale si pagano le imposte per finanziare beni e servizi pubblici. Ma quando i cittadini più ricchi e le grandi imprese aggirano questo patto, il consenso sociale che ne è alla base progressivamente si sgretola. Per compensare le imposte evase o eluse è necessario, infatti, accrescere la pressione fiscale sulle persone oneste, oppure ridurre i servizi pubblici a danno dei meno abbienti, di coloro che difficilmente possono accedere alla sanità o all'istruzione private. La ricchezza nascosta nelle Isole Cayman e negli altri paradisi fiscali non finanzia lo Stato e non viene neppure investita nelle fabbriche. Non contribuisce né ai servizi pubblici né alla produzione di redditi e occupazione. È ricchezza per pochi, perdita secca per tutti gli altri. Le strategie per contrastare i paradisi fiscali, teoricamente esistono. Zucman, per esempio, ne delinea alcune: l'istituzione di un catasto finanziario mondiale, la creazione di un sistema di scambio automatico delle informazioni e modalità nuove di tassazione

delle multinazionali. Eppure – per l’assenza di cooperazione e di comune volontà politica tra gli Stati - le possibili strategie non vengono attuate in maniera efficace.

In Europa, come in diversi paesi del mondo, per reperire risorse e rispettare i vincoli di bilancio, i governi, invece di combattere con decisione l’evasione e l’elusione interna e internazionale, scelgono di inasprire la tassazione, di comprimere la spesa pubblica in settori cruciali come la sanità o l’istruzione. Nell’Unione Europea si impongono sacrifici ai cittadini (si pensi alla Grecia), mentre si tollerano i paradisi fiscali presenti nell’Europa stessa.

I paradisi fiscali servono per eludere o evadere le imposte. La loro funzione, però, non riguarda i singoli: in senso ampio, sono uno degli strumenti fondamentali del mondo della finanza, cioè dell’attività di gestione delle risorse monetarie degli individui, delle imprese, delle organizzazioni, dei paesi. Singolarmente, i paradisi fiscali possono apparire piccoli; ma nel loro complesso svolgono un ruolo centrale nell’economia mondiale, rappresentando uno dei pilastri chiave della “globalizzazione neoliberale”⁷. La deliberata creazione di leggi e politiche che garantiscono ai non residenti un regime di bassa o nulla tassazione, in un contesto in gran parte non regolamentato, di segretezza o di opacità, è svolto dai paradisi fiscali con il sostegno attivo di un’enorme e altamente redditizia industria; un’industria “rispettabile” e professionale fatta di avvocati, banchieri ed esperti fiscali⁸. Essendo uno dei pilastri della globalizzazione finanziaria, i paradisi fiscali svolgono un ruolo cruciale nell’economia mondiale; è questo uno dei motivi per i quali l’azione di contrasto è così debole.

⁷ R. PALAN, R. MURPHY, C. CHAVEGNEUX, *Tax Havens. How Globalization Really Works*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2010

⁸ *Ivi*, 236-237.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

JOSH WESTON

A Ban Behind Bars: A Critical Analysis of Britain's Blanket Ban on Prisoner Voting

ABSTRACT- Away from the politicised debate concerning parliamentary sovereignty too often associated with the decision in *Hirst v United Kingdom (No 2)*, this article examines whether the blanket ban on prisoner voting is appropriate in Britain. It demonstrates how there is a right to vote protected in international law. In so doing, this article discredits the paradox between those who moot the importance of voting in society, whilst simultaneously claiming that the vote is only a privilege. This article challenges the historic notion of a civic death and asserts that the connection between the enjoyment of fundamental rights and virtue is weak. The extent to which prisoners retain their citizenship status and associated human rights is studied, ultimately concluding that they retain full citizenship whilst incarcerated. It is argued, therefore, that the current ban is inconsistent with a prisoner's ongoing fundamental right to vote. Whilst the court will allow some limited interference if adequately justified, this article will demonstrate how the blanket ban fails to meet either of the aims maintained by the government in *Hirst*. The disproportionate application of the ban will also be highlighted. By concluding that the ban, far from punishing or enhancing civic responsibility, actually undermines the rehabilitation of those in custody, this article will assert that prisoner disenfranchisement is not appropriate in Britain. It is conclusively argued that it would be more appropriate to give all prisoners the vote.

KEYWORDS – Prisoner, human rights, virtues, rehabilitation, responsibility, vote, incarceration.

JOSH WESTON*

**A Ban Behind Bars: A Critical Analysis of Britain's Blanket
Ban on Prisoner Voting****

SOMMARIO: 1. *Introduction* - 2. *Prisoner disenfranchisement in Britain* - 2.1 *Universal suffrage in Britain: A myth or reality?* - 2.2 *Hirst v UK* - 2.3 *A poor response to Hirst v UK* - 3. *The status of the vote* - 3.1 *Is there a legal right to vote?* - 3.2 *'The vote is only a privilege'* - 3.3 *The right to vote in a democracy* - 3.4 *Conclusion* - 4. *Prisoners are still people* *Citizenship, virtue and the vote* - 4.1 *The prisoner as a citizen: a holder of rights* - 4.2 *Conclusion* - 5. *The practical implications of the blanket ban on prisoner voting* - 5.1 *Does the blanket ban have a legitimate aim?* - 5.2 *Prisoner disenfranchisement as a punishment; Prisoner disenfranchisement and civic responsibility* - 5.3 *The disproportionate application of the blanket ban* - 5.4 *Conclusion* - 6. *Conclusion*.

1. Introduction.

Two first-time offenders appear in court on a Monday morning to be sentenced, having both pleaded guilty to burglary. The circumstances are identical, but they appear in different courts. The first offender's custodial sentence is suspended for one year. The other offender, however, is given a short, immediate custodial sentence. Notwithstanding the obvious injustice surrounding the disparity between the sentences, a more subtle but equally unfair consequence has emerged. Whilst the offender whose sentence has been suspended retains his fundamental right to vote, the other, completely unconnected to his offence and *just* by virtue of his incarceration, *loses his right to vote*.

In light of this inequity, and away from the politicised debate on parliamentary sovereignty frequently associated with the prisoner

* Law School of University of York (United Kingdom).

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

voting narrative, this article seeks to examine the extent to which the current blanket ban on prisoner voting is appropriate in Britain. Chapter One of this article will provide an overview of the law on prisoner disenfranchisement, highlighting how the blanket ban materialised over time and how the contemporary contention evident above has intensified following the European Court of Human Rights (ECtHR) ruling in *Hirst v UK*¹. Next, in evidencing the meaning of the vote, Chapter Two will discuss whether there is a legally recognised right to vote, or whether the right is only a privilege. Chapter Three challenges the extent to which a prisoner is subject to a ‘civic death’, and in so doing determines that prisoners retain their human rights throughout incarceration. Whilst there has been an occasional judicial willingness to permit *some* interference with human rights in prison so to ensure good order and discipline, Chapter Three will demonstrate how the removal of the vote is inconsistent with the prisoner’s ongoing status as a holder of rights. Finally, Chapter Four, in examining the extent to which the aims asserted in *Hirst* are truly legitimate, will argue that the ban fails to punish or enhance the civic responsibility of those in prison. This chapter will also confirm, in accordance with the decision in *Hirst*, that the blanket ban is not proportionate to any such aims².

Ultimately, this article will suggest that the *cause célèbre* that is the debate on prisoner voting requires consideration so to fully respond to both the legal and practical arguments *in favour* of prisoner enfranchisement³.

¹ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004.

² *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 82.

³ E. BATES, *Analysing the Prison Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, in *Human Rights Law Review*, 14/2014, 503.

2. Prisoner disenfranchisement in Britain

The aim of this chapter is to provide an analysis of the current law on prisoner disenfranchisement in Britain. This chapter will examine how the ban on prisoner voting has evolved and developed over time, culminating with the current *blanket ban*. The chapter will explain the landmark decision of *Hirst v UK*, in which the ECtHR held that Britain's blanket ban was a breach of the European Convention on Human Rights (ECHR)⁴. In so doing, this chapter will demonstrate how successive governments have attempted to ignore the ruling, arguing instead that the ban serves to punish and enhance the civic responsibility of those imprisoned.

2.1 Universal suffrage in Britain: A myth or reality?

Whilst it is widely acknowledged that the right to vote is a foundational aspect of any democracy, the British government worryingly continues to disenfranchise a significant proportion of the prison population⁵. The starting point here is section 3 of the Representation of the People Act (RPA) 1983, as amended by the RPA 1985, which provides that:

'A convicted person *during the time that he is detained* in a penal institution in pursuance of his sentence...is *legally incapable of voting* at any parliamentary or local government elections'⁶.

⁴ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004.

⁵ *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime and the Re-integration of Offenders and Others* (CCT 03/04) [2004] ZACC 10, 47.

⁶ Representation of the People Act 1983, as amended by the Representation of the People 1985, s 3 (1) [Emphasis added].

The Act does, however, allow those incarcerated for either contempt of court or failing to pay a fine, to vote⁷. Moreover, following a Home Office Report in 1999 that concluded that the removal of the vote from those remand was an ‘accident’ considering the presumption of innocence, the RPA 2000 altered the law to allow remand prisoners to vote⁸.

Described as a ‘relic of the 19th century’, the roots of the ban on prisoner voting can be traced back to the Forfeiture Act 1870 and the belief that those found guilty of committing a crime were subject to a loss of rights through their ‘civic death’⁹. Although cited as the source of the objectionable ban, the Forfeiture Act 1870 actually liberalised much of the law on punishment and forfeiture. For example, most significantly, felons no longer automatically forfeited their land following incarceration¹⁰. Despite this, the Act stated that *all* those convicted of a felony and subsequently sentenced to prison for longer than 12 months, would be disenfranchised¹¹. Significantly, however, those guilty of a misdemeanour, or anyone sent to prison for less than 12 months for a felony, retained their right to vote.

⁷ Representation of the People Act 1983, as amended by the Representation of the People Act 1985, s 3 (2).

⁸ Home Office, *Working Party on Electoral Procedures* (National Archives, 1999) in < <http://www.dca.gov.uk/elections/reports/procs/report.htm>>, accessed 2 March 2016; Representation of the People Act 2000, s 5.

⁹ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, Forfeiture Act 1870.

¹⁰ C. MURRAY, *A Perfect Storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement*, in *Parliamentary Affairs*, 66/2013, 511, 515; WING HONG CHUI, ‘Prisoners’ Right to Vote in Hong Kong: A Human Rights Perspective’, and in *Asian Journal of Social Science*, 35/2007, 179, 181.

¹¹ Forfeiture Act 1870, s 2.

Aside from the provision contained within the Forfeiture Act, it is often mistakenly believed that the universal disenfranchisement of prisoners has been a stable, ongoing feature of Britain's democracy¹². In fact, throughout the 20th century the ban has been subject to a number of exceptions. Most expressively, as shown above, the Forfeiture Act did not disenfranchise everyone found guilty of a felony, nor *any* of those guilty of a misdemeanour. Nevertheless, following attempts to curb prisoner voting by the Victorian judiciary, the RPA 1918 placed a restriction on those incarcerated from being able to state the prison they were occupying as their 'place of residence'¹³. This meant that whilst not statutorily disenfranchised, even those serving less than 12 months were incapable of holding an address necessary for the purposes of registering on the electoral role¹⁴. Clearly departing from what the drafters of the Forfeiture Act had intended, a blanket ban on *all* serving prisoners materialised.

Notwithstanding the universal disenfranchisement of prisoners, the petition for universal suffrage in Britain has been an historical struggle¹⁵. Slowly gaining momentum, the debate over the electoral franchise culminated following the First World War in the RPA 1918¹⁶. This Act abolished any remaining property disqualifications on voting, allowed all men over the age of 21 to vote and most radically, allowed women over the age of 30 to vote for the first time¹⁷. Ten years later, the age restriction for women was lowered to

¹² C. MURRAY, *A Perfect Storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement*, in *Parliamentary Affairs*, 66/2013, 513.

¹³ Representation of the People Act 1918, s 41 (5).

¹⁴ HC Debate 20 November 1917, vol 99, col 1118; L. FOX, *The English Prison and Borstal* (Routledge & Kegan Paul, 1952) 220.

¹⁵ S. EASTON, *Prisoners' Rights: Principles and Practice*, Routledge, 2011, 229.

¹⁶ Representation of the People Act 1918.

¹⁷ *Ibid.*

match that of the male restriction¹⁸. Following the Second World War, and in order to return to a state of affairs the drafters of the Forfeiture Act had intended, all prisoners serving a sentence of less than 12 months were administratively able to vote following the RPA 1948¹⁹. The Act stated that the postal vote was available to those ‘no longer resident at their qualifying addresses’²⁰. Thus, in accordance with the Forfeiture Act, all those sentenced to less than 12 months could register to vote through a postal ballot. However, the real liberalisation of the ban on prisoner votes came, although perhaps unintentionally, following the enactment of the Criminal Law Act 1967²¹. This Act removed the distinction between felonies and misdemeanours construed within the Forfeiture Act²². As all offences were now classed within the same category, the restriction based on the distinction between those found guilty of a felony or a misdemeanour became obsolete. It was soon argued so to promote equality within Britain, that as there were ‘no similar [disenfranchisement] consequences’ following a conviction in Scotland, all prisoners in England and Wales should also be allowed to vote²³. Significantly, therefore, between 1968 and 1969 all prisoners in Britain, regardless of their crime or sentence length, could vote through a postal ballot.

In the spirit of the apparent social and political appetite for universal suffrage, it is unsurprising that Harold Wilson’s government lowered

¹⁸ Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928.

¹⁹ Representation of the People Act 1948.

²⁰ Representation of the People Act 1948, s 8 (1) (c).

²¹ Criminal Law Act 1967.

²² Criminal Law Act 1967, s 1.

²³ *Report of Committees Criminal Law Revision Committee: Seventh Report* (Cmd 2659, 1965) [79].

the voting age from 21 to 18 in 1969²⁴. It is surprising, however, that the same government – scarcely without any debate – abruptly decided to reinstate the blanket ban on *all* prisoners in Britain²⁵. The reversion back to the ban was justified at the time so to ‘give full effect’ to the recommendations of the private Speaker’s Conference Review of Electoral Law²⁶. The relevant provision articulated in section 4 of the RPA 1969 has been repeatedly affirmed, stipulating that all prisoners, notwithstanding the narrow exceptions explained above, are unable to vote²⁷.

Whilst there had been a positively clear and definite trend within Britain towards universal suffrage, it is unfortunate that within the space of two years, all prisoners went from being able to vote, to not²⁸. At the time, the decision to disenfranchise the prison population ran directly against the populist movement towards equal, universal suffrage. More recently, it has been asserted that Britain’s blanket ban continues to ‘fly in the face of the [contemporary] international consensus’ on the *right* to vote, the ongoing status of prisoners as holder of human rights, and penal punishment and rehabilitation²⁹.

2.2 *Hirst v UK*.

Given the significant implication of section 3 of the RPA 1983 on prisoners, it is somewhat surprising that it took until 2001 before the

²⁴ Representation of People Act 1969.

²⁵ Representation of People Act 1969, s 4.

²⁶ HC Debate 18 November 1967, vol 773, col 918.

²⁷ See Page 8.

²⁸ G. ROBINS, *The Rights of Prisoners to Vote: A Review of Prisoner Disenfranchisement in New Zealand*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 4/2016, 165, 172.

²⁹ S. FREDMAN, *From dialogue to deliberation: human rights adjudication and prisoners’ rights to vote*, 2013, 292, 309.

ban was legally challenged. Nevertheless, when it was contested firstly in the domestic court, and then more successfully in the ECtHR, a ‘landmark’ ruling provided the impetus for the contemporary debate on whether prisoners should have the vote³⁰. Along with two others, John Hirst sought a declaration stating that section 3 of the RPA 1983 was incompatible with the ECHR³¹. In rejecting the claim in the Divisional Court, Kennedy L.J. relied on the ECtHR judgment in *Mathieu-Mohin v Belgium*: whilst under Article 3 of Protocol No. 1 of the ECHR (A3P1) there is a right to vote, the right could be subject to implied limitations³².

Hirst decided to further pursue his claim, seeking permission to appeal to the ECtHR. In a decisive decision, the ECtHR held that whilst Member States did hold some margin of appreciation on how to implement A3P1, because the blanket ban disproportionately affected *all* prisoners, it was in breach of the Convention³³. Disappointed with the decision, the UK government requested that the case be referred to the Grand Chamber for review. Although accepting that there could be *some* impediment on the right to vote, the Grand Chamber held that any such interference had to be in pursuit of a legitimate aim and proportionate to the fulfilment of that aim³⁴. The government argued that the restriction on prisoner votes pursued the legitimate aim of ‘preventing crime and punishing

³⁰ A. LESTER, *The ECHR after 50 Years European Human Rights Law Review*, 2009, 461, 474.

³¹ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Pearson and Martinez; Hirst v Attorney-General* [2001] EWHC (Admin) 239.

³² *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Pearson and Martinez; Hirst v Attorney-General* [2001] EWHC (Admin) 239 citing *Mathieu-Mohin v Belgium* App no 9267/81 (ECtHR, 2 March 1987) [52].

³³ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 31.

³⁴ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 73.

offenders [as well as] enhancing civic responsibility and respect for the rule of law³⁵. The Grand Chamber established that Britain's margin of appreciation, whilst wide, was not all encompassing³⁶. Therefore, the Court concluded that 'such a general, automatic and indiscriminate restriction' on a fundamental Convention right was not proportionate and must be viewed as 'falling outside any acceptable margin of appreciation'³⁷. The Grand Chamber found against the government and upheld the Chamber's decision that the British blanket ban on prisoner voting was incompatible with the right to vote under A3P1.

2.3 A poor response to *Hirst v UK*

Following Strasbourg's politically unpopular decision in *Hirst v UK*, governments of all colours have used numerous schemes so as to avoid any change in the law³⁸. The desire of those sitting in the House of Commons to obstruct the adoption of even a slightly more nuanced approach culminated in 2011. In the process of debating an adjustment in the law, David Davis MP and Jack Straw MP introduced a cross-party motion rejecting the proposal to give prisoners serving less than four years the vote³⁹. Although there was overwhelming support for the motion and the maintenance of the blanket ban on prisoner voting, subsequent ECtHR judgments have continued to restate the need for Britain to reform the law because of

³⁵ Ibid., 50.

³⁶ Ibid., 74, 75, 82.

³⁷ Ibid., 82, 85.

³⁸ A. TICKELL, *Prisoner Voting Gambits: Disappointment all round in Chester, McGeoch and Moohan*, in *The Edinburgh Law Review*, 18/2014, 289, 290.

³⁹ HC Debate, 10 February 2011, vol 523, 495.

the A3P1 breach⁴⁰. Most obviously, following Attorney-General Dominic Grieve QC's attempt to persuade the Grand Chamber to reverse the *Hirst* ruling in *Scoppola v Italy*, the ECtHR maintained that the automatic and indiscriminate nature of the ban meant that modification was non-negotiable⁴¹. The Council of Europe's Committee of Ministers has also expressed 'serious concern' that change has not occurred, calling on the UK government to 'rapidly adopt' measures so to allow prisoners to vote⁴².

In the shadow of growing pressure from Strasbourg, and following the aforementioned vote in the House of Commons in 2011, the Coalition government established the Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill to look again at what reform, if any, should be implemented⁴³. In his capacity as Justice Secretary, Chris Grayling superficially welcomed the politically pragmatic and considered recommendation of the Committee that the vote should be given to those in prison for 12 months or less⁴⁴. Fuelling claims that the Joint Committee was set up just so the government was seen

⁴⁰ For example: *Frodl v Austria*, App no 20201/04, ECtHR, 8 April 2010, 25; *R (Chester) v Secretary of State for Justice; McGeoch v The Lord President of the Council & Anor*, 2013, UKSC 63; *Frith and Others v United Kingdom*, App no 47784/09, ECtHR, 12 August 2014; *McHugh and Others v United Kingdom* App no 51987/08, ECtHR, 10 February 2015.

⁴¹ *Scoppola v Italy No. 3* App no 126/05, ECtHR, 22 May 2012, 78.

⁴² The Council of Europe's Committee of Ministers Interim Resolution CM/ResDH (2009) 1601 (3 December 2009); The Council of Europe's Committee of Ministers Decisions CM/Del/Dec (2010) 1078.

⁴³ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) [1-2].

⁴⁴ Rt Hon Chris Grayling, 'Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill (*parliament.uk*, 25 February 2014) in <http://www.parliament.uk/documents/joint-committees/Draft-Voting-Eligibility-Prisoners-Bill/Grayling-letter-to-Chair.pdf>, accessed 27 October 2015.

to being doing something, no further action has been, nor looks likely in the immediate future to be taken, so to change the law⁴⁵.

It is conclusively apparent that notwithstanding the reluctance of the British government to change the law on prisoner disenfranchisement following the ruling in *Hirst*, Britain remains under sustained pressure from the ECtHR to alter the indiscriminate implementation of the blanket ban on prisoner voting. In order to do this, it is necessary to put aside the criticisms surrounding parliamentary sovereignty that too often hijack the significance of the *Hirst* ruling, and look rationally at the credible arguments in support of prisoner enfranchisement.

3. The status of the vote.

Whilst the significant, long-standing struggle to widen the electoral franchise in Britain has been crucial to the development of the democracy she enjoys, the government still assert that it is appropriate to take the vote away from prisoners⁴⁶. In order to highlight the significance of the removal of the vote, this chapter will evaluate whether there is a right to vote protected under international law. Next, this chapter will critique the view that the vote is a mere privilege. Finally, in considering the significance of the vote as a right and not a privilege, this chapter will point to examples in which judges from around the world have reiterated a prisoner's right to vote, regardless of their crime. In so doing, this chapter will decisively assert that the right to vote is a *fundamental* right.

⁴⁵ D. SCOTT, *The Politics of Prisoner Legal Rights*, in *The Howard Journal*, 52/2013, 233, 242.

⁴⁶ C. MURRAY, *Playing for Time: Prisoner Disenfranchisement under the ECHR after Hirst v United Kingdom*, in *Kings Law Journal*, 22/2011, 309, 310.

3.1 *Is there a legal right to vote?*

Much of the contention surrounding whether the blanket ban on prisoner voting is appropriate centres around the debate on whether the right to vote is a fundamental right or only a privilege. It was compellingly and successfully argued in *Hirst* that under A3P1, a right to vote exists⁴⁷. Article 3 of the First Protocol of the Convention states that:

The High Contracting Parties undertake to hold *free elections* at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the *free expression of the opinion of the people* in the choice of the legislature⁴⁸.

The courts have continued to construe A3P1 so to include a right to vote, emphasising how the rights guaranteed under A3P1 are ‘crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy’⁴⁹. The Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill similarly confirmed the status of the vote as a right as opposed to a privilege⁵⁰. The wording of A3P1 is, however, different to almost all the other substantive clauses within the Convention, leading some to question that as the Article does not specifically say ‘everyone has the right to free elections and the right to vote’, there is no individual right to free elections or to vote⁵¹. However, the ECtHR sturdily confirmed that there is no difference in

⁴⁷ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 56.

⁴⁸ Article 3 of the First Protocol of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention of Human Rights, as amended) ECHR 1952, [Emphasis added].

⁴⁹ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 58; *Lingens v Austria*, App no 9815/82, ECtHR, 8 July 1986, 41, 42.

⁵⁰ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) (n 43) [155].

⁵¹ *Mathieu-Mohin v Belgium* App no 9267/81, ECtHR, 2 March 1987, 48.

the significance of the rights protected under A3P1 than the other substantive rights contained within the Convention, and that there is a *right to vote*⁵².

Various other international treaties heighten the status of the vote as a fundamental right. For example, Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to which the UK acceded to in 1968, provides that:

*Every citizen shall have the right and opportunity, without any of the distinctions mentioned in Article 2 and without unreasonable restrictions...to vote at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage*⁵³.

The distinctions set out in Article 2 are ‘of any kind’ and thus intentionally broad so to promote complete equality and universal suffrage, dependent on nothing other than being a human being⁵⁴. Therefore, legally speaking, it can confidentially be stated that there is strong evidence indicative of a universal right to vote, central to democracy⁵⁵.

Although the right to vote is plainly protected under international law, it can occasionally be limited. It is acknowledged that within international law a ‘tier’ of rights exist, differentiating between absolute rights and general rights⁵⁶. For example, the prohibition of torture under Article 3 of the ECHR offers absolute protection and is

⁵² Ibid., 50.

⁵³ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), Article 25 (b), [Emphasis added].

⁵⁴ Ibid., Article 2.

⁵⁵ HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 543.

⁵⁶ S. CHAKRABARTI and D. RABB, *Should Prisoners Have the Right to Vote?*, in Prospect <http://www.prospectmagazine.co.uk/regulars/duel-should-prisoners-be-able-to-vote>, 2/2014, accessed 30th October 2015,.

thus an absolute right, whereas under Article 5 of the ECHR, a person can be deprived of their liberty if ‘lawfully detained’⁵⁷. Thus, not all rights protected under the ECtHR are unqualified. Specifically, notwithstanding the assertion that A3P1 provides for a right to vote, the ECtHR in *Hirst* proclaimed that the right to vote is a *general* right and not absolute⁵⁸. The vote can in certain circumstances, therefore, be limited. This was confirmed in *Scoppola* when the Grand Chamber accepted the Italian’s seemingly more considered approach to prisoner disenfranchisement, in which only those imprisoned for 3 years or more are automatically disenfranchised⁵⁹. However, in order to ensure that any limitation is warranted, the courts have made clear that a fundamental *general* right, including the vote, cannot be restricted unless the restriction has a legitimate aim and that any restriction is proportionate to that aim⁶⁰. The extent to which Britain’s limitation on the vote fulfils this criterion will be evaluated in Chapter Four, pointing to the severe weaknesses of the government’s argument in *Hirst*. Whilst it must be conceded that in certain instances general rights, including the vote, may be legally limited, the presumption *does* and *must* remain that everyone,

⁵⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention of Human Rights, as amended) ECHR 1950, Article 3, Article 5 (1).

⁵⁸ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 60.

⁵⁹ *Scoppola* (n 43); Pablo Marshall ‘Scoppola v Italy on Prisoners’ Disenfranchisement (European Court of Human Rights): Consequences for the UK Debate (*Social Science Research Network*, 17th February 2013), in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886439>, 5/2016, accessed 8 April.

⁶⁰ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 74-75, 76-86, confirmed in *R (on the application of Barclay) v Secretary of State of Justice*, UKSC, 9/2009, 58.

regardless of their race, wealth, social class, sexuality or even status as a prisoner, has a legally protected right to vote.

3.2 “The vote is only a privilege”.

Even though those who argue that the vote is a right do so convincingly, with strong legal authority, supporters of prisoner disenfranchisement predominately base their argument on the premise that the vote is not a right, but a privilege⁶¹. This view was most evident during the 2011 debate on the cross-party motion on whether to maintain the blanket ban in the House of Commons. For example, Angie Bray MP dissuasively argued that the vote is a privilege because historically, individuals had to ‘fight so long and hard’ to get it⁶². It would seem, however, that Ms Bray misses the point made by those who did indeed fight so long and hard for universal suffrage: everyone, regardless of individual circumstances, should enjoy the right to vote⁶³. In light of this, it appears more plausible to argue that branding the vote a privilege in order to rationalise its removal is actually what undermines the fight for universal suffrage Bray professes to support.

Many other MPs from all sides of the House of Commons spoke in a similar way⁶⁴. However, there would appear to be a paradox within the parliamentary discussion on the status of the vote. For example, the Prime Minister, David Cameron, was quoted in an interview

⁶¹ D. McNULTY, N. WATSON, G. PHILO, *Human Rights and Prisoners’ Rights: The British Press and the Shaping of Public Debate*, in *The Howard Journal*, 4/2014, 360, 363.

⁶² HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 537.

⁶³ S. EASTON, *Constructing Citizenship: Making Room for Prisoners’ Rights*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, 30/2008, 127, 129.

⁶⁴ HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 534.

stating that he wants his children to grow up in a world where Britain champions ‘democracy, freedom and rights’⁶⁵. In light of those comments, it would not be unreasonable to assume that Cameron would be in favour of sponsoring the expansion of the vote to more people as a means to promote democracy, freedom and rights. Nonetheless, whilst on the one hand endorsing the importance of democracy and voting in the 2016 European Referendum, Cameron also memorably claimed that the thought of giving prisoners the vote made him feel ‘physically ill’⁶⁶. It would seem, therefore, that the significance of the vote as a right and the fundamental crux of our democracy is clearly affirmed when it suits those in power, especially when they want individuals to go out and vote for them and their beliefs. Conversely, the status of the vote is ‘downgraded’ to a mere privilege by the same people to justify the continuation of the ban on prisoner votes. In reality, politicians cannot have it both ways. It is argued that this parliamentary paradox and inconsistency weakens the credibility of those who maintain that the vote can be withdrawn from prisoners because it is only a privilege. Such arguments are further undermined in light of the express judicial affirmation that in the 21st century the vote is classed as a right and strictly not a privilege⁶⁷.

⁶⁵ T. McTAGUE, *David Cameron interview: Prime Minister urges people to vote in EU referendum or you’ll find we’re out*, *The Independent* (London, 19 March 2016), in <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/david-cameron-interview-prime-minister-urges-people-to-vote-in-eu-referendum-or-youll-find-were-out-a6941436.html>, accessed 11 April 2016.

⁶⁶ ‘Cameron urges young people to vote in EU referendum’ (*4 News*, 7 April 2016), in < <http://www.channel4.com/news/cameron-urges-young-people-to-vote-in-eu-referendum>>, accessed 7 April 2016; HC Debate 3 November 2010, vol 517, col 921.

⁶⁷ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 59.

3.3 *The right to vote in a democracy.*

It was previously maintained by the Supreme Court of Canada that the core democratic rights – most vividly expressed through the right to vote – ‘do not fall within a range of acceptable alternatives among which Parliament may pick and choose to apply at its discretion’⁶⁸. Although Britain and Canada enjoy different constitutional backgrounds, the significance of the Canadian decision in *Sauvé*, a case cited frequently in *Hirst*, provides constructive insight to the issue of prisoner votes. It was held in *Sauvé* that the disenfranchisement of prisoners serving sentences of longer than two years unjustifiably infringed their right to vote under the Canadian Charter of Rights and Freedoms⁶⁹. Although the ECtHR in *Hirst* noted that Britain did have some margin of appreciation when implementing A3P1, the ECtHR largely adopted the same approach as the Court in *Sauvé*. Most markedly, the ECtHR confirmed that any deviation from the presumption of universal suffrage and there being a right to vote profoundly undermined democracy⁷⁰. Though not going so far as to label *any* infringement inappropriate, in recognising the weight of the vote, the decision in *Hirst* illustrates a welcomed resistance to the impediment on the right to vote principally because of its status as a fundamental right, central to democracy.

Furthermore, the lengths to which some States have gone to in order to protect the vote strengthens its internationally recognised standing as a *universal* human right. For example, an Israeli court refused to

⁶⁸ *Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)* 2002 SCC68, [13].

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 62; *Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC68, 34.

remove the vote from one of the most publicly despised individuals, Yigal Amir, found guilty of assassinating Prime Minister Rabin, because of the irrevocable harm removing it could do to democracy⁷¹. It was credibly argued that when the vote is denied, ‘the base of *all* fundamental rights is shaken’⁷². In order to protect and promote democracy, the Court rightly declared that the law’s respect for Amir’s rights should be prioritised over any ‘contempt for the act’⁷³. The desire to protect an individual’s power to vote over the actions of that individual implies a suitable confirmation that elsewhere in the world, the vote is categorised as a fundamental right. In a similar move, the South African Constitutional Court made a thoughtful contribution when it held that the right to vote represents a badge of citizenship and confirms to society that ‘everybody counts’, *regardless* of whom he or she is or what he or she has done⁷⁴. Whilst it is not within the scope of this article to discuss exhaustively the specific national conclusions on whether there is a right to vote, or their justifications for doing so, the above examples are *indicative* of an acceptance – not exclusive to Britain – that a fundamental right to vote does exist.

3.4 Conclusion.

This chapter has demonstrated how, as decisively confirmed in *Hirst*, there is an internationally protected right to vote under A3P1. In light of this, those who suggest that the vote can be withdrawn from

⁷¹ A. EWALD and B. ROTTINGHAUS (eds), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, in *Cambridge University Press*, 62/2009, 45, 46.

⁷² C. BEHAN, *Prisoners, Politics and the Polls*, in *The British Journal of Criminology*, 48/2008, 319, 320, citing *Hilla Alrai v Minister of the Interior* (HC 2757/96; 1996).

⁷³ *Hilla Alrai v Minister of the Interior* (HC 2757/96; 1996).

⁷⁴ *August and Another v Electoral Commission and Others* (CCT 08/99), 1999, ZACC 3, 17.

prisoners because it is only a privilege should face a strong and convincing rebuttal. A concerning paradox within the parliamentary debate has been identified which undermines the credibility of those who maintain that the vote is only a privilege. It must be accepted that although not absolute, within a democratic nation there is a fundamental, *human right to vote*. These facts, therefore, immediately illustrate why the removal of a prisoner's right to vote is not appropriate in Britain.

4. Prisoners are still people.

Winston Churchill famously called for the 'dispassionate recognition of the rights' of those incarcerated⁷⁵. In considering this, this chapter will firstly assess the extent to which a prisoner retains their citizenship, challenging the historic yet contemporary presented idea of a 'civic death'. In establishing that prisoners retain their citizenship, this chapter will argue that *prima facie* prisoners retain all of their human rights. However, this chapter will demonstrate how there has been a judicial willingness to permit some limited interference with the rights of prisoners in the name of good order and discipline. Despite these limited instances, this chapter will assert that the blanket ban on prisoner voting is fundamentally inconsistent with a prisoners' ongoing status as a citizen and, therefore, legally inappropriate.

4.1 Citizenship, virtue and the vote.

When an individual is incarcerated, it is inevitable that some interference with his rights will occur. However, it is compellingly asserted that whilst a prisoner may legally lose his right to liberty due to his crime, it should be presumed that he retains his citizenship and

⁷⁵ HC Debate 20 July 1910, vol 19, cols 1326-27, col 1354.

attached fundamental rights, including the already established right to vote⁷⁶. Despite this contention, some continue to argue that owing to a criminal act serious enough to warrant a custodial sentence, a prisoner should not be entitled to exercise their fundamental right *as a citizen* and vote⁷⁷. Those who prescribe to this view believe that through his wrongful actions, he has committed himself to a civic death and consequently forfeited the rights allegedly ‘exclusive’ to citizenship⁷⁸. The notion of a civic death can be traced back to ancient Greece and Rome, where those found guilty of offences were ‘relegated’ to the status of the common man⁷⁹. The Greeks and Romans saw fit to punish those guilty of a crime by revoking all previously held citizenship rights, including most significantly, the right to own property and the accompanying right to vote⁸⁰. Importantly, these rights were not enjoyed universally because citizenship was not enjoyed universally. Greek women, for example, were incapable of holding citizenship, viewed merely as the ‘bearers’ of future ‘citizens’⁸¹. Equally, because of their position in society, slaves were viewed as too unworthy to enjoy citizenship status⁸². Thus, through his wrongful actions, he was now a common man, or a

⁷⁶ S. EASTON, (n 65) 129; See Chapter Two.

⁷⁷ Z. PLANINC, *Should Imprisoned Criminals have a Constitutional Right to Vote?*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2/1987, 153, 154.

⁷⁸ M. DHAMI, *Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy?*, in *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 5/2015, 235, 239.

⁷⁹ S. FOSTER, *Reluctantly Restoring Rights: Responding to the Prisoner’s Right to Vote*, in *Human Rights Law Review*, 9/2009, 489, 490.

⁸⁰ GRAEME ORR, *Ballotless and Behind Bars: The Denial of the Franchise to Prisoners*, in *Federal Law Review*, 26/1988, 55, 62.

⁸¹ S. EASTON, (n 65) 130.

⁸² S. EASTON, *Electing the Electorate: The Problem of Prisoner Disenfranchisement*, 2006, *MLR*, 443, 444.

‘slave of the state’, rather than an active citizen⁸³. Owing to an apparent unwillingness to ‘serve the common good’, it was accepted that the common man lacked the necessary virtue to vote⁸⁴. The unworthiness attached to the common man, and by implication the prisoner, supposedly threatened the purity of the ballot box and undermined the value of the vote of those who positively sought to serve society⁸⁵. Whilst this may seem somewhat archaic, it is still sketchily argued that due to a perceived lack of virtue – resulting in a civic death – prisoners are unsuitable to vote.

Although it may be plausible to assume that on the whole those in prison are less concerned about society than those not in prison, the apparent connection between virtue, worthiness and the constraint on the right to vote is weak⁸⁶. Following the *Hirst* decision, the Joint Committee on Human Rights confirmed that the enjoyment of one’s fundamental rights, including the right to vote, is not dependent on good citizenship⁸⁷. Accordingly, regardless of how unvirtuous or otherwise an individual in prison is perceived to be, they should not be deprived of their fundamental human rights⁸⁸. Grounding the

⁸³ M. MUSHLIN and N. GALTZ, *Getting Real About Race and Prisoner Rights*, in *Fordham Urban Law Journal*, 36/2008, 27, 32.

⁸⁴ Q. SKINNER, *The Paradoxes of Political Liberty* in Sterling McMurrin (ed), *The Tanner Lectures on Human Value Volume VI*, 1/1986, in *Cambridge University Press*, 57/2011, 242.

⁸⁵ G. ROBINS (n 30) 190.

⁸⁶ A. MACKENZIE, *Lock Them Up and Throw Away the Vote: Civil Death Sentences in New Zealand*, in *Auckland University Law Review*, 19/2013, 197 - 204.

⁸⁷ Joint Committee on Human Rights *Monitoring the Government’s Response to Human Rights Judgments: Annual Report 2008* (2007-08, HL 173, HC 1078), 58.

⁸⁸ K. SINGH, *Civil Death of Prisoner: Disenfranchising the Prisoner in Reality Causes His Civil Death*, in *National University of Juridical Sciences Law Review*, 1/2008, 239 - 242.

extent to which an individual has a right to vote on their perceived virtue risks implying that a certain ‘character’ is necessary to vote⁸⁹. Such a concept, however, undermines the historically welcomed moves in Britain towards universal, equal suffrage analysed in Chapter One⁹⁰. For example, it is suggested that to try and justify a restriction on the franchise on the basis of land ownership in the 21st century would thankfully fail because voting qualifications are viewed as archaic and discriminatory⁹¹. The right to vote is not dependent on home ownership. By implication, therefore, it would seem similarly absurd in the 21st century to try and justify the ban on prisoner voting because of apparently missing ‘hypothetical’ moral worth, somehow required to participate as a citizen.

The alleged link between the right to vote and virtue is further weakened considering the fact that there are individuals currently not serving a prison sentence whom society may view as less virtuous than some of those resident in prison. For example, it is probable that those who legally avoid paying what is judged to be a ‘fair’ amount of taxation are seen as morally unworthy to partake in society. Notwithstanding their implied immorality, if such individuals act within the letter of the law, they retain their right to vote and their ability to seemingly threaten the purity of the ballot box⁹². Likewise, it is worth considering that there are many people who commit a crime and demonstrate a lack of civil integrity, but who do not receive

⁸⁹ M. MAUER, *Voting Behind Bars: An Argument for Voting by Prisoners*, in *Howard Law Journal*, 54/2011, 549 - 557; S. BRENNER and N. CASTLE, *Granting the Suffrage to Felons in Prison*, in *Journal of Social Philosophy*, 34/2011, 228 - 238.

⁹⁰ See Pages 8-9.

⁹¹ M. MAUER, (n 91) 557.

⁹² A. MACKENZIE, (n 88) 204.

a custodial sentence. Whereas in reality there is not always a concrete connection between a lack of virtue and imprisonment, justifying the ban on the basis of a lack of virtue troublingly classes, for example, a mass-murderer and petty thief – *just by implication their incarceration* – as equally immoral⁹³. Such insinuations do not appear fair. Moreover, practically speaking and in the interests of equivalence, focusing solely on the virtue of the individual would necessitate the removal of the right to vote from *all* those who, despite not being found guilty of a criminal offence, lack the necessary character apparently required to engage in society⁹⁴. It is, therefore, asserted that justifying the removal of the right to vote from everyone in prison just because they apparently lack adequate morality is flawed⁹⁵. The superficial and out-dated notion of a civic death is clearly an inadequate means in which to justify a blanket ban on prisoner voting.

4.2 The prisoner as a citizen: a holder of rights.

Notwithstanding those who unsatisfactorily assert that a convicted prisoner is subject to a civic death and a consequential loss of fundamental rights, the general judicial and scholarly consensus looks to accept that whilst in prison, an individual retains his citizenship and human rights⁹⁶. The judicial basis for such a claim in

⁹³ A. EWALD, *Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States*, in *Wisconsin Law Review*, 5/2002, 1045, 1100.

⁹⁴ P. RAMSAY, *Voters should not be in prison! The rights of prisoners in a democracy*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16/2013, 421.

⁹⁵ A. MACKENZIE, (n 88) 204.

⁹⁶ Stephen Livingstone, Time Owen and Alison Macdonald, *Prison Law* (4th edn, OUP 2008) 21.

Britain is rooted in the decision in *Raymond v Honey*⁹⁷. Following the approach taken by the United States Court of Appeal in *Coffin v Reichard*, Lord Wilberforce famously held that a prisoner retains all rights not removed ‘expressly or by [the] necessary implication’ of his incarceration⁹⁸. Although it has been argued that the decision in *Raymond* rightly opened prison life and the concerns of prisoners into the realm of judicial scrutiny, the qualification of ‘expressly or by necessary implication’ has unfortunately left significant scope for politicised discretion⁹⁹. For example, Jack Straw MP has argued that ‘whilst every effort is rightly made to treat prisoners with dignity’, disenfranchisement is a justifiable implication of incarceration because of the link between liberty and the vote¹⁰⁰. While to some extent the physical act of suffrage may be linked to liberty, removing the vote solely on that basis is unsound¹⁰¹. There would likely be an outcry if a prisoner were unable to practice their religion because doing so was dependent on liberty. Just like the right to freedom of ‘thought, conscience and religion’ under Article 9 of the ECHR, it was demonstrated in Chapter Two that the vote is a fundamental right under A3P1, dependent on *nothing* other than being a human being¹⁰².

Fortunately, the courts have interpreted ‘necessary implication’ in *Raymond v Honey* so as to only permit the removal of rights

⁹⁷ *Raymond v Honey*, 1983, 1 AC 1.

⁹⁸ *Coffin v Reichard* 143 F.2d 443/1944; *Raymond* (n 97) [10] (Lord Wilberforce).

⁹⁹ S. EASTON, (n 65) 135-136.

¹⁰⁰ HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 504.

¹⁰¹ A. MACKENZIE, (n 88) 209.

¹⁰² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention of Human Rights, as amended) ECHR 1950, Article 9 (1); See Page 14.

explicitly related to the functioning of penal institutions¹⁰³. For instance, administrative considerations may require that a prisoner's freedom of assembly and association is limited, but through the necessary implication of ensuring order within the prison¹⁰⁴. Although some argue that it is somewhat artificial to assert that prisoners enjoy the same rights as those free in society, the extent to which disenfranchisement is a 'necessary implication' of imprisonment is questionable¹⁰⁵. It is especially questionable owing to the fact that following *Raymond*, the courts are obliged to give greater weight to the rights of prisoners¹⁰⁶. Though the 'necessary implication' caveat implies some limitation on rights may be legitimate, the overarching presumption from *Raymond* remains that a prisoner retains his ability to exercise his fundamental rights, including the right to vote.

The Grand Chamber confirmed in *Hirst* that there was 'no question that a prisoner forfeits his Convention rights' just because he is in prison, and thus any interference has to be suitably justified¹⁰⁷. It is suggested that the ECtHR commitment to protect the rights of prisoners is indicative of an increasing willingness over the last 30 years to more adequately reconcile fundamental rights with the inevitable restrictions associated with imprisonment¹⁰⁸. Plainly taking inspiration from Lord Wilberforce in *Raymond*, Lord Steyn

¹⁰³ D. SCOTT, (n 47) 239

¹⁰⁴ The Prison Rules Order 1999, SI 1999/728, Rule 6.

¹⁰⁵ P. RAMSAY, *Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights*, in LSE Law, Society and Economy Working Paper, 7/2013, in <https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-07_Ramsay.pdf>, accessed 8 April 2016.

¹⁰⁶ S. FOSTER, (n 81) 499.

¹⁰⁷ *Hirst* (n 1) [70], [69].

¹⁰⁸ S. EASTON, (n 65) 136.

held in *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Leech (No 2)* that any restriction on a prisoner's rights would only be acceptable if there was an 'evident and pressing need' warranting it¹⁰⁹. Leech challenged the provision within the Prison Rules that allowed prison governors to read all the letters an inmate received, including, those from a lawyer until legal proceedings began¹¹⁰. Whilst the Court of Appeal held that Section 47 (1) of the Prison Act 1952 did not expressly authorise such interference, some 'screening of correspondence' was permitted through the *necessary implication* of ensuring correspondence was not 'unobjectionable'¹¹¹. The Court ruled that any such intrusion must only be the 'minimum necessary' so as to meet the suggested aims¹¹². As such, whilst the Court *prima facie* accepted that some interference might be permissible, it must be measured so as not to go too far.

The House of Lords reaffirmed Lord Steyn's approach in *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Daly*, holding that imprisonment does not 'wholly deprive the person' of the rights enjoyed by those outside of prison¹¹³. Moreover, any restriction on rights must only interfere in a way required to meet the ends justifying the restriction¹¹⁴. Lord Bingham elaborated, stating that although rights may be qualified to ensure the effective operation of a particular prison, they 'survive the making of the custodial order'¹¹⁵.

¹⁰⁹ *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Leech*, QB 198, 2/1994, 212 (Lord Justice Steyn).

¹¹⁰ *Leech* (n 111) 218.

¹¹¹ *Leech* (n 111) 218; Prison Act 1952, s 47 (1).

¹¹² *Leech* (n 111) 218.

¹¹³ *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Daly*, 2001, UKHL 26 [5] (Lord Bingham).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

Therefore, evident within a series of cases heard in the domestic courts that challenge the premise that a prisoner is subject to a civic death, is a clear judicial appetite to protect the fundamental rights of prisoners and their ongoing status as a citizen. The principal accord seems to hold that each prisoner – regardless of how offensive their criminality is – remains a human being and thus a holder of fundamental rights¹¹⁶. Obviously owing to incarceration some curtailment of rights is inescapable, but the courts in both Strasbourg and Britain will justly resist any groundless intrusion on the rights of prisoners. Hence, given the status of the vote as a fundamental right, and owing to the fact that it is not suggested anywhere that removing the vote from a prisoner is a necessary implication of incarceration, a prisoner *should* retain his legal right to vote.

Despite clear judicial statements emphasising the fact that rights extend beyond the prison walls, there have been instances where the courts have shown a worrying readiness to alter the balance against the rights of the prisoner so to guarantee ‘good order and discipline’ within prisons¹¹⁷. Though seen as the protector of human rights, Lord Woolf explained that it is ‘not for the courts to run the prison’ and as such they must afford some discretion to those who do¹¹⁸. The belief that the courts should refrain from getting too involved in the running of a prison stems from Goddard L.J.’s declaration that ‘it would be fatal to all discipline in prison if governors and wardens had

¹¹⁶ See for example: *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms and O’Brien* in WLR, 3/1999, 328; *Frodl* (n 42) [25].

¹¹⁷ *Wolff v McDonnell* 418 US 539 (1974), 556; D. EADY, *Prisoners Rights since the Woolf Report: Progress or Procrastination*, in *The Howard Journal*, 2007, 264.

¹¹⁸ *The Queen on the application of “P” and “Q” v The Secretary of State for the Home Department* EWHC, 2001, 357 (QB), 57 (Lord Woolf).

to perform their duty...in the fear of an action before [the court]’¹¹⁹. It is argued that if the courts show too much enthusiasm to get involved, they risk undermining the effective management of the prison system. However, it is probable that the preparedness of the court to accept an impediment on a fundamental right is indicative of a wider issue centred on the debate over ‘institutional competence’¹²⁰. The discussions surrounding institutional competence essentially hinge on the proposition that one branch of government may be better equipped to perform a particular function than another¹²¹. In terms of running the prison, the courts look to agree that the government is more suited to overseeing the overall management of the prison system. In accepting this, it would seem that the judiciary prefer to be seen as merely *supervising* and ensuring the preservation of human rights within prison walls¹²². The judicial reluctance to get too involved in the specificity of managing the prison system is not a problem in itself; however, the extent to which this develops into a failure to provide adequate protection against illegitimate interference *is*, and thus risks undermining the judicially accepted opinion that prisoners retain their human rights. Ultimately, it is asserted that the debate over institutional competence *should not* discourage or impede judges from performing their *duty* in upholding the shared humanity of the prison population.

¹¹⁹ *Arbon v Anderson*, KB, 1943, 252, 255.

¹²⁰ A. CHILTON and C. WHYTHOCK, *Foreign Sovereignty Immunity and Comparative Institutional Competence*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, 411.

¹²¹ *Ibid* 414.

¹²² D. SCOTT, (n 47) 247.

Whilst the court is only ready to allow an interference with a prisoner's rights if it is justified, the interpretation of what amounts to a 'justification' has, in some cases, regrettably proven to be considerably wide. Though it is accepted that there are practical instances in which prisoners legitimately have their rights limited, too much focus on ensuring good order and discipline can produce occasions where rights are undermined and individual prisoners are, for example, subject to 'appalling conditions of segregation'¹²³. Although of course it is right that the courts show a suitable level of deference towards parliament, and notwithstanding the fact that judges are often labelled the '*unelected and unaccountable*' guardians of the law, they maintain a responsibility to protect the rights of *everyone*¹²⁴. It is further asserted that owing to the significance of the right to vote as the 'right of rights', the duty to protect the vote is intensified¹²⁵. The occasional inadequacy of the protection of the fundamental rights of prisoners has led some to credibly argue that the court's attitude in allowing an interference fails to commit appropriately to the judicially and scholarly acknowledged status of prisoners *as people*¹²⁶. As previously explained, the ECtHR in *Hirst* was clear that there was 'no room' for the out-dated, historic idea of a civic death purely because of a prisoner's enduring status as a citizen¹²⁷. Thus, despite occasional judicial tendencies to prioritise the management of a prison, the premise that those incarcerated continue to enjoy rights by virtue of

¹²³ D. EADY, (n 119) 272.

¹²⁴ S. FREDMAN, (n 31) 296.

¹²⁵ J. WALDRON, *The Right of Rights*, Proceedings of the Aristotelian Society, 1998, 307.

¹²⁶ D. SCOTT, (n 47) 245.

¹²⁷ *Hirst* (n 1) [O-115].

their ongoing citizenship status prevails. The suggestion that prisoners only enjoy privileges capable of being ‘withdrawn at the whim of management’ is plainly inconsistent with the examined jurisprudence on the status of the prisoner, holder of rights¹²⁸.

4.3 Conclusion.

It would appear that the suggestion that when incarcerated one is subject to a civic death is legally inaccurate and out-dated. It is correct to assert that all prisoners, whoever they are, whatever they have done, remain citizens of the state and thus *prima facie* retain all fundamental rights. The loss of the right to vote cannot be justified as a necessary implication of incarceration. In light of this, unless in proportionate pursuit of a legitimate aim – the subject of the next chapter – the removal of the prisoners’ right to vote is legally flawed and inappropriate. Instead, considering the established right to vote, it seems legally necessary, and consequently more appropriate, to re-enfranchise the prison population.

5. The practical implications of the blanket ban on prisoner voting

Whilst a prisoner retains his human rights during incarceration, the previous chapter signalled that the courts *may* accept some interference with the fundamental right to vote if such interference is proportionately applied in pursuit of a legitimate aim. In light of this, this chapter will demonstrate how the ban is further inappropriate because it fails to meet the aims professed in *Hirst*. This chapter will briefly argue that the ban is not justified on the basis of punishment. Next, this chapter will evaluate the extent to which the vote can encourage proactive citizenship and thus deter future criminal

¹²⁸ S. SHAW, *Conviction politics: a plan for penal policy*, Fabian Society, 1987, 9.

activity. Finally, this chapter will assert that the ban is unsuitable because it is disproportionately applied. From this analysis, it will be clear that it would be *more appropriate* to re-enfranchise the entire prison population.

5.1 Does the blanket ban have a legitimate aim?

It is argued that although the court is equipped to permit an interference with a fundamental right, it will do so reluctantly. In order to justify a restriction on an individual's right, the government must fulfil two conditions set by the courts. Firstly, any interference must be limited in pursuit of a legitimate aim, and secondly, the interference must be proportionate to that aim¹²⁹. As set out in Chapter One, the government stated in *Hirst* that the aim of the ban on prisoner votes was two-fold: it sought to punish offenders and enhance civic responsibility¹³⁰. Although the ECtHR rejected the government's argument that when imprisoned an individual forfeits his rights, with little reasoning the ECtHR found that ban 'may be regarded as pursuing the [legitimate] aims identified by the government'¹³¹. Unsurprisingly, this part of the *Hirst* decision has been criticised for not adequately recognising the status of the prisoner as equal to every other human being in Britain.¹³² On the basis that the ban, however it is justified, undermines both the significance of the vote as a fundamental right, and the common humanity of the prisoner, the ECtHR acceptance of the government's

¹²⁹ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 74, 75, 76 - 86, confirmed in *R (on the application of Barclay) v Secretary of State of Justice*, 2009, UKSC 9 58.

¹³⁰ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 75.

¹³¹ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 76.

¹³² S. FOSTER (n 81) 497.

aims as legitimate is immediately concerning. More notable, however, is the questionable extent to which the ban even meets the aims signalled by the government.

5.2 Prisoner disenfranchisement as a punishment

Although the government argues that withdrawing the vote from prisoners serves to both punish and enhance civic responsibility, it is credibly claimed that disenfranchisement is fundamentally inconsistent with both aims¹³³. Firstly, it is contended that the justification for the removal of the vote on the basis that it punishes those in prison is unfounded¹³⁴. The most obvious problem with disenfranchising all prisoners on the basis of punishment centres on its blanket application. Notably, the blanket application ignores the requirement that there must be some causal link between an individual's specific crime and their punishment¹³⁵. Taking the vote away from all prisoners without taking into account the specific offence fails to adhere to the punitive principle of just desert¹³⁶. According to this theory, any punishment should be proportionate to the offence committed¹³⁷. Considering this, it may be accepted that removing the vote from those guilty of electoral offences could serve

¹³³ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 74, Orr (n 80), 69.

¹³⁴ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill (n 43) [156].

¹³⁵ *Ibid.*, 140.

¹³⁶ 'Prison Reform Trust Submission to the Joint Select Committee Consultation on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill' (*Prison Reform Trust*) in <[http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/Documents/PRT%20Submission%20Joint%20Committee%20Voting%20Eligibility%20\(Prisoners\)%20Draft%20Bill.pdf](http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/Documents/PRT%20Submission%20Joint%20Committee%20Voting%20Eligibility%20(Prisoners)%20Draft%20Bill.pdf)>, accessed 7 April 2016, 4.

¹³⁷ D. ANDREWS and J. BONTA, *Rehabilitating Criminal Justice Policy and Practice, Psychology*, in *Public Policy and Law*, 10/2016, 39, 40.

as a proportionate punishment, and thus satisfy the just desert principle¹³⁸. However, the removal of the vote from someone incarcerated for assault, for example, seems unrelated and disproportionate to the offence. Removing the vote so as to punish those in prison also ignores the fact that they are already punished through their incarceration¹³⁹. Easton, therefore, questions the suitability of further separating those in prison from society through disenfranchisement when unlike every other punitive measure handed down by the court, it is not relative to the criminal act¹⁴⁰. Considering this, it is surprising that the ECtHR in *Hirst* accepted that withdrawing the right to vote could be used as a punishment¹⁴¹. In reality, the only time in which withdrawing the vote may tenuously be justified as a means of punishment is when a prisoner's offence relates *specifically* to voting. In light of this, trying to justify the *blanket* ban on prisoner voting on the basis of punishment is inappropriate.

5.3 Prisoner disenfranchisement and civic responsibility.

It is further contended that contrary to the assertion that prisoner disenfranchisement enhances civic responsibility, removing the vote undermines efforts to rehabilitate offenders¹⁴². As a recognised aim of

¹³⁸ S. EASTON and C. PIPER, *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice* (OUP 2013).

¹³⁹ G. SLAPPER, *The Ballot Box and the Jail Cell*, in *The Journal of Criminal Law*, 1/2011, 1.

¹⁴⁰ S. EASTON, *Protecting Prisoners: The Impact of International Human Rights Law on the Treatment of Prisoners in the United Kingdom*, in *The Prison Journal*, 32/2013, 475, 477.

¹⁴¹ *Hirst* (n 1).

¹⁴² J. MANZA and C. UGGEN, *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy* (OUP 2006) 37.

sentencing, rehabilitation seeks to enhance the character of the criminal in a way that will allow him to function as a law-abiding, proactive member of society¹⁴³. In so doing, rehabilitative measures seek to promote the ongoing citizenship status of those in prison. Despite this aim, Cheney stresses that prisoner disenfranchisement actually only serves one true end: to further alienate those incarcerated from wider society¹⁴⁴. Owing to the aforementioned connection between the right to vote and citizenship, it is said that political participation promotes social inclusivity¹⁴⁵. Therefore, by implication, removing the right to vote undermines the enduring citizenship status of a prisoner and discourages the sense of social inclusion essential for effective rehabilitation¹⁴⁶. This cogent line of argument was persuasively presented and accepted by the Canadian Supreme Court¹⁴⁷. In confirming the risk of taking away an individual's ability to assert their collective identity and vote, the Court declared that 'disenfranchisement is more likely to become a self-fulfilling prophecy than a spur to reintegration'¹⁴⁸. As such, it appears more likely that to the detriment of both the prisoner and the wider community, the blanket ban will *further* distance an already strained connection with society.

¹⁴³ Criminal Justice Act 2003, s 142 (c); H. ITZKOWITZ and L. OLDAK, *Restoring The Ex-Offender's Right to Vote: Background And Development (1972-1973)*, in *American Criminal Law Review*, 721, 731.

¹⁴⁴ D. CHENEY, *Prisoners as Citizens in a Democracy*, in *The Howard Journal*, 47/2008, 134, 139.

¹⁴⁵ M. NASH, *Voting as a means of social inclusion for people with a mental illness*, in *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, 9/2002, 697, 698; See Page 18.

¹⁴⁶ M. MAUER, (n 91) 562.

¹⁴⁷ *Sauvé* (n 70)

¹⁴⁸ *Ibid* [37].

Again, a paradox between what the British Government says and what it does is evident. Whilst on the one hand, the government professes the significance of the right to vote as a valued element of citizenship, it simultaneously continues to argue that withdrawing the right to vote from a prisoner – the symbolic manifestation of citizenship – will enhance civic responsibility¹⁴⁹. In truth, it is convincingly argued that removing the vote figuratively severs the relationship between society and the prisoner¹⁵⁰. In undermining the prisoners' ties with the community the government expects them to reintegrate into, a 'message of rejection' is potentially conferred.¹⁵¹ Contrary to the notion that all prisoners remain equal citizens, it is apparent that the ban endorses a system that essentially promotes an inequality between those in prison and the rest of society. In considering this, it is illogical to claim that the removing the vote serves to enhance civic responsibility. Instead, the ban *isolates* the prisoner even further from society.

More specifically, there is evidence to suggest that if prisoners were given the vote, they would be less likely to reoffend¹⁵². In a well-cited study, Uggen and Manza examined the extent to which a correlation between political participation and criminal activity exists¹⁵³. Based on those arrested and incarcerated in America, the study looked at

¹⁴⁹ S. EASTON, (n 84) 451.

¹⁵⁰ C. BENNETT, *Penal Disenfranchisement*, in *Criminal Law and Philosophy*, 1/2014, 10.

¹⁵¹ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence *The Archbishop's Council, Church of England* (VEP 0018) 69.

¹⁵² J. MANZA and C. UGGEN, (n 144) 127.

¹⁵³ J. MANZA and C. UGGEN, *Voting and Subsequent Crime And Arrest: Evidence From A Community Sample*, in *Columbian Human Rights Law Review*, 2004-2005, 193, 194.

the behaviour of those who had voted in the previous Presidential election. Significantly, they found that those who voted were less likely to be arrested and imprisoned¹⁵⁴. For example, approximately 16 percent of non-voters were arrested between 1997 and 2000, compared to 5 percent of those who had voted¹⁵⁵. Moreover, 12 percent of non-voters were imprisoned between 1997 and 2000, compared to less than 5 percent of voters¹⁵⁶. In concluding that those who had voted were less likely to be arrested or imprisoned, the study identified a notable correlation between voting and positive, conscientious citizenship¹⁵⁷.

In light of this, whilst it is maintained that the current ban serves only to distance prisoners from society, Uggen and Manza's study illustrates how enfranchising prisoners may discourage reoffending and promote rehabilitation by symbolically reminding them of their ongoing commitment to society. Such inferences are strengthened when reconviction rates in the UK are compared to those in Denmark, where all prisoners retain their right to vote¹⁵⁸. 45 percent of those released from prison in Britain are reconvicted within 12 months, compared to 29 percent in Denmark¹⁵⁹. It is stressed in

¹⁵⁴ Ibid., 205.

¹⁵⁵ Ibid., 204.

¹⁵⁶ Ibid., 205.

¹⁵⁷ Ibid., 206.

¹⁵⁸ A. STORGAARD, *The Right to Vote in Danish Prisons* in A. EWALD (ed.) *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, Cambridge University Press, 2009.

¹⁵⁹ Ministry of Justice, *Proven Re-offending Statistics Quarterly Bulletin, April 2013 to March 2014*, (gov.uk, 28 January 2016) in https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/495758/proven-reoffending-2014q1.pdf, accessed 10 April 2016; S. FAZAL and A. WOLF, *A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current*

Denmark that prisoners must retain their right to vote so to ensure that as an equal citizen, ‘they continue to feel part of society’¹⁶⁰. Accordingly, the difference in reconviction rates may be explained in light of the way the two countries respond to incarcerated individuals. Compared to Denmark, the fact that reconviction rates are much higher in Britain may be indicative of the isolation and disconnection prisoners feel from society. It may, therefore, be concluded that reminding every prisoner of his or her enduring connection with society – through the act of voting – may promote proactive, law-abiding behaviour *beneficial* to the advancement of rehabilitation.

Sceptics suggest that although the evidence presented by Uggen and Manza is interesting, any insinuation drawn from the relationship between the right to vote and rehabilitation should not be overstated¹⁶¹. It is submitted that while removing the vote from prisoners may undermine rehabilitation, claiming that all prisoners are going to become law-abiding citizens solely because they can vote in prison is unsubstantiated¹⁶². Instead, in order to properly reduce the likelihood of reoffending, those leaving prison need to have a stable home, a job or appropriate training scheme and support from their families¹⁶³. Thus, it is anticipated that in considering the things

Difficulties and Recommendations for Best Practice in PLoS One <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0130390>, 10/2015, accessed 10 April 2016.

¹⁶⁰ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence, *Her Majesty’s Government* (VEP 0033).

¹⁶¹ C. BEHAN, (n 74) 333.

¹⁶² HC Debate 11 February 2011, vol 523, col 548.

¹⁶³ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence,

that may actually deter a prisoner from reoffending, being able to vote is unlikely to have an extensive impact¹⁶⁴. Such assertions, however, misconceive the significance of the vote and the aforementioned importance of ensuring that prisoners still feel connected to the community they will one day re-join.¹⁶⁵ Whilst it may be true that giving prisoners the vote will not instantly rehabilitate them, promoting their ongoing ties with society is more likely than not to promote reintegration and rehabilitation.

Moreover, although giving the vote to prisoners *alone* may not instil a sense of reformation, it is stated that enfranchising prisoners could be *central* to a package of educative tools that seek to promote conscientious citizenship¹⁶⁶. Undeterred by this, critics of prisoner enfranchisement claim that there is little point giving prisoners the vote because very few of them have any interest in voting.¹⁶⁷ While it is true that many prisoners will not have voted in the past, this is more likely due to a societal disconnection, rather than total electoral apathy.¹⁶⁸ For example, analysis suggests that prisoners are three

Nick Hardwick (Her Majesty's Chief Inspector of Prisons) Oral Evidence QQ 120-125, Q 120.

¹⁶⁴ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence, *Nick Hardwick (Her Majesty's Chief Inspector of Prisons) Oral Evidence* QQ 120-125, Q 120.

¹⁶⁵ See Chapter Two.

¹⁶⁶ J. MANZA and C. UGGEN, (n 144) 125.

¹⁶⁷ Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence, *Rt Hon David Davis MP and Rt Hon Jack Straw MP Oral Evidence* QQ 93-109, Q 99.

¹⁶⁸ M. Dhami, *Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy?*, in *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 5/2015, 211, 222.

times more likely to come from the most deprived areas of society.¹⁶⁹ As such, though not always, prisoners typically come from a part of society that does not tend to engage in the political process at all.¹⁷⁰ Nevertheless, promoting political engagement – as part of a wider rehabilitative programme – and allowing prisoners to vote, therefore, presents a crucial opportunity to engage individuals who are often disillusioned because of their social background for the first time. Considering the belief that many of those who break the law do so primarily because they feel so disconnected from society, promoting political engagement may positively contribute to breaking the cycle of reoffending.¹⁷¹ Rather than further marginalising an ‘already marginalised section of society’ by withdrawing the right to vote, encouraging voting in prison should be viewed as an *opportunity* to instil a sense of citizenship, beneficial to both the individual’s rehabilitation and society as a whole.¹⁷² The current ban, far from serving a legitimate aim, seems only to discourage the promotion of civic responsibility and rehabilitation of offenders.

5.4 The disproportionate application of the blanket ban.

Although it has been demonstrated that the purported aims, surprisingly accepted by the ECtHR, fail to stand up to a critical assessment, the Grand Chamber did agree that the blanket application of the ban to all prisoners meant that it was

¹⁶⁹ I. O’DONNELL et al., *When prisoners go home: punishment, social deprivation and the geography of reintegration*, in *Irish Criminal Law Journal*, 17/2007, 3, 4.

¹⁷⁰ C. BEHAN, *Still Entitled to Our Say: Prisoners’ Perspectives on Politics*, in *The Howard Journal*, 5/2012, 16, 22.

¹⁷¹ M. DHAMI, (n 80).

¹⁷² Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence *Leigh Day Written Evidence* (VE 0024); Uggen and Manza (n 153) 198.

disproportionately applied.¹⁷³ The ECtHR held that in order to fulfil the proportionality test, there should be a ‘discernible and sufficient’ link between the sanction and the specific conduct of that individual.¹⁷⁴ The majority, however, agreed that the ‘general, automatic and indiscriminate’ nature of the ban produced very arbitrary and thus unjust outcomes.¹⁷⁵ The Grand Chamber in *Scoppola* illustrated the significance of the proportionality test when it held that the Italian ban on prisoner votes was permissible just because it did not ban all prisoners, irrespective of the seriousness of their crime.¹⁷⁶ From this, it would appear that for the ECtHR, it is the lack of mitigation in Britain’s blanket ban which offends the right to vote under A3P1. Whilst the British government argues that the withdrawal of the vote is proportionate to any crime serious enough to warrant a custodial sentence, others compellingly argue that there is a spectrum of offences for which people are incarcerated, and as such are not all deserving of the same, *unrelated* punishment.¹⁷⁷ Asserting that an individual should lose the right to vote because they are in prison, just like relying on the premise that voting should be restricted to property owners or those who are viewed as wholly virtuous by society, is too weak a connection to satisfy the proportionality test applied by the ECtHR. It is recognised that some curtailment on the right to vote, such as age, is legitimate and proportionate, and by definition, somewhat arbitrary. However, a

¹⁷³ *Hirst v United Kingdom*, App no 74025/01, ECtHR, 30 March 2004, 82.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 71.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 76.

¹⁷⁶ *Scoppola* (n 43) [90].

¹⁷⁷ S. EASTON, (n 84) 444; M. LEECH, *Prisoners Should be Allowed to Vote Because in a Democracy Everybody Counts* (prisons.org) in <<http://www.prisons.org.uk/votesforprisoners.pdf>>, accessed 1 November 2015.

curtailment applied universally to prisoners is *so* arbitrary it is not appropriate.

5.5 Conclusion.

Whilst accepting that the right to vote is not absolute, the removal of the right to vote from prisoners does not meet the test set out by the court which could permit an interference. Despite what the ECtHR said in *Hirst*, it is apparent from this chapter that the ban on prisoner voting is not justifiable on the basis that it punishes or enhances civic responsibility. The blanket ban fails to adhere to the principle of just desert, and rather than enhancing civic responsibility and promoting rehabilitation, the ban symbolically weakens the ongoing ties prisoners' have with society. Although the positive effect of giving prisoners the vote should not be overstated, it is suggested that those who vote are less likely to reoffend because they are reminded of their ongoing connection with society. Moreover, the blanket application of the ban is not proportionate to the aims. In light of this, and in practically undermining the rehabilitation of prisoners, it is clear that prisoner disenfranchisement is not appropriate *at all*. It would be more beneficial to the aim of rehabilitation, and by implication to the prisoner and society, to change the law so to enfranchise all prisoners.

6. Conclusions.

Away from the contentious political debate on parliamentary sovereignty often associated with prisoner votes, this article set out to examine the extent to which the blanket ban on prisoner voting is appropriate in Britain. In so doing, this article sought to highlight that a right to vote did exist. Next, this article challenged the notion that a prisoner is subject to a civic death. In so doing, the extent to

which a prisoner remained a holder of fundamental rights was scrutinised. Finally, this article sought to examine whether the interference with the right to vote could be justified as having a legitimate aim, and whether the interference was proportionate to those aims.

Chapter One provided an overview of the current law in Britain. The chapter highlighted the controversies of the British approach to the disenfranchisement of prisoners, explained most extensively in *Hirst* by the ECtHR. Chapter Two demonstrated that there is an internationally protected right to vote under A3P1. As such, those who continue to argue that the vote can be withdrawn from prisoners on the basis that it is a privilege should face a strong and credible rebuttal. A concerning paradox within the parliamentary discourse has been identified which undermines the credibility of those who maintain the vote is only a privilege, whilst simultaneously promoting its importance for self-interest. Chapter Two concluded that although the vote is not an absolute right, within a democratic nation such as Britain, there is a fundamental, *human right to vote*.

It is clear from Chapter Three that the historic notion of asserting that a prisoner is subject to a civic death is incorrect. Instead, every prisoner retains his or her citizenship and associated fundamental rights. Therefore, whilst some interference with a prisoner's rights is inevitable through incarceration, the judiciary will rightly resist the extent to which this is permitted. Chapter Three argued that prisoner disenfranchisement is inconsistent with the ongoing citizenship status and associated human rights of those imprisoned. In applying the right to vote to the prisoner, a holder of rights, it is conclusively argued that it would be more appropriate, as well as legally necessary, to change the law and re-enfranchise the prison population.

In assessing the extent to which the aims of the ban on prisoner voting are legitimate, Chapter Four asserted that the blanket ban is not justified as a punishment or as a means to enhance civic responsibility. Rather than enhancing civic responsibility and promoting rehabilitation, the ban symbolically weakens the ongoing ties prisoners have with society. In so doing, it seems that removing the vote *actively* undermines efforts to enhance civic responsibility. Evidence presented within this chapter suggested that those who vote are less likely to re-offend *because* they are reminded of their ongoing connection with society. It is argued, therefore, that the ban does not fulfil the aforementioned aims purported by government. Latterly, this chapter highlighted how the ECtHR in *Hirst* was correct when it held that the blanket application was disproportionate. Similarly opposed to the retention of the current ban, this chapter concluded that it would be more beneficial to the rehabilitation of prisoners, and thus to society, to reform the law and enfranchise all prisoners.

To conclude, this article has demonstrated that the blanket ban on prisoner voting is not appropriate in Britain. There is a human right to vote. Individuals retain their humanity whilst in prison and thus continue to hold fundamental rights. The court is clear that a fundamental right can only be limited if done so in pursuit of a legitimate aim, and if the limitation is proportionate to that aim. However, this article has highlighted how the current ban fails both such tests, and instead actively undermines rehabilitation. It is evident, therefore, that both legally and practically speaking, the ban is inappropriate.

In light of the potential benefits re-enfranchisement may have on the individual incarcerated, as well as wider society, it would instead seem *more appropriate* to allow prisoners to vote. Whilst the Joint

Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill suggestion to enfranchise all prisoners serving sentences of 12 months or less is politically pragmatic, this article has demonstrated that it does not go far enough to solve the problem. Instead, it is clear that the only way to credibly respond the *cause célèbre* that is prisoner voting is to repeal section 3 of the RPA 1983 and give all prisoners the right to vote using a postal ballot. Allowing *all prisoners* to vote is the *only* way the law can show appropriate respect for the prisoners' fundamental right to vote, their ongoing status as a citizen and their rehabilitation back into society.

Acknowledgements

This article was completed with the assistance of Dr Emma Waring
PHD, MA (Cantab), LL.M (Harvard).

List of Abbreviations

| Expansion | Abbreviation |
|---|---------------------|
| The European Court of Human Rights | ECtHR |
| European Convention on Human Rights | ECHR |
| Representation of the People Act | RPA |
| Article 3 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human | A3P1 |

| | |
|--------|--|
| Rights | |
|--------|--|

List of Statutes and Cases

Statutes

England

Forfeiture Act 1870

Representation of the People Act 1918

Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928

Representation of the People Act 1948

Prison Act 1952

Criminal Law Act 1967

Representation of People Act 1969

Representation of the People Act 1983, as amended by the
Representation of the People 1985

Representation of the People Act 2000

Criminal Justice Act 2003

International Law

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms (European Convention of Human Rights, as amended)
ECHR 1950

First Protocol of the Convention for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms (European Convention of Human
Rights, as amended) ECHR 1952

International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16
December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171
(ICCPR)

Statutory Instruments

The Prison Rules Order 1999, SI 1999/728

Cases

Canada

Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer) 2002 SCC68

England

Arbon v Anderson [1943] KB 252

R (Chester) v Secretary of State for Justice; McGeoch v The Lord President of the Council & Anor [2013] UKSC 63

R (on the application of Barclay) v Secretary of State of Justice [2009] UKSC 9

R v Secretary of State for the Home Department ex parte Daly [2001] UKHL 26

R v Secretary of State for the Home Department ex parte Leech (No 2) [1994] QB 198

R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms and O'Brien [1999] 3 WLR 328

R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Pearson and Martinez; Hirst v Attorney-General [2001] EWHC (Admin) 239

Raymond v Honey [1983] 1 AC 1

The Queen on the application of "P" and "Q" v The Secretary of State for the Home Department [2001] EWHC 357 (QB)

European Court of Human Rights

Frith and Others v United Kingdom App no 47784/09 (ECtHR, 12 August 2014)

Frodl v Austria App no 20201/04 (ECtHR, 8 April 2010)

Hirst v United Kingdom App no 74025/01 (ECtHR, 30 March 2004)

Hirst v United Kingdom No.2 App no 74025/01 (ECtHR, 6 October 2005)

Lingens v Austria App no. 9815/82 (ECtHR, 8 July 1986)

Mathieu-Mohin v Belgium App no 9267/81 (ECtHR, 2 March 1987)

McHugh and Others v United Kingdom App no 51987/08 (ECtHR, 10 February 2015)

Scoppola v Italy No. 3 App no 126/05 (ECtHR, 22 May 2012)

Israel

Hilla Alrai v Minister of the Interior (HC 2757/96; 1996)

South Africa

August and Another v Electoral Commission and Others (CCT 08/99) [1999] ZACC 3

Minister of Home Affairs v National Institute for Crime and the Re-integration of Offenders and Others (CCT 03/04) [2004] ZACC 10

United States of America

Coffin v Reichard 143 F.2d 443 (1944)

Wolff v McDonnell 418 US 539 (1974)

Bibliography
Secondary Sources

Books

1. Easton S and Piper C, *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice* (OUP 2013)
2. Easton S, *Prisoners' Rights: Principles and Practice* (Routledge 2011)
3. Ewald A and Rottinghaus B (eds), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* (Cambridge University Press 2009)
4. Fox L, *The English Prison and Borstal* (Routledge & Kegan Paul, 1952)
5. Livingstone S, Time Owen and Alison Macdonald, *Prison Law* (4th edn, OUP 2008)
6. Manza J and Uggen C, *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy* (OUP 2006)
7. Rachels J, *The Elements of Moral Philosophy* (Stuart Rachels (ed) 8th edn, McGraw-Hill Higher Education, 2014)
8. Shaw S, *Conviction politics: a plan for penal policy* (Fabian Society 1987)
9. Skinner Q, 'The Paradoxes of Political Liberty' in McMurrin S (ed), *The Tanner Lectures on Human Value Volume VII 1986* (Cambridge University Press 2011)

10. Storgaard A, 'The Right to Vote in Danish Prisons' in Ewald A (ed) *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* (Cambridge University Press, 2009)

Journals

1. Aly W, 'Mocking Our Democracy' (2006) 31 *Alternative Law Journal* 31
2. Andrews D and Bonta J, 'Rehabilitating Criminal Justice Policy and Practice' (2010) 16 *Psychology, Public Policy and Law* 39
3. Bates E, 'Analysing the Prison Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg' (2014) 14 *Human Rights Law Review* 503
4. Behan C, 'Prisoners, Politics and the Polls' (2008) 48 *The British Journal of Criminology* 319
5. Behan C, 'Still Entitled to Our Say: Prisoners' Perspectives on Politics' (2012) 5 *The Howard Journal* 16
6. Bennett C, 'Penal Disenfranchisement' [2014] *Criminal Law and Philosophy* 1
7. Brenner S and Castle N, 'Granting the Suffrage to Felons in Prison' (2003) 34 *Journal of Social Philosophy* 228
8. Cheney D, 'Prisoners as Citizens in a Democracy' (2008) 47 *The Howard Journal* 134
9. Chilton A and Whythock C, 'Foreign Sovereignty Immunity and Comparative Institutional Competence' (2015) 163 *University of Pennsylvania Law Review* 411
10. Chui W, 'Prisoners' Right to Vote in Hong Kong: A Human Rights Perspective' 35 (2007) *Asian Journal of Social Science* 179
11. Dhami M and Cruise P, 'Prisoner Disenfranchisement: Prisoner and Public Views of an Invisible Punishment' (2013) 13 *Analyses of Social Issues and Public Policy* 211

12. Dhami M, 'Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy?' (2005) 5 *Analyses of Social Issues and Public Policy* 235
13. Eady D, 'Prisoners Rights since the Woolf Report: Progress or Procrastination' (2007) 46 *The Howard Journal* 264
14. Easton S, 'Constructing Citizenship: Making Room for Prisoners' Rights' (2008) 30 *Journal of Social Welfare & Family Law* 127
15. Easton S, 'Electing the Electorate: The Problem of Prisoner Disenfranchisement' (2006) 69 *MLR* 443
16. Easton S, 'Protecting Prisoners: The Impact of International Human Rights Law on the Treatment of Prisoners in the United Kingdom' (2013) 93 *The Prison Journal*, 475
17. Ewald A, 'Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States' (2002) 5 *Wisconsin Law Review*, 1045
18. Foster S, 'Automatic Forfeiture of Fundamental Rights: Prisoners, Freedom of Expression and the Right to Vote' (2007) 16 *Nottingham Law Journal* 1
19. Foster S, 'Desperately Seeking Suffrage: The Fight for the Prisoner's Right to Vote' [2013] *Durham Law Review* 215
20. Foster S, 'Reluctantly Restoring Rights: Responding to the Prisoner's Right to Vote' (2009) 9 *Human Rights Law Review* 489
21. Fredman S, 'From dialogue to deliberation: human rights adjudication and prisoners' rights to vote' [2013] *PL* 292
22. Geddis A, 'Prisoner Voting and Rights Deliberation: How New Zealand's Parliament Failed' [2011] *New Zealand Law Review* 443
23. Itzkowitz H and Oldak L, 'Restoring The Ex-Offender's Right to Vote: Background And Developments' (1972-1973) 11 *American Criminal Law Review* 721

24. Jaramillo J, 'Scoppola v Italy (No 3): The Uncertain Progress of Prisoner Voting Rights in Europe' (2014) 36 Boston College International and Comparative Law Review 32
25. Lester A, 'The ECHR after 50 Years' [2009] European Human Rights Law Review 461
26. Lewis T, 'Difficult and slippery terrain: Hansard, human rights and Hirst v UK' [2006] Public Law 209
27. Mackenzie A, 'Lock Them Up and Throw Away the Vote: Civil Death Sentences in New Zealand' (2013) 19 Auckland University Law Review 197
28. Mauer M, 'Voting Behind Bars: An Argument for Voting by Prisoners' (2011) 54 Howard Law Journal 549
29. McNulty D, Watson N and Philo G, 'Human Rights and Prisoners' Rights: The British Press and the Shaping of Public Debate' (2014) 4 The Howard Journal 360
30. Murray C, 'A Perfect Storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement' (2013) 66 Parliamentary Affairs 511
31. Murray C, 'Playing for Time: Prisoner Disenfranchisement under the ECHR after Hirst v United Kingdom' (2011) 22 Kings Law Journal 309
32. Mushlin M and Galtz N, 'Getting Real About Race and Prisoner Rights' (2008) 36 Fordham Urban Law Journal 27
33. Nash M, 'Voting as a means of social inclusion for people with a mental illness' (2002) 9 Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing 697
34. O'Donnell I, et al., 'When prisoners go home: punishment, social deprivation and the geography of reintegration' (2007) 17 Irish Criminal Law Journal, 3
35. Orr G, 'Ballotless and Behind Bars: The Denial of the Franchise to Prisoners' (1998) 26 Federal Law Review 55

36. Planinc Z, 'Should Imprisoned Criminals have a Constitutional Right to Vote?' (1987) 2 *Canadian Journal of Law and Society* 153
37. Ramsay P, 'Voters should not be in prison! The rights of prisoners in a democracy' (2013) 16 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 421
38. Robins G, 'The Rights of Prisoners to Vote: A Review of Prisoner Disenfranchisement in New Zealand' (2006) 4 *New Zealand Journal of Public and International Law* 165
39. Scott D, 'The Politics of Prisoner Legal Rights' (2013) 52 *The Howard Journal* 233
40. Singh K, 'Civil Death of Prisoner: Disenfranchising the Prisoner in Reality Causes His Civil Death' (2008) 1 *National University of Juridical Sciences Law Review* 239
41. Slapper G, 'The Ballot Box and the Jail Cell' (2011) 75 *The Journal of Criminal Law* 1
42. Tickell A, 'Prisoner Voting Gambits: Disappointment all round in Chester, McGeoch and Moohan' (2014) 18 *The Edinburgh Law Review* 289
43. Uggen C and Manza J, 'Voting and Subsequent Crime And Arrest: Evidence From A Community Sample' (2004-2005) 36 *Columbian Human Rights Law Review* 193
44. Waldron J, 'The Right of Rights' (1998) 98 *Proceedings of the Aristotelian Society* 307

Online Sources

1. 'Barred From Voting – Why Prisoners Need The Vote' (*Prison Reform Trust*) <
<http://www.prisonreformtrust.org.uk/ProjectsResearch/Citizenship/BarredfromVoting/Whyprisonersneedthevote>> accessed 10 April 2016

2. 'Prison Reform Trust Submission to the Joint Select Committee Consultation on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill' (*Prison Reform Trust*) <
[http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/o/Documents/PRT%20Submission%20Joint%20Committee%20Voting%20Eligibility%20\(Prisoners\)%20Draft%20Bill.pdf](http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/o/Documents/PRT%20Submission%20Joint%20Committee%20Voting%20Eligibility%20(Prisoners)%20Draft%20Bill.pdf)> accessed 7 April 2016
3. 'Prison Reform Trust Submission to the Joint Select Committee Consultation on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill' (*Prison Reform Trust*) <
[http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/o/Documents/PRT%20Submission%20Joint%20Committee%20Voting%20Eligibility%20\(Prisoners\)%20Draft%20Bill.pdf](http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/o/Documents/PRT%20Submission%20Joint%20Committee%20Voting%20Eligibility%20(Prisoners)%20Draft%20Bill.pdf)> accessed 7 April 2016
4. Cameron D, 'Prime Minister's speech to the Centre for Social Justice' (*gov.uk*, 22 October 2012) <
<https://www.gov.uk/government/speeches/crime-and-justice-speech>> accessed 10 April 2016
5. Chakrabarti S and Rabb D, 'Should Prisoners Have the Right to Vote?' [2014] Prospect <
<http://www.prospectmagazine.co.uk/regulars/duel-should-prisoners-be-able-to-vote>> accessed 30th October 2015
6. Fazal S and Wolf A, 'A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice' (2015) 10 PLoS One <
<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0130390>> accessed 10 April 2016
7. Lacey N, 'Denying prisoners the vote creates a barrier to their reintegration into society' (*Democratic Audit*, 23 January 2014) <
<http://www.democraticaudit.com/?p=1675>> accessed 20 April 2016
8. Leech M, 'Prisoners Should be Allowed to Vote Because in a Democracy Everybody Counts' (*prisons.org*) <

- <http://www.prisons.org.uk/votesforprisoners.pdf>> accessed 1 November 2015
9. Marshall P, ‘Scoppola v Italy on Prisoners’ Disenfranchisement (European Court of Human Rights): Consequences for the UK Debate (*Social Science Research Network*, 17th February 2013) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886439> accessed 8 April 2016
10. Ministry of Justice, ‘Proven Re-offending Statistics Quarterly Bulletin’ April 2013 to March 2014’ (*gov.uk*, 28 January 2016) <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/495758/proven-reoffending-2014q1.pdf> accessed 10 April 2016
11. Robinson R and Sankey I, ‘Liberty’s submission on the draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill’ (*Liberty*, June 2013) <<https://www.liberty-human-rights.org.uk/sites/default/files/liberty-s-submission-on-the-draft-voting-eligibility-prisoners-bill-2-.pdf>> accessed 10 April 2016
12. Russell J and Davidson B, ‘Liberty’s Response to the Department for Constitutional Affairs’ Consultation on the Voting Rights of Convicted Prisoners Detained within the United Kingdom’ (*Liberty*, March 2007) <<https://www.liberty-human-rights.org.uk/sites/default/files/prisoners-voting-rights.pdf>> accessed 10 April 2016
13. Wilkinson M, ‘Jeremy Corbyn – Let prisoners have the right to vote’ *The Telegraph* (London, 26 August 2015) <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/Jeremy_Corbyn/11825485/Jeremy-Corbyn-Let-prisoners-have-the-right-to-vote.html> accessed 10 April 2016

Working Papers

1. Peter Ramsay, 'Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights' (2013) LSE Law, Society and Economy Working Paper 7/2013, 2 <
https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-07_Ramsay.pdf> accessed 8 April 2016

Parliamentary Documents

1. Home Office, 'Working Party on Electoral Procedures' (*National Archives*, 1999) <
<http://www.dca.gov.uk/elections/reports/procs/report.htm>>
accessed 2 March 2016
2. Joint Committee on Human Rights *Monitoring the Government's Response to Human Rights Judgments: Annual Report 2008* (2007-08, HL 173, HC 1078)
3. Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924)
4. Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence *The Archbishop's Council, Church of England* (VEP 0018)
5. Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence, *Her Majesty's Government* (VEP 0033)
6. Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence, *Nick Hardwick (Her Majesty's Chief Inspector of Prisons) Oral Evidence* QQ 120-125
7. Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence, *Rt Hon David Davis MP and Rt Hon Jack Straw MP Oral Evidence* QQ 93-109

8. Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* (2013-14, HL 103, HC 924) Oral and Written Evidence *Leigh Day Written Evidence* (VE 0024)
9. *Report of Committees Criminal Law Revision Committee: Seventh Report* (Cmd 2659, 1965)
10. Rt Hon Chris Grayling, 'Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill (*parliament.uk*, 25 February 2014) <<http://www.parliament.uk/documents/joint-committees/Draft-Voting-Eligibility-Prisoners-Bill/Grayling-letter-to-Chair.pdf>> accessed 27 October 2015

Hansard

1. HC Debate 20 July 1910, vol 19, cols 1326-27, col 1354
2. HC Debate 20 November 1917, vol 99, col 1118
3. HC Debate 18 November 1967, vol 773, col 918
4. HC Debate 3 November 2010, vol 517, col 921
5. HC Debate 10 February 2011, vol 523, 495
6. HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 504
7. HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 534
8. HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 537
9. HC Debate 10 February 2011, vol 523, col 543
10. HC Debate 11 February 2011, vol 523, col 548

News Articles

1. 'Cameron urges young people to vote in EU referendum' (*4 News*, 7 April 2016) < <http://www.channel4.com/news/cameron-urges-young-people-to-vote-in-eu-referendum>> accessed 7 April 2016
2. Blom-Cooper L, 'Giving prisoners the vote would benefit us all; if inmates weren't treated like second-class citizens it could boost their rehabilitation' *The Times* (London, 29 May 2012) 18

3. McTague T, 'David Cameron interview: Prime Minister urges people to vote in EU referendum or you'll find we're out' *The Independent* (London, 19 March 2016) <
<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/david-cameron-interview-prime-minister-urges-people-to-vote-in-eu-referendum-or-youll-find-were-out-a6941436.html>> accessed 11 April 2016



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

VALENTINA AMANTEA

Il caso Contrada: l'interpretazione della Corte EDU era prevedibile?

ABSTRACT- The paper, retracing the most important stages of the “Contrada” judicial case, focuses on a detailed analysis of European Court of Human Rights’ judgment dated 14 April 2015, case Contrada v. Italy, appl.n. 66655/13, to highlight its lights and shadows. Said judgment, whose argument, moreover, is rather questionable (also considering the previous judgments of the European Court itself on the issue of Article 7 ECHR), punishes our State for condemning Bruno Contrada for external participation in mafia-type association due to conduct carried out during the period prior to the date on which the Demitry judgment was delivered. The Demitry judgment itself regarded as *dies a quo* for the configurability of the crime concerned. In this way the Strasbourg Court applies the principle of legality, as a corollary of the non-retroactivity *in malam partem*, also to the case law, in order to avoid those phenomena that, in doctrine, are known as “retroactivity occult”, thus enhancing, as a criterial for the criminal charge, the principle of predictability of judicial interpretation.

KEYWORDS - European Court of Human Rights, Article 7 ECHR, Principle of Legality, Predictability of judicial interpretation, External Partecipation in mafia association.



VALENTINA AMANTEA*

Il caso Contrada: l'interpretazione della Corte EDU era prevedibile?*

SOMMARIO: 1. *La vicenda giudiziale: dalla sentenza della Corte Edu alle "imprevedibili" conseguenze nella giurisprudenza interna.* – 1.1 *Dalla sentenza della Corte Edu...* – 1.2 *... alle imprevedibili conseguenze nella giurisprudenza interna.* – 2. *Le ombre della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso "Contrada".* – 2.1 *L'iter argomentativo della Corte di Strasburgo.* – 2.2 *La "prevedibilità" della condanna.* – 2.2.1 *La portata del concetto di "prevedibilità".* – 2.2.2 *La giurisprudenza Cedu sui canoni della "prevedibilità".* – 2.3 *Conclusioni.* – 3. *Le luci della sentenza Contrada.*

1. *La vicenda giudiziale: dalla sentenza della Corte Edu alle "imprevedibili" conseguenze nella giurisprudenza interna.*

1.1 *Dalla sentenza della Corte Edu...*

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, con la quale il nostro Paese è stato condannato per violazione dell'articolo 7 CEDU, è una pronuncia che rende di straordinaria attualità il dibattito, mai sopito in dottrina e giurisprudenza, in ordine alla portata ed alle ricadute sul diritto interno del principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici o aggravatrici del trattamento sanzionatorio, letto nelle accezioni del *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*.

La pronuncia in esame rappresenta il momento conclusivo di un lungo iter giudiziario, iniziato nel 1996 e conclusosi nel 2008¹, in cui Bruno

* Dottoranda di Ricerca in "Teoria generale del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo", Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Di seguito si riporta brevemente, per completezza espositiva, l'iter giudiziario che ha caratterizzato tale vicenda prima della pronuncia della Corte di Strasburgo. Con sentenza di primo grado del 5 aprile 1996 n. 338, il Tribunale di Palermo aveva condannato Bruno

Contrada, ex funzionario del Ministero degli interni, viene condannato per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per avere, in un lasso temporale che va dal 1978 al 1988, nella qualità di funzionario di polizia prima, di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia e di vice direttore dei servizi segreti civili (SISDE) poi, apportato sistematicamente un contributo alle attività ed alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata "Cosa Nostra", fornendo ad alcuni associati «informazioni confidenziali concernenti le investigazioni e le operazioni di polizia in corso»².

Il problema che la Corte di Strasburgo è stata chiamata ad affrontare consiste nell'appurare se all'epoca dei fatti contestati al Contrada il reato di concorso esterno nel reato di cui all'articolo 416bis c.p. fosse chiaramente definito nei suoi tratti strutturali e, perciò, la responsabilità per tale reato fosse prevedibile dal ricorrente al momento delle condotte incriminate. Ebbene, i giudici, ripercorrendo la giurisprudenza interna dello Stato convenuto, evidenziano l'esistenza di un contrasto in seno alla Cassazione circa l'ammissibilità della fattispecie di reato predetta. Questa situazione di incertezza attraversa, secondo i giudici europei, tutti gli anni '80 e trova una soluzione, nel senso della configurabilità del reato di cui al combinato disposto degli articoli 110 e 416bis codice penale, solo nel 1994 con la sentenza Demitry delle Sezioni Unite³. Sulla base di tali premesse, quindi, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che all'epoca in cui furono commessi i

Contrada per concorso esterno in associazione di stampo mafioso, esito ribaltato in seguito con sentenza del 4 maggio 2001, con cui la Corte d'Appello di Palermo lo assolse, sulla base di una rivalutazione delle risultanze istruttorie. Successivamente, con sentenza del 12 dicembre 2002, la Corte di cassazione annullò, con rinvio, la sentenza di secondo grado, per difetto di motivazione. Con sentenza del 25 febbraio 2006, una diversa Sezione della Corte d'Appello di Palermo confermò il contenuto della pronuncia di primo grado del 1996. Infine, con sentenza dell'8 gennaio 2008, la Corte di Cassazione respinse il nuovo ricorso, confermando la legittimità dell'acquisizione al fascicolo delle dichiarazioni contestate dal ricorrente e rigettando la sua istanza volta ad ottenere l'uso di prove complementari, rendendo definitiva la condanna per concorso esterno in associazione mafiosa inflitta al Contrada.

² Cfr. § 6 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, la quale riprende le parole della sentenza emessa dal Tribunale di Palermo il 5 aprile del 1996.

³ Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sentenza Demitry del 5 ottobre 1994.

fatti in contestazione (1978-1988) la responsabilità ascritta all'imputato non avrebbe avuto una base legale chiara; inoltre, non sarebbe stata garantita la prevedibilità – come vedremo intesa solo in senso oggettivo – dell'esito giudiziario, ragion per cui il Contrada non sarebbe dovuto essere condannato per concorso esterno nel reato di cui all'articolo 416bis c.p., con conseguente diritto ad un risarcimento dei danni morali da parte dello Stato Italiano.

L'affermazione della responsabilità penale del Contrada, sempre secondo la Corte, contrasta dunque con la portata garantistica del principio di legalità che deve assicurare ad ogni individuo la possibilità di autodeterminarsi liberamente al momento dell'azione, nella piena consapevolezza delle conseguenze della sua condotta, sia sotto il profilo dell'eventuale rilevanza penale della medesima, sia sotto quello delle prevedibili conseguenze sanzionatorie.

In sintesi, la pronuncia della Corte EDU fa leva, come si vedrà, sulla necessaria estensione del principio di legalità anche al precedente giurisprudenziale, ritenendo che l'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa, essendo una fattispecie di creazione giurisprudenziale (sempre secondo il ragionamento della Corte), non possa essere applicata retroattivamente. In altri termini, secondo la Corte EDU, il principio di irretroattività *in malam partem* trova applicazione non solo con riferimento a quella che si suole definire la *law in the book*, ma anche alla *law in action*⁴.

1.2. ...alle "imprevedibili" conseguenze nella giurisprudenza interna.

La pronuncia in commento ha avuto sin da subito, come del resto era prevedibile, delle conseguenze nella giurisprudenza nazionale, anche se

⁴ La dicotomia ivi utilizzata è ormai adoperata da gran parte della dottrina italiana, tra cui citiamo, a mero titolo esemplificativo, F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.3/2016; e, ancora, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, II ed., 2014.

tali conseguenze (sia lecito il gioco di parole) si sono rivelate tutt'altro che prevedibili!

Il riferimento è a due sentenze di merito⁵ emesse a breve distanza l'una dall'altra, le quali sono pervenute a risultati antitetici. Appare opportuno analizzarle separatamente, anche per fornire un quadro maggiormente completo delle ripercussioni nel nostro Paese della vicenda Contrada e della portata dirompente della sentenza della Corte di Strasburgo.

▪ Tribunale di Catania, n. 1077/2015.

La prima pronuncia non riguarda direttamente la vicenda Contrada, bensì un altro processo in cui il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catania ha disposto il non luogo a procedere nei confronti di un indagato per concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto il fatto ascrittogli non sarebbe previsto dalla legge come reato.

Pur non essendo inerente direttamente al caso Contrada, la pronuncia è collegata con la sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo in quanto proprio quest'ultima viene utilizzata dal giudice catanese come base argomentativa per sostenere l'iter motivazionale che porta ad una sentenza di non luogo a procedere. Ed infatti, nella sentenza de qua si legge testualmente che «[...] accedendo alla tesi della CEDU deve dichiararsi che non esiste il reato contestato all'imputato per il principio di legalità, essendo il sistema giuridico italiano un sistema di civil law e non già di common law»⁶.

La spiegazione dell'assunto sopra riportato risulta doverosa. Il giudice del Tribunale di Catania ritiene pregiudiziale «rispondere al quesito se sia previsto nell'ordinamento giuridico italiano il cosiddetto concorso esterno in associazione mafiosa»⁷. La risposta è, secondo il giudice siciliano,

⁵ Si riportano qui gli estremi delle sentenze citate: la prima è la sentenza del Tribunale di Catania, sezione GIP, 12 febbraio 2016, ud. 21 dicembre 2015, n. 1077/2015; la seconda è stata emessa dalla Corte di Appello di Caltanissetta dep. 17 marzo 2016, ud. 18 novembre 2015, n. 924/2015.

⁶ Tribunale di Catania, cit., pp.108-109.

⁷ Ivi, p. 108.

sicuramente negativa in base ad un ragionamento tutt'altro che convincente: poiché la Corte di Strasburgo (*rectius*, le parti nella relativa causa) ritiene che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sia una figura criminosa di origine giurisprudenziale, e poiché il nostro è un ordinamento di *civil law* che non ammette un'attività creativa del giudice, sottoposto solo all'*auctoritas* della legge secondo il disposto normativo dell'articolo 101 della Costituzione, il reato in questione deve considerarsi *tamquam non esset*. Tale conclusione è corroborata, secondo il Giudice del Tribunale di Catania, anche dal particolare contesto storico-sociologico in cui tale reato venne creato: difatti, mentre negli anni '80-'90 «il momento storico era talmente critico da giustificare»⁸ la creazione della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, stessa cosa non può essere sostenuta, secondo quanto si legge nella sentenza in commento, per l'attuale momento storico.

Il giudice, dunque, non solo deduce l'indeducibile dalla sentenza "Contrada" della Corte EDU (ovverossia che dal dato incontestato per il quale il concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe una fattispecie di origine giurisprudenziale deriverebbe l'inconfigurabilità di tale delitto nel nostro ordinamento), ma anche a voler concedere siffatta interpretazione, si contraddice subito dopo, poiché giustifica la creazione, tra gli anni '80 e '90, di tale figura criminosa in virtù della criticità del momento storico. Delle due l'una: o si sostiene, come pure alcuni fanno in dottrina ed in giurisprudenza⁹, che il concorso esterno in associazione mafiosa non ha diritto di cittadinanza poiché trattasi di reato interamente di origine giurisprudenziale; oppure si ritiene che la creazione (*rectius*, l'interpretazione) da parte della giurisprudenza di tale figura criminosa sia

⁸ Ivi, pp. 110-111.

⁹ Il riferimento è, ad esempio, al discorso fatto nel 2012 dal procuratore generale della Corte di Cassazione Francesco Iacoviello che nel richiedere l'annullamento con rinvio della sentenza d'appello a carico di Marcello Dell'Utri, definì il reato di concorso esterno in associazione mafiosa come "un reato indefinito a cui non crede più nessuno"; ancora G. LIPERA, *Concorso esterno ovvero mostruosità giuridica*, tratto da *Giustizia Giusta*, 15 novembre 2010, che definisce tale figura come "mostruosità giuridica" o "un parto della fantasia".

lecita a prescindere dal momento storico in cui venne creata o in cui viene applicata.

Oltre all'interpretazione della sentenza della Corte di Strasburgo da parte del giudice catanese in ordine alla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa¹⁰, non convince neppure la modalità con cui la fonte sovranazionale viene applicata nel nostro ordinamento. Difatti, il Giudice del Tribunale di Catania, lungi dal dar seguito agli insegnamenti contenuti nelle note sentenze gemelle del 2007¹¹, in cui la Corte Costituzionale ha chiarito il grado di vincolatività ed esecutività che nel nostro ordinamento assumono le norme della CEDU, procede ad un'impropria disapplicazione del reato di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 416*bis* c.p., poiché ritenuto in contrasto con l'articolo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, anziché sollevare, come invece sarebbe stato corretto, una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 117 della Costituzione.

- Corte d'Appello di Caltanissetta, n. 924/2015

Anche questa sentenza che concerne direttamente il caso Contrada, per quanto nella sostanza pervenga a risultati del tutto antitetici rispetto a quella del Tribunale di Catania, risulta paradossale nel suo epilogo.

Difatti, la Corte di Appello di Caltanissetta, a cui il Contrada si rivolge per chiedere la revisione del processo attesa la pronuncia della Corte di

¹⁰ A tal proposito, pare opportuno sottolineare come da tale pronuncia abbiano preso le distanze non solo lo stesso presidente dell'Ufficio GIP del Tribunale di Catania, che in una nota diffusa dall'ANSA ha definito la sentenza sopra descritta come "una decisione del tutto personale e isolata", ma anche implicitamente la stessa Corte di Cassazione che, con sentenza emessa dalla V Sezione, del 12 ottobre 2016 (ud. 14 settembre 2016), n. 32996, ha annullato la sentenza pronunciata dal GIP del Tribunale di Catania.

¹¹ Corte Costituzionale, sentenze n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007. Si riporta qui brevemente il contenuto di tali sentenze: come è noto tali pronunce, considerate pietre miliari nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, riconoscono il grado di fonte "sub-costituzionale" alle norme della CEDU che, dunque, costituiscono parametri interposti di legittimità costituzionale. Conseguentemente, nel caso di una previsione nazionale in contrasto con una disposizione della Convenzione, il giudice italiano dovrà, previo tentativo di interpretazione conforme, sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'articolo 117 della Costituzione.

Strasburgo¹², dopo aver correttamente ricostruito i contenuti di quest'ultima, rigetta l'istanza. La Corte nissena pone come base del suo ragionamento un passo della sentenza europea, in cui i giudici di Strasburgo rilevano come la doglianza del ricorrente sull'imprevedibilità della condanna, pur essendo stata sollevata in tutti i gradi di giudizio, «non era mai stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali»¹³. Su tale base la Corte d'Appello di Caltanissetta ritiene (deducendo arbitrariamente una sorta di richiesta implicita da parte dei giudici di Strasburgo) di dover affrontare in modo diretto tale *punctum dolens* e di dover basare il giudizio di revisione sulla verifica della seguente questione: «se Contrada all'epoca in cui attuava le condotte accertate a suo carico poteva conoscere dell'esistenza di tale reato»¹⁴. A tale quesito la Corte d'Appello dà risposta affermativa, basandosi non solo sullo stato, all'epoca dei fatti, delle pronunce giurisprudenziali in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, ma anche sul ruolo rivestito dal Contrada. Ora, se le conclusioni cui i giudici della revisione pervengono possono essere viste come corrette dal punto di vista fattuale, stessa cosa non può dirsi con riferimento al rispetto delle regole formali: innanzi tutto i suddetti giudici non tengono in debita considerazione la circostanza che la Corte di Strasburgo non ha ingiunto allo Stato italiano di rivalutare nel merito le prove poste alla base della condanna di Bruno Contrada; in secondo luogo, la Corte nissena non considera che, in presenza di una sentenza della Corte Edu passata in giudicato che accerta una violazione dell'articolo 7 Cedu da parte dello Stato nazionale, quest'ultimo deve

¹² Sul punto, pare opportuno precisare che in realtà l'istanza di revisione in questione venne formulata all'interno di un ricorso presentato prima che venisse pronunciata la sentenza da parte della Corte Edu ed incentrato sull'emersione di nuove prove. Solo all'interno dei motivi aggiunti la difesa di Bruno Contrada aveva allegato la richiesta di conformazione alla sentenza di Strasburgo.

¹³ Cfr. §73 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Contrada c. Italia*, cit.

¹⁴ Corte d'Appello di Caltanissetta, 17 marzo 2016, cit., p. 16.

necessariamente conformarvisi, pena l'ulteriore lesione della norma convenzionale di cui all'articolo 46 Cedu¹⁵.

Le due sentenze sopra descritte sono l'esempio di come la pronuncia della Corte di Strasburgo abbia creato disorientamento nel panorama giudiziario italiano. Infatti, se da un lato essa ha destato non poche perplessità, in dottrina e giurisprudenza, soprattutto con riferimento al profilo dell'effettiva prevedibilità della condanna da parte del Contrada, nonché con riguardo alla portata del principio di legalità, dall'altro risulta chiaro che la *querelle* è, ad oggi, tutt'altro che sopita, come è dimostrato dalle ulteriori ripercussioni (o come alcuni le hanno definite "gli ulteriori tormenti"¹⁶) che hanno interessato la giurisprudenza italiana. Si fa riferimento, ad esempio, all'ordinanza¹⁷ con cui la Corte d'Appello di Palermo ha dichiarato inammissibile la richiesta di revoca ex art. 673 c.p.p. avente ad oggetto la sentenza di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa pronunciata nel 2007 a carico di Bruno Contrada; o, ancora, alla più recente sentenza del 6 luglio 2016 con cui la Corte di Cassazione¹⁸ ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto proposto da Contrada ai sensi dell'art. 625bis c.p.p.; ed, infine, ad alcune sentenze sempre della Corte di Cassazione¹⁹ che, pur non riguardando direttamente il caso Contrada, hanno riportato alla ribalta il dibattito sul concorso esterno in associazione mafiosa, considerando manifestamente infondate le questioni di legittimità

¹⁵ Tale seconda obiezione è stata considerata da attenta dottrina come «radicale ed assorbente rispetto ad ogni altra possibile considerazione critica»: il riferimento è ad un ampio e dettagliato articolo che ha come oggetto proprio la sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta, a cui si rimanda per ogni ulteriore approfondimento, soprattutto con riguardo al profilo inerente al rimedio idoneo a conseguire l'obiettivo della conformazione alla sentenza della Corte Edu: F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2016.

¹⁶ S. BERNARDI, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2017.

¹⁷ Corte d'Appello di Palermo, Sez. I, ord. 11 ottobre 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 466.

¹⁸ Cassazione penale, Sezione II, sent. 6 luglio 2016 (dep. 17 ottobre 2016), n. 43886, Contrada.

¹⁹ Cassazione penale, Sezione II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, Perego; Cassazione Penale, Sez. II, 2 maggio 2016 (ud. 13 aprile 2016), n. 18132.

costituzionale degli artt. 110 e 416**bis** c.p., sollevate con riferimento agli artt. 25 comma 2 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

2. Le ombre della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso “Contrada”.

2.1 L'iter argomentativo della Corte di Strasburgo.

Ripercorse le tappe fondamentali della vicenda “Contrada”, occorre analizzare la sentenza della Corte EDU n.66655/13 al fine di vagliarne luci ed ombre.

Le “ombre” della sentenza Contrada non riguardano tanto, come vedremo, la *regula iuris* ivi delineata²⁰ (sebbene alcuni primi commentatori abbiano ritenuto che il *punctum dolens* della questione fosse solo il problema inerente all'applicabilità del principio di irretroattività al formante giurisprudenziale, ritenuta non ammissibile in un sistema di *civil law* come quello italiano), quanto piuttosto il discutibile iter argomentativo seguito dai giudici della Corte Edu.

Difatti, per quanto il ragionamento seguito possa sembrare – solo in apparenza – lineare, esso si basa su una comprensione un po' lacunosa della giurisprudenza italiana.

La soluzione della Corte Edu passa attraverso due premesse, per poi addivenire alla conclusione ben nota al lettore:

- Prima premessa: il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è un'infrazione di origine giurisprudenziale²¹;
- seconda premessa: il dies a quo di tale “creazione” è da rinvenire nella sentenza Demitry del 1994²²;

²⁰ La *regula iuris* cui si fa riferimento, e su cui si ritornerà in seguito, è quella secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa.

²¹ v. §66 della sentenza Contrada c. Italia, cit.

- conclusione: Bruno Contrada non poteva essere condannato poiché le sue condotte si collocano in un periodo antecedente a tale creazione, prima del quale il rischio di rispondere di “concorso esterno” non era sufficientemente prevedibile per l’imputato²³.

Passiamo, ora, all’analisi delle due premesse per capire come il ragionamento appena esposto risulti tutt’altro che irrefutabile, poiché si basa su premesse fallaci.

- a) Il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è *une infraction d’origine jurisprudentielle*²⁴.

Anche se una parte, a dire il vero minoritaria, della dottrina italiana²⁵ ritiene che il reato de quo sia una fattispecie a matrice giurisprudenziale, tale affermazione non è compatibile con l’ordinamento italiano²⁶, il quale accoglie, come è noto, il principio di riserva di legge in materia penale, escludendo così il formante giurisprudenziale dalle fonti del diritto penale. Ora, sebbene ai fini dell’accertamento della violazione del principio di legalità di cui all’articolo 7 CEDU sia indifferente che il reato trovi la sua fonte in una legge scritta o nella giurisprudenza (dovendo la CEDU

²² v. §74 *ivi*, cit.

²³ v. §75 *ivi*, cit.

²⁴ Così si legge nella versione originale della sentenza “Contrada c. Italia”, cit.

²⁵ Per un approfondimento si rinvia, tra gli altri, agli scritti di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2014; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1008 ss; o, ancora, G. LIPERA, *Concorso esterno ovvero mostruosità giuridica*, cit.

²⁶ Si vedano a tal proposito le ultime sentenze della Corte di cassazione che hanno a più riprese negato la matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa: Cassazione Penale, Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 32996, cit., in cui si legge nelle motivazioni che «la punibilità del concorso eventuale di persone nel reato nasce, nel rispetto del principio di legalità, sancito dall’art. 1 cod. pen. e dall’art. 25, comma secondo, Cost., dalla combinazione tra le singole norme penali incriminatrici speciali e l’art. 110 cod. pen.»; si veda, anche, Cassazione Penale, Sez. II, 12 aprile 2016, n. 18132, la quale ha, altresì, ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 110 e 416-bis cod. pen., sollevata per asserito contrasto con gli artt. 25, comma secondo, e 117 della Costituzione, quest’ultimo in riferimento all’art. 7 della Convenzione EDU, per violazione del principio di legalità; nello stesso senso, si veda, ancora, Cassazione Penale, Sez. II, 18 maggio 2016, n. 22447.

conciliare ordinamenti sia di *civil law* che di *common law*²⁷), la prima premessa da cui parte la Corte di Strasburgo non tiene conto del fatto che una fattispecie di origine giurisprudenziale sarebbe costituzionalmente illegittima.

Oltre all'affermazione dell'origine giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa, che secondo la Corte di Strasburgo sarebbe stata incontestata dalle parti²⁸, i giudici europei non si sono occupati di individuare quale sia la linea di demarcazione tra creazione giurisprudenziale e mera interpretazione. Difatti, la Corte, da un lato, riconosce qualità di fonte al formante giurisprudenziale, ma dall'altro ritiene che sia compito delle corti e dei tribunali nazionali interpretare la legislazione interna chiarendone i vari e possibili significati²⁹, senza che ciò implichi violazione dell'articolo 7 CEDU ogni volta che vi sia un'interpretazione in senso estensivo del penalmente rilevante: è la stessa Corte di Strasburgo che ritiene che «non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra»³⁰.

Proprio sulla base di quest'ultimo pensiero espresso dalla Corte, seppur in altre sentenze che comunque riguardano lo stesso nodo problematico,

²⁷ Per un approfondimento sull'ambito di operatività dell'articolo 7 CEDU e sulla sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale si veda HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, p. 333-334; ROLLAND, *Article 7*, in *La convention Européenne des droits de l'homme*, PETTITI (a cura di), Decaux, Imbert, p. 294; V. MANES; *Nulla poena sine lege*, in *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, CEDAM, 2012, p. 274; A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), CEDAM, 2001, p. 252.

²⁸ Sul punto, a dire il vero, alcuni commentatori hanno sottolineato come tale assunto fosse stato "fortemente contrastato dalla difesa del Governo italiano", M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU sul caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità*, in *Cassazione Penale* 2015, n. 12, p. 4611.

²⁹ Oltre alla sentenza in commento, risultano utili le letture di altre sentenze della Corte di Strasburgo, che pure riguardano il nostro paese, quali, ad esempio, Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09; o, ancora, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Vianello c. Italia*, 9 settembre 2014, ric. n.27516/09.

³⁰ v. § 55 sent. Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Varvara c. Italia*, cit.

sembra che i giudici di Strasburgo nel caso Contrada abbiano sottovalutato l'attività interpretativa svolta dalla giurisprudenza italiana, declinandola erroneamente come "attività creativa"; la Corte, inoltre, non tiene in debito conto che, se da una parte è pur vero che, anche in considerazione della delicatezza della materia che riguarda il fenomeno mafioso, risulta a tutt'oggi un'incertezza non ancora interamente dipanata, dall'altra si tratta pur sempre di una interpretazione che ha come base un dato normativo, ovvero l'articolo 110 c.p. (letto in combinato disposto con l'articolo 416bis c.p.) che, in quanto norma estensiva della punibilità, consente di conferire tipicità a condotte non rientranti nella norma incriminatrice.

Ma vi è di più. La Corte Europea dei diritti dell'uomo, che, come è stato sostenuto in dottrina, si è «ben guardata dall'esprimere alcunché sui limiti attuali della punibilità per concorso esterno e tanto meno sulla generale legittimazione della figura»³¹, si imbatte in un ulteriore equivoco non cogliendo (o non riconoscendo) che l'attività "creativa" (*rectius*, interpretativa) del giudice nazionale non ha avuto ad oggetto la fattispecie in sé, bensì solo alcune caratteristiche della stessa, oltre che i profili differenziali tra la figura del partecipe e quella del concorrente esterno.

In conclusione, sembra lecito confutare la prima premessa su cui si basa il ragionamento della Corte di Strasburgo, in quanto non si può correttamente parlare di creazione giurisprudenziale laddove vi siano norme scritte di riferimento, seppur esse risultino di portata generale (come lo è l'articolo 110 c.p.) e proprio per tale motivo necessitino dell'interpretazione della giurisprudenza interna; d'altronde è la stessa Corte che legittima tale normale operazione ermeneutica sostenendo, come si legge in un'altra sentenza, che «[...] anche per il carattere generale delle leggi, il contenuto delle stesse non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche tipiche di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Perciò, molte

³¹ L. FORNARI, *Il principio di tassatività alla prova della 'lotta' alla mafia: contiguità e metodo mafioso*, in Trattato breve di diritto penale, "Per un manifesto del neilluminismo penale", G. Cocco (a cura di), CEDAM, 2016, p. 285 e ss.

leggi si servono, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica. Pertanto, in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaro possa essere il contenuto di una disposizione di legge, anche di una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti ambigui e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre la certezza, benché fortemente auspicabile, a volte si accompagna ad una rigidità eccessiva; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione»³².

b) Il dies a quo di tale “creazione” è da rinvenire nella sentenza Demitry del 1994.

Come già anticipato, il ragionamento della Corte di Strasburgo fa leva su un ulteriore argomento: preso atto dell’incertezza giurisprudenziale in materia, la Corte Edu àncora l’ammissibilità del concorso esterno in associazione mafiosa ad una precisa sentenza della Cassazione, ovverossia la nota sentenza Demitry del 1994³³.

Tale premessa pare arbitraria e presta il fianco a molteplici obiezioni.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo sembra non considerare la complessità dell’evoluzione giurisprudenziale che ha portato l’Italia a delineare la fattispecie di concorso esterno nel reato associativo di stampo mafioso, complessità che non è solo di natura giuridica, ma soprattutto di natura storica e sociologica³⁴.

In secondo luogo, la Corte fa almeno tre errori di valutazione.

³² v. § 35 sent. Corte Europea dei diritti dell’uomo, Vianello c. Italia, cit.

³³ Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sentenza Demitry, cit.

³⁴ Non è possibile in questa sede tenere conto della mole di scritti sul punto, ricordando, senza alcun scopo esaustivo, gli studi di: S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano; G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro italiano*, 1991, p. 473 ss.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione e irrilevanza penale*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1993, p. 1185 ss; N. TRANFAGLIA, *Mafia, politica e affari. 1943-2008*, Laterza, Bari 2008; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003.

Innanzitutto, non tiene in debita considerazione che le pronunce giurisprudenziali sul concorso esterno nei reati associativi risalgono già alla fine degli anni '60³⁵: in esse i giudici nazionali si ponevano il quesito non già della rilevanza penale o meno della condotta, ritenuta pacificamente punibile, bensì della sua sussunzione nell'alveo della partecipazione o del concorso esterno o, ancora, nell'ambito di altre fattispecie penali, come il favoreggiamento. Difatti, persino la sentenza Cillari³⁶, che la Corte ritiene particolarmente significativa per avallare l'asserita contraddittorietà della giurisprudenza precedente alla sentenza Demitry, pur pronunciandosi contro la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, condanna gli imputati per il più grave reato di cui all'articolo 416bis c.p., così riportando la questione nell'ambito della ricostruzione della nozione di "partecipazione" e dei suoi limiti. In tale ottica, la sentenza Demitry, giunta all'esito di tale evoluzione giurisprudenziale, non estende affatto la punibilità creando una nuova fattispecie incriminatrice, ma chiarisce i rapporti tra le diverse condotte di partecipazione e di contiguità, ritenendo che il soggetto colluso non debba rispondere del reato di partecipazione di cui all'articolo 416bis c.p., ma di concorso esterno in associazione mafiosa.

Oltre ad una ricostruzione semplicistica della giurisprudenza, l'altro errore della Corte di Strasburgo è quello di non comprendere che il nodo della questione della configurabilità del reato in questione appartiene alla teoria generale del reato, dovendo essere formulato nei seguenti termini: è ammissibile un concorso eventuale nei reati necessariamente plurisoggettivi? Una volta chiarito ciò, si comprende perché la Corte di Strasburgo considera i precedenti giurisprudenziali menzionati dal

³⁵ Cassazione Penale, 27 ottobre 1968, Muther, in cui la Corte ritenne legittima l'applicazione della clausola generale dell'art. 110 cod. pen. al reato di cospirazione politica mediante associazione previsto dall'art. 305 cod. pen.; ed ancora, Cassazione, Sez. I, n. 1458 del 29 ottobre 1969, Tempra; Cassazione, Sez. I, n. 3397 del 16 dicembre 1971, Di Maio; Cassazione, Sez. I, n. 5847 del 16 gennaio 1978, Ammaturo. Invero l'istituto del concorso esterno è stato riconosciuto nella giurisprudenza italiana sin dalla seconda metà del '800, si veda, ad esempio, Corte di Appello di Palermo, 17 giugno 1875, Ciaccio e altri.

³⁶ Cassazione penale, sentenza Cillari, 14 luglio 1987, n. 8864.

Governo italiano come non rilevanti, poiché inerenti a fattispecie penali quali la cospirazione politica e il terrorismo³⁷; come è stato giustamente sottolineato in dottrina³⁸, vi è sul punto una chiara sopravvalutazione da parte della Corte di Strasburgo della presunta eterogeneità tra il reato di cui all'articolo 416bis e gli altri reati che rientrano nella categoria di quelli necessariamente plurisoggettivi.

Infine, il terzo errore in cui incorre la Corte di Strasburgo risiede proprio nell'individuazione della sentenza Demitry quale spartiacque per l'ammissibilità della fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa: si tratta, in definitiva, di una mera convenzione, frutto di un approccio eccessivamente rigido da parte della Corte, tanto più che le successive sentenze³⁹ hanno delineato in maniera ancora più precisa la figura del concorrente esterno, in alcuni casi anche discostandosi dalla sentenza del 1994⁴⁰. Volendo, dunque, avallare il ragionamento della Corte, la quale ritiene di dover rinvenire un momento preciso a partire dal quale il reato di concorso esterno in associazione mafiosa possa risultare senza dubbio delineato in tutti i suoi elementi strutturali, allora si dovrebbe posticipare questo momento e farlo coincidere con la sentenza Carnevale del 2002 o, addirittura, con la sentenza Mannino del 2005 o con chi sa quale altra futura sentenza che andrà a delineare i contorni di un fenomeno che tende a mutare nel tempo adattandosi alle diverse esigenze di diffusione del crimine organizzato. Si creerebbe, così, il paradosso di non poter mai applicare questa fattispecie criminosa (e lo stesso discorso

³⁷ Cfr. § 71 sentenza Contrada c. Italia, cit.

³⁸ F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, p. 1063, il quale parla di “distorsione prospettica” in quanto tra il concorso esterno in associazione mafiosa e, ad esempio, il concorso esterno in associazione terroristica vi è sì “eterogeneità criminologica, ma non normativa”, poiché entrambe rientrano nell'alveo dell'articolo 110 del codice penale.

³⁹ Il riferimento è alle famose sentenze rese a Sezioni Unite Carnevale del 30 ottobre 2002, e Mannino del 12 luglio 2005.

⁴⁰ Sul punto, nella sentenza Carnevale venne dichiarata l'irrilevanza del requisito dello stato patologico della fibrillazione, richiesto invece nella sentenza Demitry. Seguendo il ragionamento della Corte di Strasburgo, condotte poste in essere dopo la sentenza Demitry e prima della sentenza Carnevale senza l'elemento dello stato di fibrillazione dovrebbero essere considerate “non prevedibili” per assurdo.

potrebbe essere esteso anche ad altri istituti del diritto penale) proprio perché in continua evoluzione; a ben vedere, la necessità di ricercare il momento a partire dal quale un dato orientamento possa dirsi consolidato finirebbe per tradursi in una sorta di *probatio diabolica*, stante la difficoltà di individuare tale momento⁴¹.

2.2 La “prevedibilità” della condanna

Confutate le due premesse su cui si basa l’iter argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo, la conclusione cui la Corte perviene si rivela malferma. Difatti, se si parte dal presupposto che all’epoca dei fatti posti in essere da Bruno Contrada vi fosse già una base legale (giòva ribadirlo, l’articolo 110 in combinato disposto con l’articolo 416bis del codice penale) e che, pur nell’incertezza interpretativa che aleggiava all’interno della giurisprudenza italiana, non si avevano dubbi circa la rilevanza penale dei comportamenti di concorso nel fenomeno mafioso, risulta eccessivamente semplicistica la conclusione della sentenza “Contrada” e, inoltre, non coerente con il substrato socio-culturale che ha portato i tribunali e le corti nazionali a qualificare in termini di concorso esterno certe condotte di “contiguità”.

Ridefiniti, così, i termini della questione, ci sembra, poi, che la sentenza della Corte di Strasburgo sia censurabile sotto almeno altri due angoli prospettici, entrambi riguardanti il concetto di “prevedibilità”, seppur con sfumature diverse, ma che sono collegati tra di loro. Si cercherà, in altre parole, di rispondere a due quesiti: da una parte, ci si chiederà se effettivamente il ricorrente Bruno Contrada non era in grado di prevedere, all’epoca dei fatti, la condanna e la relativa pena, così come richiesto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo; dall’altra, anche al fine di sciogliere il precedente quesito, si confronterà l’iter argomentativo della

⁴¹ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, del 12 giugno 2015, n. 2/2015, p. 166, la quale parla del c.d. paradosso del sorite, secondo il quale «come non può stabilirsi quanti granelli fanno un mucchio, nemmeno è possibile fissare il numero di sentenze che fanno un *diritto vivente*».

sentenza Contrada con altre pronunce della Corte Edu, al fine di vagliare la prevedibilità della stessa sentenza in commento. In altri termini: Bruno Contrada poteva prevedere la sua condanna? E il nostro Paese, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, poteva prevedere la propria condanna da parte della Corte Edu?

2.2.1 La portata del concetto di “prevedibilità”

Prima di dare risposta a tali quesiti occorre, seppur brevemente, vagliare la portata del concetto di prevedibilità, quale criterio qualitativo della *law* nell’ottica della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Come è noto, il principio di legalità di cui all’articolo 7 Cedu si iscrive tra gli *inviolable core rights*⁴², ossia in quel nocciolo duro di diritti⁴³ che, ex articolo 15 Cedu, non ammettono deroghe. Tale principio, dovendo rappresentare un punto di incontro tra tradizioni ordinamentali diverse (si ricorda che la Convenzione Europea si applica sia ad ordinamenti di *common law* che di *civil law*), è considerato in un’ottica squisitamente sostanziale, venendo a coincidere con «il diritto fondamentale di ciascun cittadino alla previa conoscenza o conoscibilità dei fatti penalmente vietati»⁴⁴, senza che sia necessario che alla base vi sia una fonte scritta. Ecco, dunque, che l’esigenza di un’osmosi tra tradizioni giuridiche diverse comporta, da una parte, una sorta di trasformazione del principio di riserva di legge⁴⁵ (pilastro del nostro sistema penale) e, dall’altra, la sostanziale equiparazione tra il formante giurisprudenziale e la legge

⁴² V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea di Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 2011, p. 28.

⁴³ Come è stato autorevolmente sottolineato, la «giurisprudenza di Strasburgo [...] legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell’individuo, anziché come ‘principio’ ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici», F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016.

⁴⁴ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, tomo II, 2007, Giuffrè, Milano, p. 1273.

⁴⁵ M. CHIAVARO, *La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 86 e ss.

scritta, entrambe considerate fonti del diritto penale⁴⁶. In altri termini, nell'ottica convenzionale la legalità formale cede il campo alla legalità sostanziale e si assiste alla «valorizzazione degli aspetti qualitativi della legge, non più circoscritti alla sua determinatezza, ma concernenti anche la c.d. accessibilità e prevedibilità»⁴⁷, requisiti che dovranno riguardare tanto la fonte legislativa quanto il formante giurisprudenziale. Tali requisiti vengono descritti per la prima volta dalla Corte Edu nella storica sentenza del 1979, in cui i giudici di Strasburgo definirono l'accessibilità come la necessità per il cittadino «di disporre di informazioni sufficienti, nella situazione concreta, sulle norme giuridiche applicabili ad un determinato caso»⁴⁸, valutabile attraverso il grado di pubblicità di tali norme; e la prevedibilità come «la possibilità di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato»⁴⁹, sicché prevedibile dovrà essere non solo l'illiceità e la rilevanza penale della condotta, ma anche la pena.

Quest'ultimo requisito qualitativo, da verificarsi in concreto, è scomposto dalla giurisprudenza Cedu in almeno due accezioni, l'una che fa

⁴⁶ Cfr. HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 333 in cui si legge testualmente «*The term 'law' has the same autonomous meaning as it has elsewhere in the Convention, so that it includes, in terms of sources of law, judge-made law as well as legislation, whether primary or delegated*». Si veda anche, S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica*, a cura di Vincenti, Padova 2000, p. 252 e ss.; sul punto, si possono richiamare anche le tantissime sentenze della Corte Edu in tema di articolo 7 Cedu, ex multis, S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito del 22 novembre 1995.

⁴⁷ A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, cit., p. 253; sul punto si veda anche F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., in cui l'autore sottolinea come «il problema diviene, insomma, quello della qualità della norma, più che quello della sua origine».

⁴⁸ Cfr. § 49 Sunday Times c. Regno Unito del 26 aprile 1979.

⁴⁹ *Ibidem*.

riferimento al momento formativo della norma⁵⁰, l'altra a quello interpretativo⁵¹.

Con riguardo alla prima accezione non vi è dubbio che essa riguardi il principio di determinatezza della norma incriminatrice, poiché solo una norma chiara e precisa può permettere al cittadino di orientare la propria condotta. La valutazione del requisito di determinatezza viene effettuata partendo dal testo normativo, nonché da una sua interpretazione sistematica; inoltre, sempre nell'ottica di un riscontro in concreto di tale requisito qualitativo della legge, si deve tener conto delle caratteristiche dei soggetti destinatari, nonché dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza⁵².

Quest'ultimo dato, poi, si ricollega all'altra accezione della prevedibilità che fa riferimento all'interpretazione giudiziale, la quale deve essere "ragionevole", cioè tale da rendere prevedibile l'ambito applicativo della norma. Attraverso tale ulteriore corollario del principio di legalità si vuole evitare l'applicazione retroattiva non solo di norme incriminatrici create dai giudici (fenomeno, a dire il vero, molto raro anche nei sistemi di *common law*, con alcune eccezioni come quello scozzese⁵³), ma soprattutto dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* che, secondo autorevole dottrina⁵⁴, producono effetti equiparabili a quelli derivanti dall'introduzione da parte del legislatore di una nuova norma incriminatrice. In altri termini, e coerentemente con la portata del principio di legalità di cui all'articolo 7 Cedu, si vuole evitare che i giudici

⁵⁰ Il concetto di "norma", giova ribadirlo, è inteso sempre in senso generico, come tale ricomprendente tanto la legge scritta quanto quella non scritta.

⁵¹ Tale distinzione tra momento formativo e interpretativo viene riportata da molti commentatori dell'articolo 7 Cedu, ex multis, A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, cit., p. 261.

⁵² Corte Europea dei diritti dell'uomo, *KA e AD c. Belgio*, 17 febbraio 2005, ric. n. 42758/98 e 45558/99.

⁵³ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., p. 79 e ss.

⁵⁴ Ivi, p. 113. Si veda anche L. FORNARI, *Il principio di tassatività alla prova della 'lotta' alla mafia: contiguità e metodo mafioso*, cit., in cui si legge che la «giurisprudenza europea [...] ritiene soddisfatta l'idea di legalità (solo) laddove le decisioni sfavorevoli all'imputato siano da lui prevedibili».

pongano in essere non solo attività interpretative di tipo analogico, ma anche di tipo additivo, che si verificano in tutti quei casi in cui l'operato dei giudici non si limiti ad interpretare gli elementi costitutivi della fattispecie penale, ma vada ad ampliarne la portata a detrimento dell'imputato⁵⁵.

Beninteso, nell'ottica della Corte non ogni mutamento giurisprudenziale in senso estensivo del penalmente rilevante (c.d. *overruling in malam partem*) è destinato, per ciò solo, a costituire una violazione dell'art. 7 della Convenzione. Difatti, l'interpretazione estensiva di una norma è considerata ammissibile (*rectius*, prevedibile) in due casi: quando è conforme ad una precedente prassi applicativa di tipo estensivo; e quando porta a conseguenze che, sebbene contrastanti con una precedente giurisprudenza, risultino plausibili in virtù dei mutamenti socio-culturali sussistenti nel momento in cui la norma viene applicata⁵⁶. In altri termini, in quest'ultimo caso la Corte di Strasburgo ammette un'interpretazione estensiva che restituisca «il vero senso della legge», ovvero «il senso che il legislatore attuale avrebbe espresso se avesse oggi redatto il testo»⁵⁷, sempre che i fatti in questione possano rientrare all'interno della norma penale o, come si legge in una sentenza della Corte, «a condizione che il risultato interpretativo sia coerente con la sostanza dell'infrazione»⁵⁸. Ciò tende a verificarsi per lo più con riferimento a fattispecie concrete percepite come moralmente ingiuste, mentre risulta di più difficile attuazione nel caso dei c.d. reati artificiali, attesa la maggiore difficoltà in

⁵⁵ HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 335; sul punto si vedano anche, a mero titolo esemplificativo, le sentenze: Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, ric. n. 21906/04; *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, ric. n. 14307/88; Commissione Europea dei diritti dell'uomo, *Enkelmann c. Svizzera*, 4 marzo 1985.

⁵⁶ A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di europeizzazione del diritto penale*, in *Cassazione Penale*, 2007 n. 5, p. 2205.

⁵⁷ J. PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Paris, 1999, p. 319.

⁵⁸ § 20 della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Radio France e altri c. Francia*, 30 marzo 2004, ric. n. 53984/00.

quest'ultimo caso di prevedere mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*⁵⁹.

2.2.2 La giurisprudenza Cedu sui canoni della “prevedibilità”.

Delineata, seppur brevemente, la portata del concetto di legalità, soprattutto con riferimento alla declinazione tutta europea della prevedibilità della decisione giurisprudenziale, è necessario vagliare come questa debba essere intesa, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ci interessa, in questa sede, mettere in luce una certa mancanza di coerenza e una certa disomogeneità delle stesse sentenze della Cedu sul concetto di prevedibilità, soprattutto con riferimento alla circostanza se essa debba essere intesa in senso oggettivo oppure in senso soggettivo o, ancora, se essa debba risultare da una commistione dei due aspetti.

Si è già detto sopra come una delle eccezioni al principio di prevedibilità sia costituita dai casi in cui l'*overruling in malam partem* si giustifichi alla luce di un mutamento delle condizioni socio-culturali, costituendo quasi una sorta di interpretazione evolutiva fisiologica. Emblematiche sul punto sono due famose sentenze⁶⁰ in cui la Corte di Strasburgo ha giustificato un *revirement* giurisprudenziale proprio sulla base dei cambiamenti socio-culturali. Mettendo a confronto altre sentenze con quella oggetto del presente contributo, ci sembra che esse entrino in aperto contrasto tra di loro sancendo due principi completamente diversi: da una parte, infatti, si giustifica un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* sulla base di cambiamenti socio-culturali che hanno suggerito il superamento del principio generale di common law secondo cui «un marito non può essere

⁵⁹ R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte Europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, nota a Cassazione Penale, Sezioni Unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, in Cassazione penale 2011, pp. 40-41.

⁶⁰ Cfr. § 37 S.W. c. Regno Unito e § 35 C.R. c. Regno Unito, cit., in cui la Corte di Strasburgo ha giustificato il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* con riferimento al reato di stupro tra coniugi (*marital rape*), in spregio al precedente e monolitico orientamento giurisprudenziale che escludeva il reato di violenza sessuale tra coniugi, ritenendo configurabile una causa di non punibilità sottesa al rapporto di coniugio. Si veda, sul punto, anche la sentenza Müller e altri c. Svizzera, 24 maggio 1988.

dichiarato colpevole di stupro nei confronti della propria moglie»⁶¹ e nonostante la giurisprudenza inglese precedente fosse compatta nell'affermare la liceità di tale condotta; dall'altra, nella sentenza che qui ci interessa, la Corte ha ritenuto che Bruno Contrada non potesse prevedere la sua condanna, stante l'asserita contraddittorietà della giurisprudenza in materia, senza tenere in conto non solo che i comportamenti ascritti all'imputato possedevano un'indubbia valenza negativa dal punto di vista delle concezioni sociali, ma inoltre senza considerare la circostanza che all'epoca dei fatti vi furono mutamenti storico-culturali che interessarono il fenomeno tutto italiano della contiguità mafiosa, rendendo necessario un adattamento interpretativo della normativa vigente (in quel caso l'articolo 110 letto in combinato disposto con l'articolo 416bis del codice penale) e, di conseguenza, un'applicazione della «legge penale a fatti che il legislatore era nell'assoluta impossibilità di prevedere all'epoca della promulgazione della legge»⁶².

Se ne deduce, in conclusione, come non si possa escludere che il ricorrente avesse quanto meno contezza dell'illiceità dei comportamenti posti in essere, e che tale illiceità potesse essere desunta proprio dai contrasti sincronici⁶³ che vi erano nella giurisprudenza dell'epoca, sorti anche in virtù dei mutamenti socio-culturali concernenti il fenomeno della contiguità mafiosa, sicché non sembrerebbe potersi parlare di imprevedibilità dell'esito giudiziale.

Ma vi è di più. Si è visto come uno dei parametri della determinatezza di una norma penale è costituito dalla tipologia dei destinatari della norma.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 515, in cui gli autori continuano specificando che in tanto ciò può avvenire in quanto «[...] la volontà del legislatore di sanzionare fatti di tal natura sia certa e che i fatti in questione possano rientrare all'interno della norma penale».

⁶³ Come è stato acutamente sottolineato da attenta dottrina, tali contrasti sono il presupposto fisiologico dell'esercizio della nomofilachia, «la condizione fattuale per la formazione di quel diritto giurisprudenziale che pure sta tanto a cuore ai giudici di Strasburgo», così F. PALAZZO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, intervento al convegno "Interpretazione giurisprudenziale e principio di legalità in materia penale alla luce della Sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, Contrada c. Italia", Roma, 15 giugno 2015, reperibile su www.radioradicale.it.

In tale ottica, la Corte di Strasburgo, rapportando la nozione di prevedibilità al destinatario tipico della norma penale, ha ritenuto prevedibile una condanna proprio in base alla natura professionale o organizzata dell'attività dei ricorrenti, anche in ipotesi in cui vi era un'esiguità di precedenti giurisprudenziali diretti a specificare la portata di una nozione legislativa generica o vaga.

Alcuni esempi serviranno a comprendere la posizione dei giudici europei. Nel caso *Flinkillä e altri c. Finlandia*⁶⁴ la condanna per il reato di interferenze illecite nella vita privata è stata ritenuta prevedibile in considerazione della professione di giornalista svolta dal ricorrente, il quale era tenuto al rispetto del codice deontologico giornalistico che prevedeva regole ancora più rigorose di quelle richieste al comune cittadino al fine di limitare l'intrusione nella vita privata altrui.

Ancora più significativa è la sentenza *Soros c. Francia*⁶⁵, in cui la qualifica di investitore professionale risulta dirimente per poter vagliare la prevedibilità della condanna del ricorrente per il reato di insider trading. In questa sentenza la Corte ribadisce come il giudizio di prevedibilità sia condizionato non solo dalla norma e dal suo ambito applicativo, ma soprattutto dalle caratteristiche dei suoi destinatari, richiedendo particolare cautela e attenzione da parte di soggetti qualificati professionalmente, che sono tenuti a dare prova di una grande prudenza nell'esercizio della loro attività. Applicando tali criteri al caso di specie, la Corte di Strasburgo ha ritenuto la condanna non contrastante con l'articolo 7 Cedu in quanto, pur mancando una giurisprudenza granitica sul punto, il ricorrente avrebbe dovuto versare quanto meno in una situazione di dubbio circa la liceità della sua condotta, il che avrebbe dovuto portarlo ad astenersi dall'azione⁶⁶. In questo caso la Corte europea ha dato

⁶⁴ Cfr. § 67 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Flinkillä e altri c. Finlandia*, 16 aprile 2010, ric. n. 25576/04.

⁶⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Soros c. Francia*, 6 ottobre 2011, ric. n. 50425/06.

⁶⁶ Ivi, §53 in cui si legge: «*la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un*

rilevanza ai c.d. obblighi strumentali di conoscenza delle leggi penali, ben noti all'interno della giurisprudenza italiana⁶⁷.

Ancora, nella sentenza *Cantoni c. Francia*⁶⁸, i giudici europei non si sono posti problemi nel rapportare la prevedibilità delle conseguenze penali alla professione svolta dal ricorrente, richiedendo ancora una volta una particolare prudenza nell'esercizio della stessa.

L'attività professionale svolta è stata, dunque, presa in considerazione in diverse sentenze⁶⁹ della Corte di Strasburgo, anche in quelle in cui la prevedibilità era stata esclusa, come nella nota sentenza *Pessino c. Francia*⁷⁰ ove la Corte ha ravvisato la violazione dell'articolo 7 Cedu, poiché neanche la professionalità del ricorrente poteva far prevedere la sua condanna, «non trattandosi di un reato connotato da una certa "naturalità" come nel caso del marital rape»⁷¹.

In tutti questi casi la Corte sembra abbracciare una nozione di prevedibilità di tipo soggettivo, rapportando, come già visto, la

acte determine [...]. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte»

⁶⁷ Il riferimento è alla nota sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale. Cfr. nella manualistica, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano 2015, p. 379 con ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁸ § 35 della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, ric. n. 17862/91, in cui si legge «*This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails. With the benefit of appropriate legal advice, Mr Cantoni, who was, moreover, the manager of a supermarket, should have appreciated at the material time that, in view of the line of case-law stemming from the Court of Cassation and from some of the lower courts, he ran a real risk of prosecution for unlawful sale of medicinal products*».

⁶⁹ Oltre a quelle già citate si possono ricordare: *Groppera Radio AG e a. vs Svizzera*, 28 marzo 1990, § 68, in cui si dice che la prevedibilità dipende dallo statuto dei destinatari; *Vogt c. Germania*, 26 settembre 1995 § 48; *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius vs Lituania*, 19 febbraio 2008, § 120; *Custers, Deveaux e Turk vs Danimarca*, 3 maggio 2007, § 94 ss., in relazione a membri di un'organizzazione ambientalista (Greenpeace) rispetto all'incriminazione di accesso abusivo a sito militare che ben avrebbero potuto conoscere stante la professione da questi svolta ed anche se non vi era segnalazione alcuna sulle mappe ufficiali.

⁷⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, ric. n. 40403/02. Si veda sul punto D. ROETS, *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem consacrée par la CEDH*, in *Recueil Dalloz*, n.2/2007.

⁷¹ V. MANES, *Nulla poena sine lege*, in *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 282.

prevedibilità alle caratteristiche professionali e personali e valorizzando la possibilità che, in ragione del suo peculiare bagaglio conoscitivo, il ricorrente possa prospettarsi l'illiceità dei suoi comportamenti, quanto meno in termini di dubbio.

Al contrario, nella sentenza Contrada non viene tenuto in considerazione il ruolo professionale svolto dal ricorrente: Bruno Contrada era, infatti, un alto dirigente di polizia, il quale non poteva dubitare che condotte come fornire informazioni rilevanti ad esponenti della mafia in merito ad indagini in corso avessero una rilevanza penale; non solo, egli poteva ragionevolmente mettere in conto che le sue condotte sarebbero state etichettate come “concorso esterno in associazione mafiosa”, in quanto riceveva direttive da parte della magistratura che già in quel periodo elaborava contestazioni di reato *ex art. 110 e 416-bis c.p.*, in particolare nell'ambito del primo maxi-processo di Palermo, istruito anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte⁷². Risulta, quindi, lampante come nella sentenza “Contrada” la Corte di Strasburgo abbia adottato un concetto di prevedibilità di tipo oggettivo che si basa solo (ed esclusivamente, aggiungerei) sul “contrasto giurisprudenziale” esistente all'epoca dei fatti, non solo allontanandosi dalla sua stessa giurisprudenza che, come ampiamente visto, aveva in più occasioni valorizzato un concetto soggettivo di prevedibilità, ma anche distaccandosi da quella valutazione in concreto della prevedibilità propugnata dagli stessi giudici europei.

Si avverte, allora, con maggiore evidenza il disorientamento che tale sentenza può aver creato nel panorama italiano, non tanto per aver introdotto un concetto di legalità sostanziale che potrebbe mettere in crisi quello di legalità formale tanto caro alla nostra cultura giuridica, quanto per la mancanza di una precisa nozione del concetto di “prevedibilità” da parte della giurisprudenza Cedu e per il movimento ondivago che ha caratterizzato la stessa giurisprudenza sul punto.

⁷² F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, cit.

Alcuni in dottrina⁷³ hanno parlato di una “tendenza” della giurisprudenza Cedu ad un irrigidimento dei parametri sulla base dei quali valutare la prevedibilità della decisione giurisprudenziale, non più ancorata a canoni di natura soggettiva, bensì incentrata solo su parametri di natura oggettiva. Tale impostazione, che vorrebbe riscontrare una sorta di volontà da parte della Corte di Strasburgo di oggettivizzare il concetto di prevedibilità, non sembra condivisibile, proprio perché smentita dalla stessa Corte Europea dei diritti dell’uomo: ed infatti, in una pronuncia⁷⁴ di poco successiva rispetto alla sentenza Contrada la Corte di Strasburgo è tornata a valutare il concetto di prevedibilità in base alla qualità dei destinatari, richiedendo una maggiore cautela da parte di soggetti che, svolgendo una particolare professione, devono necessariamente valutare i rischi penali che la propria attività lavorativa comporta⁷⁵.

Ciò posto, non si può, però, non osservare il rigore eccessivo adottato nella sentenza oggetto del presente contributo⁷⁶. Rigore che non si riesce a spiegare attesa la prospettiva personalistica che ha informato la giurisprudenza Cedu sul concetto di prevedibilità, la cui evoluzione ermeneutica sembrerebbe comportare una valorizzazione del principio di colpevolezza⁷⁷. Sembrerebbe, invece, più probabile che la sentenza

⁷³ Cfr. V. MANES, *Nulla poena sine lege*, in Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell’uomo, cit., p. 281, sulla sentenza Pessino c. Francia; si veda anche la sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, ric. n. 42750, con nota di F. MAZZACUVA, *La grande camera della corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*.

⁷⁴ Corte Europea dei diritti dell’uomo, X e Y c. Francia, 1 settembre 2016, ric. n. 48158/11.

⁷⁵ Ivi §57, in cui si legge «*La Cour rappelle également que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s’agit, du domaine qu’il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s’oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d’un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d’une grande prudence dans l’exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d’eux qu’ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu’il comporte*».

⁷⁶ Dello stesso avviso, M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU sul caso Contrada e l’attuazione nell’ordinamento interno del principio di legalità*, cit., p. 4618.

⁷⁷ Si veda sul punto la sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01, con cui l’articolo 7 ha subito una forte evoluzione ermeneutica, attesa la rilevanza attribuita al nesso psicologico tra autore e fatto, ovvero sia alla categoria della colpevolezza.

Contrada rappresenta un'eccezione nel panorama giurisprudenziale europeo, un'eccezione che, però, ha avuto delle ripercussioni negative in termini di chiarezza e coerenza della nozione di prevedibilità ex articolo 7 CEDU.

2.3. Conclusioni

Siamo ora in grado di rispondere ai quesiti sopra posti.

Sembra evidente, infatti, come la sentenza della Corte di Strasburgo non fosse prevedibile per l'ordinamento italiano, soprattutto alla luce della stessa giurisprudenza Cedu sul concetto di prevedibilità. L'applicazione della fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa, frutto di una complicata evoluzione giurisprudenziale, dovuta anche a mutamenti socio-culturali, avrebbe dovuto risultare «adeguata rispetto allo spirito del tempo, al comune sentimento»⁷⁸ e, di conseguenza, sarebbe stata da considerare già per questo prevedibile; oltretutto non si trattava dell'applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale improvviso, situazione che sarebbe stata connotata da imprevedibilità, ma sussisteva un preesistente contrasto giurisprudenziale di tipo sincronico, situazione che, invece, risulta fisiologica al fine di non mortificare la necessaria attività interpretativa dei giudici.

Di conseguenza sembra senz'altro sostenibile che Bruno Contrada potesse ragionevolmente prevedere la sua condanna, soprattutto in virtù del ruolo professionale che svolgeva; e tale prevedibilità avrebbe dovuto ricoprire non solo la rilevanza penale della condotta, ma anche la pena, attesa la preesistenza di una base normativa (l'articolo 110 letto in combinato disposto con l'articolo 416bis) da cui dedurla.

Ma il punto maggiormente dolente è, come si è visto, la constatazione di una certa disomogeneità della giurisprudenza di Strasburgo, nonché la mancanza di un concetto univoco e chiaro di “prevedibilità”, soprattutto con riferimento ai canoni, oggettivi e/o soggettivi, in base ai quali valutare

⁷⁸ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Studi e materiali di diritto penale, 2009, p. 76 ss.

tale nozione. Non è chiaro, infatti, se essi abbiano uguale valore, o se l'uno prevalga sull'altro o, ancora, se debbano sussistere congiuntamente o alternativamente. Si potrebbe ritenere, in una prima considerazione approssimativa, che, anche alla luce della stessa giurisprudenza Cedu, tali canoni vadano valutati tutti in egual modo, basandosi sulla fattispecie concreta oggetto di valutazione.

Si auspica sul punto che i giudici della Corte Edu forniscano ulteriori elementi chiarificatori, in modo da far sì che anche la loro giurisprudenza risulti "prevedibile" agli Stati membri.

3. Le luci della sentenza Contrada

Rimane comunque da ricordare che la sentenza Contrada, seppur criticabile nel suo argomentare, ha avuto il merito di sottolineare un importante principio, quello di *prevedibilità della decisione giurisprudenziale*, destinato ad assurgere a nuovo aspetto della stessa legalità penale interna, la quale non può più essere letta in maniera avulsa dalla prospettiva europea. Ecco allora che si rivela in tutta la sua portata la "luce" della sentenza Contrada, nel momento in cui ha posto dottrina e giurisprudenza italiane di fronte alla necessità di una rivisitazione del principio di legalità e del ruolo svolto dal formante giurisprudenziale, anche nell'ottica di una maggiore attuazione del principio di cui all'articolo 3 della nostra Costituzione: come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, «la prevedibilità della decisione giudiziale è legata a doppio filo alla parità di trattamento tra casi simili»⁷⁹, atteso che un «sistema in cui le decisioni risultano imprevedibili [...] costituisce l'esatta negazione del principio di eguaglianza»⁸⁰.

Si apre, dunque, una nuova era per il principio di legalità in materia penale che con ogni probabilità comporterà, nel lungo periodo, una rivisitazione della sua portata, riletta alla luce dell'articolo 7 Cedu, e, nel breve periodo, porterà ad un dibattito (a dire il vero già messo in moto) sulle modalità con

⁷⁹ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit.

⁸⁰ *Ibidem*.

n. 1/2017

cui far entrare il *decisum* Contrada nel nostro ordinamento, se per la porta del principio di colpevolezza o del principio di determinatezza o, infine, del principio di irretroattività.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

ANTONELLA BONGARZONE

Un giurista dinanzi alla questione minorile nell'Italia liberale: Lino Ferriani (1852-1921)

ABSTRACT - Lino Ferriani was a “lombrosian” lawyer. He was unknown in his fruitful and intense study life, specially focused on the problem of “degenerate and delinquent offspring” and abandoned childcare by introducing the positive experimental method in Italy. Through an examination of his writings it is possible to trace a conducting line that combines this writings with the theories of St. John Bosco and Maria Montessori, based on the “preventive care” of the young.

KEYWORDS - Corrections, lapses, education, preventive system.

ANTONELLA BONGARZONE*

**Un giurista dinanzi alla questione minorile nell'Italia
liberale: Lino Ferriani (1852-1921)****

*I bambini rappresentano il più prezioso patrimonio dello Stato,
perché in essi s'incarna il futuro*
Ellen Key

SOMMARIO: 1. Qualche necessaria premessa; 2. Lino Ferriani: un breve profilo biografico; 3. La questione minorile; 4. Epilogo: minori ed educazione

1. Qualche necessaria premessa

Nel corso del XIX secolo il problema della fanciullezza abbandonata venne spesso posto in correlazione con l'aumento della delinquenza precoce. L'attenzione era stata sollevata dalla Scuola Positiva che aveva visto nei comportamenti antisociali o devianti il prodotto di una combinazione di predisposizioni ereditarie e fattori socio-ambientali negativi. In particolare, proprio le teorie del Lombroso e del Ferri avevano creato la figura del "delinquente minorenni".

In particolare in Italia si sviluppò sul tema un dibattito tanto acceso che esso fu trattato in congressi e dalla stampa trovando eco anche in Parlamento. Le Istituzioni si proponevano di affrontare il problema

* Assegnista di Ricerca e docente di "Elementi di Archivistica e Diplomatica Giuridica" presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

dell'aumento di minori abbandonati, vagabondi, incontrollati ed incontrollabili, da una società investita da rapide e profonde trasformazioni. La preoccupazione moralizzatrice ed il controllo sociale furono i catalizzatori che diedero vita ad interventi specifici nei confronti dei minori.

Questa nuova "sensibilità pedagogica", nei confronti dei fanciulli in condizioni di grave disagio, incoraggiò di separare nell'internamento i minori dagli adulti, verso i quali si diresse principalmente la tensione educativa della società, differenziandoli sia fisicamente, sia nei trattamenti, dagli adulti. La separazione delle istituzioni penali per minorenni da quella per gli adulti fu motivata dalla consapevolezza che queste due categorie di soggetti avevano caratteristiche così diverse da rendere inadeguato il medesimo trattamento sanzionatorio. Così accanto ai discoli o monelli si incominciò a parlare di ragazzi "traviati" da ricondurre "al bene"¹.

Preme chiarire che solo tra il XVI e il XVII secolo era emerso da parte dei governanti un atteggiamento nuovo nei confronti dell'infanzia. Successivamente, a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, nei diversi stati italiani sorsero vari istituti (solitamente gestiti da religiosi) a sostegno dell'infanzia abbandonata, "esposta" o "corrotta"².

Fino all'entrata in vigore del codice Zanardelli (1890) non vi era stato un tentativo di unificare e rendere organica la legislazione minorile. Il codice riferito stabilì che l'età minima per l'imputabilità erano i nove anni (*ex art.53*), anche se fra i nove e i quattordici anni il ragazzo era imputabile solo se il giudice ne avesse accertato il "discernimento"(*ex*

¹ G. NOVELLI, *La rieducazione dei minorenni dal punto di vista scientifico, sociale e giudiziario*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1938, 240 e ss.

² V. NUTTI, *Discoli e derelitti. L'infanzia povera dopo l'Unità d'Italia*, Firenze, 1992, *passim*.

art. 54); dai quattordici ai diciotto anni operava una presunzione di imputabilità (*ex art.55*), tuttavia al minore compreso fra queste due età veniva applicata una pena ridotta rispetto a colui che aveva raggiunto la maggiore età allora fissata in anni ventuno³.

Si incominciarono a delineare le categorie di minori corrigendi: gli autori personali di delitti; “i corrotti e diffamati e gli oziosi, vagabondi o mendicanti” ed i minori allontanati dalla casa paterna o ribelli all’autorità paterna. I trattamenti riservati ai minori autori dei delitti erano quelli delle case di correzione. A quelli sotto i nove anni che avevano commesso un delitto punibile con reclusione o detenzione inferiore ad un anno e a quelli tra nove e quattordici anni che commettevano reato senza discernimento, era applicato l’internamento in un istituto di educazione e correzione⁴.

Quelli considerati oziosi, mendicanti o vagabondi o dediti al meretricio, erano inviati all’istituto di educazione correzionale mentre i minori ribelli all’autorità paterna erano destinati agli istituti di correzione paterna⁵.

³ Il Codice penale sardo-piemontese del 1859 conteneva delle disposizioni concernenti la minore età. Esso, infatti, stabiliva che la responsabilità piena si dava solo ai maggiori di 21 anni. I minori di 14 anni dovevano essere accolti in apposite case di custodia o in stabilimenti pubblici di lavoro; i minori compresi tra i 14 ed 21 anni godevano, invece, di una riduzione di pena che era, comunque, scontata nei carceri comuni: cfr. sul tema della capacità di intendere e di volere: cfr. G. PACE GRAVINA, *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sull'imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino 2000, *passim*.

⁴ Erano le strutture dove, attraverso l’internamento, veniva svolta l’opera di recupero dei minori “irregolari” nella condotta o nel carattere: cfr. U. CONTI, *Casa di correzione*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1891, vol.II, p.221. Cfr. A. MAIRONI, *Delinquenza giovanile. Studio giuridico sociale*, Bergamo, 1893, *passim*; A. MARTINAZZOLI, *l’educazione dei minorenni traviati e i minorenni al carcere*, Milano, 1902, *passim*.

⁵ Si ricorda che il Codice Civile del Regno d’Italia del 1865 aveva stabilito *ex art.222*

Nel 1904 con il “Regolamento per i riformatori governativi” fu affrontato per la prima volta il problema della delinquenza giovanile non più solamente riguardo al contenimento e alla repressione ma anche in funzione dell’educazione e della riabilitazione⁶. Nel 1906 fu fondato il primo “Patronato italiano per minorenni condannati condizionalmente” e nel 1908 una circolare emanata dal Guardasigilli Orlando individuò una speciale procedura di trattamento nei riguardi dei soggetti minori, fornendo indicazioni sulla specializzazione del giudice, sulla non pubblicità del processo quando fosse presente un imputato minore d’età e anche la necessità d’indagine sulla

che «il padre che non riesce a frenare i travimenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari; e ricorrendo, ove sia d’uopo, al presidente del tribunale, collocarlo in quella casa, o in quello istituto di educazione o di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo. L’autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, ed il presidente provvederà senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del suo decreto». Cfr. M. BELTRANI-SCALIA, *Sul ricovero per la correzione paterna*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1897, 354 e ss; A. DORIA, *Sulla necessità di alcune modifiche al codice civile circa all’esercizio della patria potestà per il ricovero dei minorenni*, in *Rivista di discipline carcerarie*, 1910, pp.246 ess. Cfr. anche sul tema della patria potestà M. CAVINA, *Il potere del padre*, Milano, 1995; ID., *Il padre spodestato. L’autorità paterna dall’autorità ad oggi*, Roma-Bari, 2007.

⁶ Sul tema della rieducazione dell’infanzia “traviata” tra i tanti si segnala F. GIORDANI, *L’attuale condizione dei minorenni delinquenti*, Pisa, 1904; G. GUASCO, *Un grave problema sociale. Minorenni abbandonati e delinquenti*, San Remo, 1910; A. DORIA, *Istituzione di case di ricovero dei minorenni sottoposti a giustizia penale e condannati a pene restrittive della libertà personale*, in *Rivista di discipline carcerarie*, 1910, 237 e ss; ID., *Sulla necessità di alcune modifiche alla legge di pubblica sicurezza relativamente al ricovero dei minorenni oziosi e vagabondi*, *ivi*, 254 e ss.; S. SIGHELE, *La crisi dell’infanzia e la delinquenza dei minorenni*, Firenze, 1911.

personalità del minore delinquente⁷. Nell'anno successivo, 1909, il ministro Orlando nominò il senatore Quarta a presiedere una commissione che avesse il compito di provvedere ad una “magistratura dei minorenni” che doveva vigilare sulla tutela, correzione, istruzione e assistenza dei minori; il progetto però non arrivò mai in parlamento per la discussione⁸. Fu Enrico Ferri, nel 1921 a presiedere una nuova commissione che elaborò un progetto di riforma che vedeva all'origine del fenomeno della delinquenza un insieme di cause sociali, familiari, psicologiche, ma anche ereditarie ed evolutive, con una visione “plurifattoriale” nell'interpretazione della devianza⁹. Il successivo progetto Orlandini del 1922 semplificò l'essenza del progetto Quarta, ma anche tale progetto non fu trasformato in legge¹⁰.

Il Codice Rocco, nel 1930, elevò il limite d'età per la presunzione di non imputabilità assoluta dai nove ai quattordici anni. Dai quattordici ai diciotto anni, invece, il minore fu considerato imputabile solo se in possesso della “capacità di intendere e di volere”

⁷ R. MAJETTI, *La circolare del ministro Orlando circa la delinquenza dei minorenni 11 aprile 1908*, Roma, 1909, 5 e ss.

⁸ O. QUARTA, *L'incremento e il trattamento dei minorenni*, in *La Scuola Positiva*, n.2(1908), pp.1-80; ID., *Progetto del codice dei minorenni*, Roma 1912.

⁹ Su Enrico Ferri tra i tanti cfr. F. COLAO, «Un fatale andare». *Enrico Ferri dal socialismo all'«accordo pratico» tra fascismo e Scuola positiva*, in I. BIROCCHI- L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del Regime (1918-1925)*, Roma 2015, 129-157.

¹⁰ M. PIGNATA, *Per un codice dei minorenni. Il contributo di Antonio Guarnieri Ventimiglia*, in *Themis. Percorsi storici raccolti da Aurelio Cernigliaro*, Torino 2009, 135 ss; F. COLAO, “L'albero nuovo si piega meglio di quello vecchio”. *La giustizia “educatrice” per i minori nell'Italia liberale*, in *Historia et ius*, n.10(2016), paper1, in particolare le pp.20-27. Sulla disamina più generale cfr. B. MONTESI, *Questo figlio a chi lo do? Minori, famiglia, istituzioni (1865-1914)*, Milano, 2007.

che doveva essere valutata singolarmente caso per caso. La pena, comunque, in caso di condanna doveva essere ridotta. Per valutare l'imputabilità la medicina legale e la giurisprudenza introdussero il termine "immaturità", mai comparso prima in nessun testo legislativo mentre il termine "discernimento" fu, invece, sostituito con quello della "capacità di intendere e di volere". I minori non imputabili considerati pericolosi per la società, indipendentemente dell'età, potevano essere sottoposti alle misure di sicurezza del riformatorio giudiziario, nella forma del collocamento in comunità o della libertà vigilata. Il Codice Rocco stabilì, inoltre, che i minori di anni diciotto che dovevano scontare una pena fossero separati dagli adulti e che durante le ore non destinate al lavoro dovessero avere un'istruzione diretta soprattutto in senso morale. La libertà condizionata prevista nel nuovo codice rappresentò la prima misura alternativa alla detenzione e l'istituzione del perdono giudiziale, per le sue caratteristiche depenalizzanti, fu la novità assoluta del codice Rocco. Nel 1934, con il R.D.L. del 20 luglio n. 1404, fu istituito il Tribunale per i Minorenni, la circoscrizione territoriale di tale organo giudicante coincide con quella della Corte di appello o della Sezione di corte di appello presso cui è istituito¹¹. In origine era composto da due magistrati togati e da un cittadino benemerito dell'assistenza sociale, scelto tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia o psicologia¹². Tale Tribunale prevedeva

¹¹ Vi erano in Italia al momento dell'istituzione diciotto sedi di Corte d'Appello e sei sedi di sezione distaccata di Corte d'Appello: Ancona, Aquila; Bari (sede distaccata Lecce); Bologna; Brescia; Cagliari; Catania; Catanzaro; Firenze; Genova; Messina; Milano; Napoli (sede distaccata Potenza); Palermo (sede distaccata di Caltanissetta); Roma (sede distaccata Perugia); Torino; Trieste (sede distaccata Fiume); Venezia (sede distaccata Trento).

¹² *Ex art.2 R.D. 20 luglio 1934 n.1404*

originariamente la presenza di un solo giudice laico ma nel 1956, con la legge 27 dicembre n. 1441, fu aggiunta la presenza di una donna, data l'accertata l'importanza del suo intervento per una migliore comprensione della personalità del minore.

Fin dalla sua istituzione il Tribunale per i Minorenni ebbe tre settori di competenza: penale, civile e amministrativa e si occupò sia della devianza penale dei giovani (competenza penale), sia del disadattamento (competenza amministrativa). La competenza civile del tribunale riguardò soprattutto il settore dei provvedimenti delimitanti la patria potestà¹³.

2. *Lino Ferriani: un breve profilo biografico*¹⁴

Lino Ferriani¹⁵ nacque a Ferrara 6 dicembre 1852 da Alessandro e Teresa Bianchi. Venne educato in Svizzera ed in Inghilterra e si laureò in Legge a Ferrara. Sostenne, superando a pieni voti assoluti, l'esame di procuratore prima e di avvocato poi presso la R. Corte d'Appello di Bologna esercitando a lungo la professione forense in campo penale. Fu professore privato di lingua francese ed inglese, e si

¹³ Cfr. M. PISANI, *Il tribunale per i minorenni in Italia. Genesi e sviluppi normativi*, in *L'indice penale*, 1972, 231 e ss.; G. DE LEO, *La giustizia dei minori. La delinquenza minorile e le sue istituzioni*, Torino, 1981.

¹⁴ ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, *Ministero Grazia e Giustizia – 2 vers., fascicoli magistrati, b.201, f.43591(Bartolomeo Ferriani)*. Cfr. anche sul personaggio gli scarni profili biografici di F. P. GABRIELI, *Ferriani Lino*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino 1961, p.232; G. FOCARDI, *Ferriani Lino (Bartolomeo)*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, vol. I, Bologna, 2013, 855.

¹⁵ Poiché il nome di battesimo era Bartolomeo anche se “da sempre fu chiamato Lino”, con R. D. 23 giugno 1904 vennero rettificati tutti i decreti riguardanti il Ferriani nel senso che al nome Lino si sostituiva quello di Bartolomeo.

dedicò ad attività editoriali collaborando con giornali locali¹⁶; svolse, inoltre, le funzioni di soprintendente scolastico comunale delle scuole di Ferrara. Entrò in magistratura nel 1881 con la nomina di sostituto procuratore del Re presso il tribunale di Palermo, poi a Reggio Emilia (1883) e Bologna (1889), venendo quindi promosso nel 1889 Procuratore del Re presso il tribunale di Sarzana ed infine alle funzioni di procuratore generale presso il tribunale di Como (1894). Da questa carica venne innalzato nel 1905 a sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione di Roma. A seguito di una sciagura che lo colpì negli affetti più intimi produsse domanda di collocamento a riposo per infermità che gli venne concesso il 10 gennaio 1908; in tale occasione il Ministero di Giustizia e dei Culti gli conferì il titolo e il grado onorifico di procuratore generale della Corte d'Appello. Era stato insignito di numerose onorificenze: cavaliere della Corona d'Italia (1885); e cavaliere mauriziano (1896) per divenire poi ufficiale della Corona d'Italia (1901), ufficiale mauriziano (1904) e quindi commendatore mauriziano nel 1908. Aveva sposato Irene Neri dalla quale ebbe quattro figli: Maria, Alessandro, Mario e Dario.

Morì a Como nel 1921.

Nella sua feconda ed intensa vita di studi si occupò specialmente del problema della delinquenza giovanile e dell'assistenza all'infanzia abbandonata introducendo in Italia in questo settore il metodo positivo sperimentale. Tra i suoi scritti, oltre ai suoi discorsi inaugurali pronunciati come magistrato a Reggio Emilia, Sarzana e Como e le sue conferenze vanno ricordati le seguenti opere

¹⁶ Dal suo fascicolo personale si rileva che il giurista fu direttore di un giornale letterario ferrarese e fu, inoltre, "per 5 anni scrittore letterario di un giornale politico": ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, *Ministero Grazia e Giustizia – 2 vers., fascicoli magistrati, b.201, f.43591(Bartolomeo Ferriani)*.

L'infanticida nel codice penale e nella vita sociale (Milano 1886) in cui sostenne che era sempre necessario per comprendere un delitto analizzare lo stato “psicologico e fisiologico” del reo, *Tra un processo e l'altro. L'amore in Tribunale. Appunti penali* (Bologna 1889) era invece un compendio di studi, note, osservazioni elaborate nel corso dell'esercizio delle sue funzioni di magistrato. In *Madri snaturate. Studio psichico e giuridico* (Milano 1893) come nel precedente lavoro sull'infanticidio, il Ferriani in bilico tra diritto e letteratura, oltre ad affermare l'intento di medicalizzare le ree evidenziava come il ceto sociale di appartenenza influiva sull'attitudine a commettere reati riprovevoli¹⁷. Negli scritti *Minorenni delinquenti* (Milano 1895), *Fanciulli abbandonati. Storie tristi* (Milano 1895) ed in *Delinquenti scaltri e fortunati studio di psicologia sociale e criminale* (Como 1897), invece, il Ferriani sottolineò la necessità della prevenzione dei reati compiuti da minori e sottolineò nuovamente il ruolo di responsabilità affidato ai genitori spesso colpevoli di allevare prole “traviata”. Scrisse, inoltre, *Delinquenza precoce e senile* (Como 1901), *I delitti della società* (Como 1906) e *Donne e fanciulli. Studi di vita sociale* (Roma 1911). Fu anche autore di due romanzi pedagogici *Se fossi giovane* (Milano 1909) e *Mamma Benedetta* (Rocca San Casciano 1913). Molte delle sue opere furono tradotte in tedesco.

3. La questione minorile

I presupposti teorici di Ferriani furono quelli tipici della scuola positiva. Partendo dalle riflessioni di Francesco Carrara in merito alla teorica degli affetti che condizionerebbero lo svolgimento di atti

¹⁷ Cfr. G. FIUME, *Madri snaturate. La mania puerperale nella letteratura medica e nella pratica clinica dell'Ottocento*, in *Empedocle : rivista bimestrale di biologia, biopatologia, bioterapia*, n. 2 (1996), 61-76.

socialmente dannosi, il Ferriani emendò la teorica fondata sul binomio schematico delle passioni “cieche” e “ragionatrici” proponendo di sostituirla con un più articolata analisi psicologica. Gli impeti amorosi e sessuali, l’analisi delle passioni in genere, dovevano essere argomentati in maniera valida e scientifica. Tali comportamenti, infatti, presentati e discussi in sede processuale non dovevano essere motivo attenuante, come spesso accadeva, ma le perizie psicologiche, quelle medico-legali dovevano tendere alla verità processuale. Ferriani, infatti, aveva avvertito il rischio che mediante il pretesto di una passione irresistibile fosse possibile annullare, se non rendere inoperante, l’azione e la responsabilità penale di molti reati. A parere del giurista attraverso l’indagine psicologica sull’origine delle passioni era possibile rendere più efficace dal punto di vista giuridico la volontarietà e la responsabilità degli atti criminosi¹⁸.

Per quanto i delitti passionali vedessero implicati come autori soprattutto soggetti maschili, le donne possedevano per Ferriani una carica passionale incomparabilmente superiore. Ciò era spiegato da Ferriani con il fatto che la donna amava «più intensamente che l’uomo: donde più forte il suo odio, più terribile la sua vendetta»¹⁹. Già in un suo scritto del 1895 *Madri snaturate*²⁰ il Ferriani

¹⁸ L. FERRIANI, *Tra un processo e l’altro. L’amore in tribunale. Appunti penali*, Bologna, 1889, 32-38 e 50.

¹⁹ *Ivi*, 148.

²⁰ L. FERRIANI, *Madri snaturate*, Milano, 1893. In tale scritto il Ferriani chiarisce anche l’uso della terminologia utilizzata. Loda il codice del 1859 di aver parlato di abusi mentre rivolge un’aspra critica al codice Zanardelli che aveva usato il termine maltrattamenti. Scrive: “sevizia significa atto crudele (...) il vocabolo maltrattamento è troppo elastico e troppo mite (...) così a maltrattamenti vorrei sostituita sevizia”: *ivi*, 186.

analizzava, tra il 1885 ed il 1890, duecentotrentadue processi di bambini maltrattati e seviziati dalle madri.

Dall'esame dei casi il giurista notava che i bambini "tormentati" dalle genitrici erano più inclini al vizio e al delitto. In tale opera il Ferriani aveva classificato gli abusi in tre classi; nella prima denominata "semplice" vi rientravano i maltrattamenti che non producevano «malattia o incapacità al lavoro usuale o se l'una o l'altra, non eccede i giorni 10»²¹, nella seconda definita "grave" annoverava gli abusi capaci di produrre un danno morale o corporale, nell'ultima nominata "gravissima" era suddivisa in due categorie. Nella prima vi riconduceva le sevizie capaci di produrre una malattia probabilmente insanabile oppure una deformità permanente, nella seconda categoria, invece, vi rientravano le malattie certamente insanabili e la morte del fanciullo²². I bambini spinti al lucro, al furto, alla questua e alla prostituzione avevano ricevuto delle sevizie "qualificate" poiché tali abusi avevano leso la loro morale²³.

Questa drammatizzazione della vita sociale dei fanciulli rispecchiava l'assioma della scuola positiva che vedeva la loro generazione "malata di nervi"; ciò era dovuto in gran parte agli stimoli negativi del mondo moderno che non riusciva più ad esercitare alcun adeguato intervento pedagogico sulla gioventù. L'infanzia, dunque, era una fase della vita che andava indirizzata al "bene" mediante l'educazione morale²⁴.

²¹ L. FERRIANI, *Madri...*, op. cit., 234.

²² *Ivi*, 235.

²³ *Ivi*, 194-208 e 235.

²⁴ L. FERRIANI, *Minorenni delinquenti. Saggio di psicologia criminale*, Milano, 1895, 21. Cfr. C. LOMBROSO – A. MARRO, *I germi della pazzia morale e del delitto nei fanciulli*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, n.3 (1883), 158 e ss.

Sosteneva il Ferriani che l'innata capacità di conquistare e di intenerire al fine di scampare una giusta punizione e l'abilità di elaborare vari espedienti per fare breccia nel cuore degli sprovveduti faceva sì che il fanciullo riassumesse in sé le proprietà demoniache e al pari della donna il fanciullo «ha il pianto facile, la risposta pronta, la menzogna audace e piangendo guata chi gli sta innanzi, gli legge in volto, lo spia, lo scruta (...) e se l'adulto non conosce a fondo il ragazzo diviene facilmente la sua vittima. (...) È comprovato pertanto che nel fanciullo c'è una tendenza al male e la precocità del delitto è di gran lunga superiore alla precocità dell'intelligenza, agli atti improntati di clemenza, di carità, di generosità»²⁵.

Seguendo una tradizione ormai secolare, anche per Ferriani la figura archetipica del fanciullo indisciplinato o delinquente era quella del masturbatore²⁶.

Il ragazzo irrigidito nella disonestà, secondo il giurista, era per giunta capace di simulare pudore e un contegno onesto, qualità che

²⁵ *Ivi*, pp. 23-24. Il tema del bambino incorreggibile, centrale nella psichiatria dell'Ottocento, fu sviluppato in numerose ricerche di psichiatri e di antropologi in riferimento alla delinquenza minorile. Si veda tra l'amplessima bibliografia in merito G. BRUNI, *La delinquenza e l'educazione nei minorenni*, in *Archivio di antropologia criminale*, n.XIX (1898), 169-176; L. LOJACONO, *Sulla correggibilità dei minorenni degenerati*, in *Atti del X Congresso della Società Freniatrica Italiana*, Reggio Emilia, 1901, 332-335; G. AVENALI, *La delinquenza precoce maschile*, in *Archivio di antropologia criminale*, n.XXX(1909), 384-408.

²⁶ "Tutti i ragazzi dediti all'onanismo sono delinquenti? No, certamente e sarebbe assurdo o almeno esagerazione l'affermarlo. I ragazzi che hanno tendenza a delinquere sono onanisti? Quasi tutti. Abbiamo intanto un fatto che è comune tanto agli uni, quanto agli altri: il ragazzo che è soggiogato da questo vizio è indolente, fiacco, mentitore: la sua intelligenza si consuma al pari dell'organismo fisico (...). Abbiamo insomma un ragazzo malato fisicamente e moralmente, incapace d'azioni generose, d'atti di coraggio, vittima della degradante venere solitaria, del peggiore dei vizi": L. FERRIANI, *Minorenni delinquenti...*, cit., 178-179.

potevano offuscare l'obiettività processuale, assumendo falsi atteggiamenti di pentimento²⁷. Secondo Ferriani i criteri per giungere ad individuare "la verità" erano essenzialmente tre: in primo luogo, come già aveva suggerito Ferri, lo studio la modulazione della voce dell'interrogato²⁸; eseguire, secondo il metodo inglese del contraddittorio, l'interrogatorio incrociato; ed infine, in coerenza con gli insegnamenti lombrosiani, valutare attentamente le espressioni del volto dell'esaminato poiché in esso era visibile, secondo i fautori della Scuola Positiva, la "materializzazione" del pensiero²⁹. Era necessario, inoltre, interdire ai giovani l'ingresso nelle aule giudiziarie in quanto ciò avrebbe potuto produrre benefici non solo sull'*iter* processuale, evitando inutili reticenze e lungaggini, ma anche sulla moralità pubblica. Il Ferriani sosteneva, a tal riguardo, che i processi su temi scabrosi dovessero svolgersi sempre a porte chiuse per chiunque ne fosse coinvolto (adulti o minori) dall'inizio alla fine³⁰.

Era nel cattivo esempio dato dalle classi agiate che il Ferriani riconduceva gran parte della corruzione giovanile³¹.

²⁷ "Il ragazzo delinquente tanto nell'istruttoria quanto nel pubblico dibattimento è dominato – in generale – dall'idea di sottrarsi a una condanna mediante la menzogna (...). Se il fanciullo confessa è per cinismo, per vanità o per egoismo: *ivi*, 348-349.

²⁸ E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, 408 e ss.

²⁹ L. FERRIANI, *Minorenni delinquenti...*, cit., 353-354.

³⁰ Il giurista proponeva la "blindatura morale" dei dibattimenti: *ivi*, pp. 358-359.

³¹ "I delitti contro il buon costume, le offese al pudore dei fanciulli, i delitti per adulterio, il concubinato a piena luce meridiana, gli eccitamenti alla corruzione dei minorenni, gli amori urningici (che ebbero persino un caldo apostolo nel consigliere Ulrichs) rilevano un impulso forte dalle classi che possiedono denaro e specialmente da coloro che toccano la vecchiaia": *ivi*, pp. 348-349.

Lo spettacolo di un giovinetto in carcere si tramutava in un fallimento sociale, infatti, sebbene la società avesse diritto di difendersi contro chiunque avesse commesso reati, compresi i minorenni, essa stessa non sapeva che farsene di tali ragazzi ed era corresponsabile del degrado giovanile.

Tanto per cominciare, una volta che un ragazzo avesse commesso un reato, la panacea del carcere non solo non offriva «garanzie di un lieve emendamento ma per contro»³² dimostrava con i fatti che il giovinetto «andava a perfezionarsi nella scienza del male»³³.

Durante il periodo dell'internamento il giovinetto “perfezionava ed arricchiva” il suo degrado morale stringendo alleanze e inventando nuovi efficaci sistemi di comunicazione³⁴.

³² *Ivi*, 361

³³ *Ibidem*. I ragazzi minorenni corrotti erano spessodediti ai vizi di “Bacco, Tabacco e Venere”, inoltre, il ragazzo abbandonato a sé stesso era più vulnerabile soprattutto se attratto dal teatro e dal cinematografo: L. FERRIANI, *I delitti della società*, Como 1906, 69-76 per la problematica inerente al tabagismo, pp. 241-247 per il vizio dell'alcool. Il problema del “tabacchismo(*sic!*) nei fanciulli” viene anche affrontato in maniera più approfondita in un suo altro scritto *Donne e fanciulli. Studi di vita sociale*, Roma 1911, 5-21. Ferriani sostiene, inoltre, che: “se il cinematografo è lasciato in balia, senza controllo, di sordidi speculatori che allettano gli istinti malsani del popolo, e cainamente svegliano, eccitano quelli del fanciullo (...) con scene pornografiche, con truci drammi di sangue, con invenzioni di soggetti terrificanti, con episodi di ladri, briganti, che hanno il loro morale epilogo nel trionfo dell'oscenità, della forza brutale, dell'astuzia criminosa, degli scaltrimenti fraudolenti, eh! allora, il cinematografo diventa il veicolo – e quale!- della corruzione, una specie di corso di perfezionamento nella scienza del male (...) facciamo che il cinematografo ci aiuti (...) a istruire, a formare la coscienza dell'uomo di domani e cominciamo intanto a lottare strenuamente onde non sia più una scuola di pervertimento”: L. FERRIANI, *Donne e fanciulli...*, op. cit., 119 e 123.

³⁴ “Nelle case di custodia e di correzione vi sono giovanetti cotanto profondi nella scienza del male da non aver più nulla da imparare dal malfattore il più provetto. Questi maestri diventano come i capi di una vera e propria mafia, organizzano le

Lo snaturamento dell'istruzione scolastica, secondo il Ferriani, era la prima causa della corruzione morale ed in particolare la totale negligenza nell'insegnamento dell'educazione fisica che trasformava gli scolari solamente in dei "saltimbanchi" anziché in degli individui fortificati nel carattere³⁵. Il giurista ferrarese proponeva come rimedio l'introduzione a scuola di un'ora di ginnastica obbligatoria secondo il metodo indicato da Angelo Mosso³⁶. Propose, inoltre, una riforma della scuola pubblica che prevedeva l'introduzione delle classi miste³⁷, l'isolamento dei soggetti "cattivi" dai "buoni"³⁸,

ribellioni, impediscono che altri lavori, difendono i puniti dal direttore, castigano – e talora crudelmente – i compagni che non si inchinano ai loro voleri, obbligano taluno a prestarsi a oscenità inaudite, concertano furti, grassazioni pel dì in cui torneranno a casa. – Le minacce, le figure oscene, le parole sconcie, gli insulti i più triviali essi scrivono e disegnano sui muri dei dormitoi (*sic!*), delle latrine” : L. FERRIANI, *Minorenni delinquenti...*, op. cit., 373.

³⁵ *Ivi*, 427-428.

³⁶ *Ivi*, 446. Cfr. anche L. FERRIANI, *Donne e fanciulli...*, op. cit., pp.109-114. Sulla personalità di Angelo Mosso v. M. NANI, *Mosso Angelo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol.77(2012), pp. 327-328. Mosso fu autore di numerosi scritti riguardanti la ginnastica *L'educazione fisica nella donna*, Milano 1892; *L'educazione fisica nella gioventù*, Milano 1894; *La riforma dell'educazione*, Milano 1898 e *Mens sana in corpore sano*, Milano 1903. Il Mosso partiva da un semplice assunto che il benessere fisico e spirituale dell'uomo era la salute del corpo e come tale su di esso si costruivano le qualità morali ed intellettuali. Un'applicazione eccessiva e disordinata dello studio avrebbe potuto provocare non solo danni fisici ma anche neurologici. Egli proponeva una funzione pedagogica della ginnastica, infatti, l'attività fisica, prevalentemente all'aria aperta, andava intervallata all'impegno intellettuale. Preme ricordare che fu la legge De Sanctis del 7 luglio 1878 n.4442 che sancì l'obbligatorietà dell'insegnamento della ginnastica educativa, anche per le donne, nelle scuole di ogni ordine e grado.

³⁷ *Ivi*, 433-434. Il Ferriani era un tenace sostenitore della "coeducazione" dei due sessi egli in suo altro scritto sosteneva che le donne nelle scuole contribuivano "a raffinare nei loro colleghi" uomini "il sentimento della cortesia, del rispetto, a

l'integrazione tra educazione familiare e scolastica³⁹ ed infine il ripristino dell'educazione religiosa, secondo la dottrina cattolica, quale base opportuna per l'educazione morale della gioventù⁴⁰.

4. *Epilogo: minori ed educazione*

L'educazione diveniva l'unico espediente per limitare la facile equazione che ogni minorenne abbandonato diveniva il potenziale delinquente⁴¹. Per tale motivo si sviluppò un nuovo pensiero pedagogico: ovvero "l'arte del ben di educare".

Già il fondatore dei salesiani, S. Giovanni Bosco, era convinto che i ragazzi traviati andassero rieducati e non "corretti". La pedagogia di Don Bosco si basava su un semplicissimo assunto che era compito dell'educatore promuovere il "bene interiore" di ogni singolo ragazzo

sviluppare il senso della nobile emulazione. Da codesto, logicamente, si deve concludere che la comunione dei due sessi nelle scuole è fonte di mutua educazione, donde il non meno logico ingentilirsi dei costumi": L. FERRIANI, *Donne e fanciulli...*, op. cit., 173.

³⁸ *Ivi*, 444. "Accanto al fanciullo normale, cioè sano di mente e di corpo, si colloca il viziato precoce, l'erede legittimo del corrotto ambiente domestico, donde lo sviluppo del contagio del male, che, è noto – o almeno dovrebbe esserlo – si estende con rapidità fulminea. Un fanciullo corrotto, ne guasta venti, nel brever svolger di tempo di un mese": L. FERRIANI, *I delitti della società...*, op. cit., p.24.

³⁹ *Ivi*, 442. Il compito spettava in via preliminare alla "madre-educatrice": L. FERRIANI, *Donne e fanciulli...*, cit., 221-263; ID., *Madri snaturate...*, op. cit., *passim*.

⁴⁰ *Ivi*, 448.

⁴¹ Scrive Ferriani sul tema dei minorenni abbandonati che "la società si occupa di loro (...) quando commettono un reato": L. FERRIANI, *Donne e fanciulli...*, cit., 69-81.

senza ricorrere a punizioni e a castighi ma bisognava conoscere l'indole dei ragazzi (buoni, apatici, discoli,...) ed a seconda dell'inclinazione caratteriale il buon educatore doveva orientare il suo procedimento educativo.

Nell'estate del 1877 egli dava alle stampe un opuscolo dal titolo *Il sistema preventivo nell'educazione della gioventù*⁴² che ben presto divenne la *lex fundamentalis* degli educatori salesiani.

Il sistema preventivo nell'educare la gioventù era in netta contrapposizione con quello repressivo. Secondo quest'ultimo l'educatore doveva "lasciare fare" per poi punire duramente le trasgressioni; secondo il primo, invece, bisognava vigilare i giovinetti in modo che essi non incorressero in trasgressioni e per conseguenza nella punizione. Non si trattava di reprimere i fanciulli ma di rimuovere le occasioni a "far male" potenziando la volontà.

Più specificatamente si occupò dei minori corrigendi Maria Montessori. La nota pedagoga italiana in sei articoli pubblicati tra il giugno ed il settembre 1906 sul periodico "La Vita" si soffermava sulla situazione dei minori corrigendi e sui riformatori⁴³. Come Don

⁴² G. BOSCO, *Regolamento per le case della Società di San Francesco di Sales, Il sistema preventivo*, Torino 1877, 3-15. Si rinviene anche in G. BOSCO, *Opere edite*, rip. anast., 38 vol., Roma 1977-1987, vol. XXIX 99-109. S. Giovanni Bosco elaborò nel 1878 una variante del sistema preventivo da applicarsi tra i "giovani pericolanti". Si tratta di un progetto che il santo torinese indirizzava al Ministro degli Interni Francesco Crispi. Esso è, una minuta autografa conservata presso l'Archivio Centrale Salesiano. Tra l'amplessima bibliografia in merito al sistema pedagogico cfr. G. BOSCO, *Il sistema preventivo nella educazione della gioventù*, introduzione e testi critici di P. BRAIDO, Roma 1985, *passim*.

⁴³ M. MONTESSORI, *A proposito dei minorenni corrigendi*, in *La Vita*, n. 153 (1906), 3; ID., *Gli odierni riformatori per minorenni corrigendi. (La riforma Doria)*, in *La Vita*, n. 156(1906), 3; ID., *Sulla questione dei minorenni corrigendi*, in *La Vita*, n.166(1906), 3, ID., *Per i minorenni delinquenti. L'organizzazione nel Riformatorio di S. Michele*, in *La Vita*, n. 194(1906), 3; ID., *Ancora sui minorenni*

Bosco anche la Montessori sosteneva che si poteva correggere solo quando si conosceva l'educando. La riforma Beltrani-Scalia del 1891 aveva distinto i corrighendi in tre categorie: traviati e ribelli all'autorità paterna, oziosi e vagabondi, mendicanti ed i colpevoli di delitti comuni; la Riforma Doria, invece, era intervenuta sul sistema carcerario come "istituto di pedagogia scientifica" dove i carcerieri venivano sostituiti dal personale di educazione (educatori). Riprendendo tre presupposti cari a Don Bosco, quali "Ragione, Religione e Amorevolezza", la Montessori sottolineava che per la correzione dei minorenni non occorre mezzi coercitivi ma l'amore, la salute del corpo e degli ambienti. La Montessori parlava di una pedagogia nuova con il compito che dove si "curava" si "educava" e a tal proposito il Ferriani scriveva che «le ferree leggi dell'ereditarietà, dell'alcolismo, dell'ambiente – dove impera la suggestione diretta e indiretta del male – mietono gran numero di vittime tra questi uomini in miniatura, ma è pur certo altresì (...) che quando fiorisse una legislazione organica, a razionale base scientifica preventiva il settanta per cento degli sventurati che popolano le case di pena (...) potrebbe venir salvato e chiuso nella cerchia degli onesti»⁴⁴. Nella sua disamina il giurista sottolineava che i minori delinquenti erano dediti all'ozio e al vagabondaggio spesso inclini alla questua, al furtarello e alle piccole truffe⁴⁵. Il Ferrani, in una visione lombrosiana, distingueva poi in tre classi di piccoli vagabondi: la prima per abbandono familiare, la seconda per "incuria dei padroni" nel caso di minori avviati al lavoro come garzoni di bottega e l'ultima

delinquenti. L'amore, in *La Vita*, n.217(1906), 3; ID., *Lottiamo contro la criminalità. (È necessario salvare l'uomo a traverso il fanciullo)*, in *La Vita*, n.249 (1906), 3.

⁴⁴ L. FERRIANI, *I delitti della società...*, cit., 219.

⁴⁵ L. FERRIANI, *Donne e fanciulli...*, cit., 72.

per ereditarietà⁴⁶. I piccoli vagabondi, egli proseguiva, divenivano adulti non più redimibili e per tale motivo solo attraverso l'educazione morale ed il lavoro manuale poteva effettivamente compiersi la cura dei minorenni. Il Ferriani sottolineava la presenza dei "mestieri-pretesto", ovvero le azioni che si celavano dietro la vendita di cerini, fiori e giornali che in qualche modo mascheravano la questua oppure la truffa; per tale motivo la scuola doveva indirizzare non solo moralmente ma doveva essere in grado di impegnare i ragazzi in attività realmente formative⁴⁷. Il Ferriani intendeva incentivare i laboratori professionali (officine) che anche per la Montessori rappresentavano la profilassi e la cura della criminalità minorile⁴⁸.

In qualche modo una proposta soddisfacente a tale problema erano già state le "scuole tecniche" previste della legge Casati del 1859. Queste scuole erano il tipo di istruzione che avrebbe potuto fare al caso dei ragazzi travati poiché avevano come fine di dare ai giovani che intendevano «dedicarsi a determinate carriere del pubblico servizio, alle industrie, ai commerci e alla condotta delle cose agrarie, la conveniente cultura generale e speciale»⁴⁹.

Era, dunque, il profilo dell'*homo faber* cristiano profilato nel Regolamento per le case salesiane da Don Bosco dove per lavoro si intendeva «l'adempimento dei doveri del proprio Stato, sia di studio, sia di arte o mestiere» e solo mediante il lavoro i giovani potevano essere «benemeriti della Società»⁵⁰.

⁴⁶ Ivi, 73.

⁴⁷ Ivi, 74.

⁴⁸ L. FERRIANI, *I delitti della società...*, cit., 233-234.

⁴⁹ Ex art. 272 del R.D. 13 novembre 1859 n. 3725.

⁵⁰ G. BOSCO, *Regolamento per le case ...*, cit., parte II capo V Del lavoro, 68-69 anche in G. BOSCO, *Opere edite...*, cit., vol. XXIX, 164-165

A tal riguardo, anche grazie all'intervento della Scuola Positiva, nel "regolamento per gli istituti di prevenzione e pena" (R.D. 18 giugno 1931 n. 787) venivano introdotti, *ex art.* 219, gli "scopi del lavoro dei minori e le sue assegnazioni". Secondo tale disposizione normativa il lavoro doveva avere per scopo l'avviamento dei minori ad un mestiere prevedendo all'interno dello stabilimento minorile le "officine-scuola", in cui doveva essere impartito l'insegnamento dei mestieri. L'istruzione e l'educazione, dunque, divenivano la forma di prevenzione, un mezzo prezioso di crescita sociale e un indispensabile strumento di integrazione per divenire "onesti cittadini".

Occorreva, dunque, prevenire con l'educazione e ove necessario reprimere con l'*internamento positivo* che consisteva in conoscenza, anamnesi, cura e redenzione; questo fu proprio il pilastro di una moderna pedagogia scientifica che vedeva in ogni scuola aperta la chiusura di un carcere.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

LUIGI MARINO

La tutela del clima e il ruolo delle convenzioni internazionali.

Riflessioni a margine della legge di ratifica ed esecuzione in Italia dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici.

ABSTRACT: Climate change and its disastrous consequences are the most current and pressing issues that States must now address. However, international agreements on climate change have so far been non-binding. They, therefore, did not factor in either precise obligations or adequate sanctions against participating States. Even the Paris Agreement on climate change of 2015, just like the United Nations agreements that preceded it, has not been able to stop the climate crisis that is currently underway. To solve the problem we should take inspiration first of all from European Union legislation in terms of atmospheric emissions and, then, from the Italian one, since they both contain precise rules and an accurate sanctions system of both administrative and criminal nature.

KEYWORDS: Climate change, International agreement on climate change, Paris agreement, rules, sanctions, international court, legal world order.

LUIGI MARINO*

La tutela del clima e il ruolo delle convenzioni internazionali**

Riflessioni a margine della legge di ratifica ed esecuzione in Italia dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici.

SOMMARIO: 1. *Premesse generali* - 2. *Breve storia del contenuto non precettivo delle convenzioni internazionali sul clima fino all'anno 2014* - 3. *L'Accordo di Parigi, novità o continuità?* - 4. *La tutela del clima nel sistema italiano* - 5. *Le sanzioni amministrative ambientali in Italia: spunti per un'applicazione alla (auspicata) tutela del clima* - 6. *L'Unione Europea e il clima* - 7. *Conclusioni*.

1. Premesse generali

Arrestare il cambiamento climatico e, ancor più, scongiurare le sue drammatiche conseguenze sono le due principali iniziative delle ambiziose politiche ambientali di molti governi che, singolarmente o uniti mediante accordi internazionali, tentano di arginare un fenomeno così incontrollato.

Questa generale tendenza può ritenersi sollecitata da una progressiva presa di coscienza da parte degli individui, costretti oggi, senza più equivoci, a rapportarsi con la prospettiva di un rischio concreto per la vita sulla terra¹ provocato da fenomeni di indefinibile gravità, quali l'assottigliamento della fascia di ozono, il surriscaldamento del clima planetario, la desertificazione, lo scioglimento dei ghiacciai e il costante ma inesorabile innalzamento del livello di mari e oceani.

* Dottorando di Ricerca in "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo", presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ R. MISSO, *L'uomo, il clima e l'agricoltura*, Franco Angeli editore, Milano, 2010, 19.

E proprio la consapevolezza acquisita rappresenta un primo traguardo di un non facile percorso di responsabilizzazione delle coscienze, ancora oggi duramente ostacolato dagli imponenti interessi economici coinvolti e, dal punto di vista ideologico, dal rifiuto di considerare la condotta umana l'unica causa dei mutamenti climatici.

Potrebbe sembrare strano, ma, nonostante i fenomeni più gravi ed estremi si siano verificati nel periodo post-industriale e, comunque, nella seconda metà del novecento - si da rendere facilmente intuibili le cause scatenanti, più d'uno ha ugualmente messo in dubbio (e forse dubita ancora oggi) che la causa possa essere attribuita alla sregolata attività dell'uomo, preferendo la più comoda ed economicamente meno dannosa convinzione di una concorrenza di eventi a carattere esclusivamente naturale, esattamente alla stregua di quanto accaduto anche in altre epoche storiche².

Ne è definitiva conferma il fatto che anche gli storici dell'ambiente continuano oggi a dichiarare necessaria la ricerca dell'origine delle cause dei mutamenti climatici, così implicitamente avallando la sussistenza di importanti riserve in ordine alla esclusiva responsabilità dell'uomo.

Fortunatamente, tale pregressa convinzione, sebbene autorevolmente sostenuta, non ha impedito alla comunità internazionale, anche grazie alla costante spinta delle organizzazioni internazionali³, di aderire, nel

² vedi P. BEVILACQUA, *La terra è finita*, Laterza, Roma, 2006, 81, in cui viene ripercorsa la storia dell'ambiente e viene affrontata, in un'ottica esplorativa delle cause, la ancora attuale diatriba sulle cause del surriscaldamento globale, efficacemente definito "la febbre del pianeta".

³ A. POSTIGLIONE, *Accordo di Parigi sul clima del 2015*, in www.lexambiente.it, 2016: le organizzazioni internazionali per la tutela dell'ambiente sono nate nella seconda metà del secolo scorso, all'indomani della presa di coscienza degli effetti non solo

volgere degli ultimi sessant'anni, al più moderno e realistico convincimento che la responsabilità del genere umano sulla stabilità climatica sia causa altamente probabile (ai limiti della certezza tra il novanta ed il novantanove per cento delle probabilità⁴) dell'inquinamento e, su questo convincimento, di tracciare delle strategie che possano contribuire ad invertire la tragica deriva in atto. A ben vedere, però, gli sforzi profusi dagli Stati si sono tradotti, come detto, in una sorta di vacuo "ipernormativismo", ossia in un incessante ricorso allo strumento delle convenzioni a carattere internazionale, il cui contenuto ha, tuttavia, sempre avuto una natura programmatica e promozionale, quasi mai vincolante⁵.

In quest'ottica, va sicuramente salutata come meritoria l'iniziativa di aver fatto fronte comune ad un problema che riguarda tutti, anche se in diversa misura, ma, nello stesso tempo, va anche registrata l'assoluta inadeguatezza delle misure adottate, che, ancora una volta, rimangono mere dichiarazioni d'intenti e, soprattutto, non prevedono una pragmatica risposta sanzionatoria da parte delle singole autorità statali.

In altri termini, la lettura delle convenzioni concluse negli ultimi anni non sembra denotare la sensazione di una reale percezione del pericolo

positivi della rivoluzione industriale. Nello stesso senso anche P. BEVILACQUA, *La terra è finita*, cit., 149.

⁴ S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 81. A riferire che l'inquinamento più rilevante è quello di origine antropica generato da particolari processi industriali o da attività di trasformazione per soddisfare le esigenze della società è stato anche F. ROMANO, *Inquinamento atmosferico*, in AA.VV., *Manuale Ambiente*, 2° ed., Ipsoa, Milano, 2008, 272.

⁵ Si allude, in particolar modo, alla COP -15 di Copenhagen, che doveva essere vincolante alla stregua dell'accordo di Kyoto, ma si risolse in un accordo di puro valore politico.

e la volontà di attuare una “rivoluzione” strategica per fronteggiare il dilagante effetto serra, quanto piuttosto una stagnazione ed una sostanziale difficoltà a prendere coscienza dell'imminente pericolo e, quindi, ad approntare concrete contromisure.

E' evidente che gli ostacoli non sono solo di ordine economico⁶, ma anche di ordine ideologico, rappresentati cioè dalla comprensibile diffidenza verso l'energia nucleare⁷ e verso le nuove e molto costose forme di energia c.d. pulita, diversa dai tradizionali combustibili fossili⁸.

L'intento della presente trattazione è, dunque, quello di dimostrare che ai trattati internazionali sul clima e alle misure talora adottate dai singoli Stati deve essere dato un contenuto effettivamente precettivo e sanzionatorio, in modo da mettere a frutto la consapevolezza sui

⁶ L. COLELLA, *L'evoluzione della legislazione italiana nel settore dell'energia elettronucleare nell'era della Green Economy: il futuro del «nucleare civile» dopo Fukuscima*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 169, il quale chiarisce che “di fronte ad una crescente domanda di energia, infatti, si registra a livello globale la forte esigenza di favorire un'economia fondata sullo sviluppo sostenibile, in grado di fronteggiare l'esaurimento delle risorse fossili, implementando nuove azioni per contrastare il cambiamento climatico ed assicurare, nello stesso tempo, salvaguardia dell'ambiente e progresso sociale. Proprio al fine di raggiungere obiettivi eco-compatibili, risulta sempre più necessario economizzare l'energia elettrica, alimentando politiche di risparmio energetico e sviluppando sistemi di cattura e sequestro di anidride carbonica, anche utilizzando al massimo le fonti rinnovabili”.

⁷ Sulle problematiche dell'energia nucleare e del diritto internazionale si rimanda a F. PORCELLANA, *Green policy and sustainable nuclear power*, in www.giustamm.it, 2009.

⁸ Per la parte prettamente scientifica relativa al processo naturale di produzione dei combustibili fossili e al loro graduale esaurimento, si può rimandare all'accessibile esplicazione di D. GOODSTEIN, *Energia clima il futuro della civiltà*, Università Bocconi Editore, Milano, 2004, 29 e ss.

cambiamenti climatici (duramente conquistata), indirizzandola al raggiungimento degli obiettivi di mitigazione previsti.

2. Breve storia del contenuto non precettivo delle convenzioni internazionali sul clima fino all'anno 2014.

Quanto detto nelle premesse decisamente impone una breve rievocazione dei trattati e delle convenzioni internazionali sinora conclusi in materia climatica, nei quali si è potuta registrare la presenza di mere dichiarazioni d'intenti e, di contro, la totale assenza sia di prescrizioni di sorta, sia di un sistema sanzionatorio rivolto agli Stati che legittimasse l'imperatività delle disposizioni e, ancor di più, ne imponesse il rispetto tramite un metodo deterrenziale.

Cronologicamente, la prima ad essere esaminata è la dichiarazione sull'Ambiente Umano adottata a Stoccolma nel 1972, in cui si affermava la necessità di un'azione comune internazionale per risolvere i problemi ambientali determinati dalle attività umane, privilegiando l'utilizzo di energie rinnovabili e sfruttando in modo più lungimirante le risorse non rinnovabili⁹.

La conferenza di Stoccolma, che peraltro non si è occupata di cambiamenti climatici, non ha introdotto obblighi particolari, ma ha proclamato solo generici principi¹⁰, probabilmente perchè nella fase

⁹ In www.legambiente.it.

¹⁰ Il testo della Convenzione di Stoccolma non contiene affatto la parola "clima", ma il tema fa comunque ingresso nel testo attraverso una perifrasi riportata all'art. 6, secondo cui fenomeni quali lo scarico di sostanze tossiche o di altre sostanze e lo sprigionamento di calore in quantità o in concentrazioni tali che l'ambiente non sia in grado di neutralizzarne gli effetti, devono essere arrestati in modo da evitare che gli ecosistemi subiscano danni gravi o irreversibili. Nella stessa norma è presente anche una sorta di slogan che incoraggia la giusta lotta dei popoli di tutti i paesi contro l'inquinamento.

storica in cui ha visto la luce le problematiche legate al clima avevano solo iniziato a far breccia nelle coscienze ed era stata appena acquisita la consapevolezza che solo un impegno mondiale avrebbe potuto salvaguardare il benessere delle future generazioni.

A ben vedere, in effetti, la conferenza ebbe proprio il merito di inaugurare quella lunga sequela di *summit* a livello mondiale in cui i capi di stato iniziarono a discutere e ad esaminare le problematiche legate alla tutela del clima in tutta la loro concretezza e urgenza¹¹.

Occorre, a questo punto, compiere un salto temporale lungo vent'anni, per arrivare alla Conferenza sull'Ambiente e sullo sviluppo delle Nazioni Unite tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, denominata anche "Summit della terra", che vide una partecipazione certamente più nutrita, registrando, infatti, la presenza delle delegazioni di ben 154 paesi¹².

¹¹ La Conferenza di Stoccolma concerneva, in realtà, la biosfera, che viene presa in esame non solo per le sue componenti, quanto per l'interazione fra queste ultime, i loro equilibri e le loro qualità, occorrendo guardare all'ambiente come "sistema": in tal senso A. SCARCELLA, *La normativa ambientale*, in AA.VV., *Manuale dell'ambiente*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, 7.

¹² In proposito vedi anche S. MAGLIA, *Corso di legislazione ambientale*, 2° ed., IPSOA, Milano, 2008, 241, laddove riferisce che la sottoscrizione della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico di Rio de Janeiro del 1992 ha costituito la prima occasione in cui i paesi del mondo hanno dimostrato interesse per l'inquinamento atmosferico. In tal senso parrebbe che l'A. utilizzi la nozione di "inquinamento atmosferico" per individuare una delle principali cause del cambiamento climatico o, addirittura, per sovrapporlo a quella di "cambiamento climatico". In ogni caso, quel che qui interessa è la precisazione secondo cui il problema dell'inquinamento e, quindi, dei cambiamenti climatici, è un fenomeno globale e, per il raggiungimento di una stabilizzazione delle concentrazioni di gas serra nell'atmosfera ad un livello tale da prevenire dannose interferenze antropiche con il sistema climatico, occorre un impegno parimenti globale.

La Conferenza diede vita ad alcuni documenti, tra cui la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e sullo sviluppo, la c.d. Agenda 21, la Convenzione sulla diversità biologica, i Principi sulle foreste e, infine, proprio una Convenzione sul cambiamento climatico (*United Nations Framework Convention on Climate Change* -UNFCCC).

E' proprio quest'ultima ad essere stata il prodotto più importante del *summit*, intanto perché capofila di una lunga lista di ulteriori trattati di identico tema, ma particolarmente, per la creazione e il consolidamento di un organo, definito Conferenza delle Parti (COP), a cui era demandato - e lo è ancora oggi in ogni Convenzione delle Nazioni Unite sul tema climatico - il compito di vigilare sull'effettiva attuazione delle convenzioni e di qualsiasi relativo strumento giuridico adottato, nonché di assumere le decisioni necessarie per promuoverla. Il testo adottato a Rio, dopo aver fornito un elenco di parole o frasi chiave (quali "effetti negativi dei cambiamenti climatici", "sistema climatico", "emissioni" ecc.), lungi dall'introdurre misure coercitive, si limita ad indicare il progetto di stabilizzare le concentrazioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera ad un livello che escluda qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul clima, nonché un insieme di "principi" di carattere generale¹³, tra cui l'adozione di misure precauzionali per rilevare in anticipo o ridurre al minimo le

¹³ La vocazione di semplice rassegna di principi della Dichiarazione sull'Ambiente di Rio del 1992 è evidenziata anche da G. STRAMBI, *I principi generali del diritto forestale internazionale e comunitario*, in A. CROSETTI, N. FERRUCCI., *Manuale di diritto forestale e ambientale*, Giuffrè, Milano, 2013, 6, ove è confermato che il testo della Dichiarazione medesima non fa sorgere obblighi internazionali per gli Stati firmatari, ma segna un svolta importante per la cooperazione internazionale in materia ambientale.

cause dell'aumento delle temperature globali e la promozione di uno sviluppo sostenibile¹⁴.

Inoltre, sebbene essa contenga anche alcune direttive rivolte agli Stati sottoscrittori per il conseguimento dell'obiettivo della riduzione delle emissioni, anche in questo caso non si assiste ad un'autentica imposizione di obblighi al cui mancato adempimento siano collegate conseguenze negative per gli Stati stessi, ma – come detto – solo alla determinazione di principi che non avrebbero mai potuto costringere le superpotenze a politiche più ecologiche¹⁵.

In concreto, essi sono rappresentati, ad esempio, da generici doveri di elaborare ed aggiornare inventari delle emissioni, formulare dei programmi nazionali contenenti misure volte a mitigare i cambiamenti climatici, promuovere tecnologie che concorrano alla riduzione delle emissioni, fornire, infine, risorse finanziarie per coprire tutti i costi concordati e quindi necessari per le attività previste.

E', infatti, di immediata percezione che alcuna di queste azioni, ad eccezione dell'accantonamento dei finanziamenti, che, al contrario, rappresenta uno dei pilastri della c.d. mitigazione e sul quale ci si soffermerà in prosieguo, possano rappresentare il volano per attivare i meccanismi legislativi ed esecutivi degli Stati membri, adagiati su una certa ritrosia verso sistemi innovativi di produzione dell'energia.

¹⁴ In ordine al complesso tema dei rapporti tra cambiamenti climatici e sviluppo sostenibile si rinvia all'ampia trattazione di F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in AA.VV., *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, 13 e ss.

¹⁵ Tale convincimento è espresso anche da P. ACOT, *Storia del clima. Il freddo e la storia passata. Il caldo e la storia futura*, Donzelli, Roma, 2004, 231, e, dichiaratamente, da F. MUNARI, *Tutela internazionale dell'ambiente*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, 482-483.

Anche in questo caso, dunque, nessun vincolo effettivo.

Si passa quindi al 1995, sede Berlino: qui si riunisce per la prima volta la Conferenza delle parti dopo l'esperienza brasiliana.

Il documento approvato a Berlino, il c.d. *Berlin Mandate* - che viene ricordato essenzialmente per aver introdotto una sorta di localizzazione della mitigazione delle azioni contro il surriscaldamento mediante una negoziazione Stato per Stato e per aver escluso i paesi in via di sviluppo dagli obblighi addizionali – fu il primo a farsi carico delle problematiche applicative tipiche di un accordo quadro sul clima, ossia a preoccuparsi dell'efficacia delle misure elaborate dai singoli Stati rispetto agli impegni assunti con la Convenzione¹⁶.

La seconda COP, che si riunisce a Ginevra l'anno successivo, feconda solo in parte le speranze di un trattato con contenuti vincolanti per gli Stati aderenti, presentando, tuttavia, delle peculiarità degne della massima attenzione almeno sotto due diversi angoli visuali.

Innanzitutto, essa, contrariamente al passato, introduce il raggiungimento di obiettivi intermedi legalmente vincolanti; in secondo luogo, codifica una rinuncia a politiche concertate obbligatorie in favore di una maggiore flessibilità: ciò sulla base della posizione espressa dagli Stati Uniti, secondo cui bisognava avere di mira risultati ben più realistici e potenzialmente più raggiungibili di quelli finora individuati, favorendo, ad esempio, un adattamento misurato¹⁷.

Non v'è dubbio, infatti, che la declinazione di principi generali e di obiettivi di massima presenta un'astrattezza certamente non compatibile con il più concreto e grave problema che proprio le

¹⁶ Vedi in proposito D. GAUDIOSO, *La Convenzione-quadro sui cambiamenti climatici, da Rio a Parigi*, in www.enea.it, 2016.

¹⁷ In ordine al raggiungimento di obiettivi realistici riferisce M. CARDONE, *La cronistoria dei negoziati sul clima*, in www.ilsole24ore.com, 26 novembre 2010.

conferenze delle parti intendono risolvere ed è per tale ragione che, sensatamente, nella convenzione si prevede che tutto ciò avvenga “*monitoring through intermediate indicators of progress for policies and measures. (These may be related to legislative processes, emissions-related activities or the broader objectives of the policies and measures)*”.

Dopo Ginevra, la Conferenza delle parti si riunisce nella città di Kyoto, dove viene siglato l’omonimo protocollo con l’obiettivo di obbligare i paesi più industrializzati a ridurre, nel quadriennio 2008/2012, le emissioni di gas serra di almeno il 5% rispetto ai livelli del 1990. Gli stessi Paesi dovevano realizzare progetti di protezione di boschi, foreste e terreni agricoli che assorbono anidride carbonica ed esportare tecnologie pulite verso i Paesi in via di sviluppo, allo scopo di aiutarli ad abbattere le emissioni inquinanti nei processi produttivi. Esso ha previsto, infine, sanzioni per i Paesi firmatari che non avrebbero raggiunto gli obiettivi fissati, mentre regole più flessibili per i Paesi in via di sviluppo.

Tutto ciò avrebbe fatto guadagnare alle nazioni più solerti i c.d. *carbon credits*, ossia una singolare forma di incentivazione economica che utilizzava come unità di misura non già una valuta, ma la stessa anidride carbonica (CO₂) espressa in tonnellate¹⁸.

Il Protocollo di Kyoto non può certamente dirsi un successo “*e non solo perché la mancata ratifica di Usa, India e Cina ha limitato la sua rilevanza politica globale*”, ma perché “*l’accordo definito in Giappone nel dicembre 1997 è caduto anche sui numeri. Non è servito a ridurre le emissioni di gas serra del 5% nel periodo 2008-2012 rispetto*

¹⁸ Per una esaustiva esplicazione del complesso meccanismo economico dei *carbon credits* si rinvia a G. SINGH, *Understanding Carbon Credits*, Aditya Books Pvt. Ltd., New Delhi, 2009.

*all'anno base 1990 come si era ripromesso. Al contrario, mentre i governi si affannavano a difendere il patto giapponese, la crescita complessiva del CO₂ misurata dal '90 a 2008 è stata del 41%. Vuol dire che è andata male. Molto male*¹⁹.

Le conferenze delle Parti successive si tennero a Buenos Aires nel 1998, a Bonn nel 1999, a L'Aja nel 2000, nuovamente a Bonn e a Marrakech nel 2001, a New Delhi nel 2002; esse non furono affatto innovative né in chiave precettiva né sanzionatoria, ma si limitarono a predisporre meccanismi, a volte complessi, per la sempre più difficile attuazione del “sistema-Kyoto”.

Fra queste assunse particolare rilievo la conferenza di Bonn del 2001, che, riunitasi qualche mese dopo l'uscita degli Stati Uniti dal Protocollo di Kyoto, si chiuse con un accordo sui temi politici più controversi²⁰, ma nessun contributo diede all'aspetto pratico della complessa vicenda e certamente non contribuì fattivamente a ridurre le emissioni in atmosfera.

Quelle degli anni successivi si tennero a Milano nel 2003, a Buenos Aires nel 2004, a Montreal nel 2005, a Nairobi nel 2006, a Bali nel 2007, a Poznan nel 2008.

Nel 2009 la COP-15 si riunì a Copenhagen con la partecipazione di oltre 100 capi di stato, convenuti per stipulare un ulteriore accordo che succedesse al protocollo di Kyoto, ma, contrariamente (o forse conformemente) alle aspettative, non partorì nulla di vincolante, riuscendo a produrre un accordo esclusivamente politico e privo di valore legale.

¹⁹ Estratto di un articolo apparso sul quotidiano La Stampa il 7 dicembre 2009.

²⁰ Così D. GAUDIOSO, *La Convenzione-quadro* cit.

L'esito della conferenza, talora eufemisticamente definito modesto²¹, si concretizzò sostanzialmente in un'intesa raggiunta da un gruppo di 29 capi di stato e di governo che riassunse in termini assai blandi i risultati raggiunti.

Ad avviso di alcuni commentatori, possono tuttavia riscontrarsi degli elementi positivi nell'accordo di Copenhagen e cioè la volontà delle parti di attenersi, sia pure sulla base di valutazioni di equità e in un contesto di sviluppo sostenibile, ai dati risultanti dalle ricerche scientifiche, la ricerca di regole condivise che garantissero l'erogazione, da parte dei paesi ricchi, di risorse finanziarie per la realizzazione di progetti di riduzione delle emissioni e la partecipazione dei paesi emergenti ai negoziati²².

Dopo Copenhagen, Cancun nel 2010, Durban nel 2011, Doha nel 2012, Varsavia nel 2013, Lima nel 2014.

All'accordo del 2009 subentrarono, quindi, i *Cancun Agreements*, che indicarono come obiettivo la riduzione delle emissioni globali fino a limitare l'aumento della temperatura a 2° rispetto a quella dei livelli preindustriali; contestualmente, vennero costituiti due nuovi istituti per l'adattamento tecnologico e il Fondo verde per il clima.

3. *L'Accordo di Parigi, novità o continuità?*

Il *Paris Agreement* prende quindi vita sotto i migliori auspici e con il favore dei vari capi di stato e di governo che prendono parte alla COP-21.

L'accordo sembra essere, *more solito*, un accordo storico, che incontra il plauso delle organizzazioni ambientaliste e di gran parte della

²¹ B. POZZO, *Il nuovo sistema di emission trading comunitario, dalla Direttiva 2003/87/CE alle novità previste dalla Direttiva 2009/29/CE*, Giuffrè, Milano, 2010, 50.

²² S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima cit.*, 93- 94.

stampa internazionale, e, cosa non secondaria, anche i mercati sembrano dare una risposta positiva con il crollo delle quotazioni delle compagnie minerarie e l'aumento delle quotazioni in borsa di quelle che praticano la *green economy*.

L'accordo è stato ratificato in Italia con la legge 4 novembre 2016, n. 204, ma per entrare in vigore dovrà essere ratificato da almeno 55 parti della convenzione che rappresentino uno stimato 55% del totale delle emissioni di gas a effetto serra mondiali.

Fatta tale doverosa premessa, si deve ora procedere ad un sommario esame testuale dell'accordo di Parigi, avendo cura di verificare, prima di ogni altra cosa, se esso costituisca o meno un effettivo segno di discontinuità rispetto ai precedenti accordi e, quindi, se finalmente la comunità internazionale, facendo tesoro del fallimento del Protocollo di Kyoto e degli altri accordi raggiunti in precedenza, abbia conferito a quello intervenuto a Parigi un contenuto effettivamente precettivo e sanzionatorio e non più meramente programmatico.

Per cominciare, va detto che il *Paris Outcome* è un documento composito, frutto della combinazione di due strumenti negoziali, la decisione e l'accordo, le cui disposizioni interagiscono e si integrano tra loro con diversi obiettivi, contenuti ed efficacia giuridica²³.

L'Accordo è preceduto da un'ampia premessa in cui vengono ribadite tutte le già note misure che possono contrastare il surriscaldamento globale e le sue conseguenze, ma, a ben vedere, contiene anche elementi di assoluta novità.

I principi cardine che vengono sostanzialmente ribaditi sono il principio di equità e delle responsabilità comuni ma differenziate, l'esigenza di una risposta efficace e progressiva all'urgente minaccia dei cambiamenti climatici che si basi sulle migliori conoscenze

²³ S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima* cit., 103.

scientifiche disponibili e la priorità fondamentale di proteggere la sicurezza alimentare e porre fine alla fame.

Tra le novità, invece, rientrano sia il convincimento secondo cui i cambiamenti climatici sono una preoccupazione comune dell'umanità, sia il concetto di "giustizia climatica", che potrebbe realmente rappresentare uno strumento per uscire dall'*empasse* in cui attualmente ristagna l'azione internazionale a tutela del clima.

Sempre nelle premesse, si rinviene, da ultimo, il fondamentale passaggio relativo alla necessità di un'azione climatica a tutti i livelli delle autorità pubbliche, ovviamente in linea con le legislazioni nazionali delle parti.

Tra gli elementi di particolare interesse trova posto anche il ruolo da protagonista riconosciuto, nella fase attuativa dell'Accordo, alla pubblica autorità, che si dovrebbe concretizzare in una più proficua partecipazione della pubblica amministrazione al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Spinge in tal senso il dato letterale dell'art. 6, il quale prevede, oltre all'obbligo di rafforzare la partecipazione privata nell'implementazione dei contributi promessi, quello di aumentare la partecipazione del settore pubblico nei contributi determinati a livello nazionale e di favorire le opportunità di coordinamento tra gli strumenti e i meccanismi attuativi istituzionali pertinenti.

Ebbene, accantonando ogni considerazione in ordine all'allarme climatico e alle sue conseguenze, di cui fin troppo noti sono i caratteri di urgenza e gravità, ciò che suscita immediatamente interesse è il principio definito delle responsabilità comuni ma differenziate, che ha rappresentato un primo importante approdo nella storia degli accordi internazionali sul clima.

E' da premettere che il principio di responsabilità, anche nella sua particolare mutazione genetica rappresentata dalla responsabilità

comune e al tempo stesso differenziata, non è una novità di Parigi, ma era rinvenibile già altrove.

Ne consegue che, senza volere per ciò solo sminuirne la portata, risulta quanto mai evidente che qualunque tipologia di azione per la tutela del clima passa obbligatoriamente dalla presa di coscienza del problema e dalla successiva volontà di affrontarlo e risolverlo, viepiù se le conseguenze si traducono in tragici scenari, che un comportamento indifferente finirebbe per aprire.

In tal senso, al ricorrere di determinate condizioni, anche e soprattutto il trattato internazionale può rappresentare un utile strumento per la tutela del clima, sempreché, una volta acquisita la consapevolezza, vi sia l'impegno degli Stati, ciascuno secondo le proprie forze, a provvedere alla fase attuativa.

Con maggior impegno esplicativo, potrebbe dirsi che del principio di responsabilità comune ma differenziata devono individuarsi due componenti: una è rappresentata dalla presa di coscienza del problema, per l'appunto comune a tutti gli Stati parti degli accordi internazionali, mentre l'altra consiste proprio nell'insieme delle misure attuative mediante le quali le singole comunità si adoperano per il contenimento del surriscaldamento globale, ciascuno con i mezzi di cui può disporre, non solo meramente economici (ricchezza), ma anche e soprattutto giuridici e istituzionali.

Il precipitato di questo principio sembra subito impadronirsi del testo dell'Accordo a causa della frequenza, a dir poco significativa (circa 11 volte), con cui è ribadita la necessità di tenere in considerazione le esigenze dei paesi in via di sviluppo, suggerendo apertamente che la marcia verso il raggiungimento degli obiettivi di mitigazione non può che essere a due velocità.

A ben vedere, questa attenzione alle esigenze e ai tempi dei Paesi firmatari emergenti non rappresenta certo una novità, anche se a

Parigi essa ha assunto un rilievo decisivo, come se fosse in grado autonomamente di dare un particolare impulso alle azioni contro i cambiamenti climatici.

Ed in effetti non sono certo da trascurare né le conseguenze negative che gli ingenti costi delle nuove forme di energia finirebbero per provocare nel percorso di crescita economica dei paesi emergenti né, tantomeno, quelle derivanti dall'immediata applicazione dell'Accordo alle loro economie in via di sviluppo.

Accanto a tale aspetto, ve ne è un altro che senza dubbio stimola un certo interesse in chi si approccia alla lettura del testo dell'Accordo: il riferimento, operato nel preambolo, ai diritti umani, al diritto alla salute e ad altri diritti sociali.

Il tema dell'influenza del clima su tali diritti non è sviluppato nell'accordo mediante formule espositive particolarmente chiare, ma si traduce in un semplicistico invito alle Parti a prendere in considerazione i rispettivi obblighi al momento di intraprendere azioni volte a contrastare i cambiamenti climatici.

Il periodo così strutturato non consente di comprendere se, con questa precisazione, l'Accordo alluda all'eventualità che la tutela dei diritti umani possa essere in qualche modo recessiva in ipotesi di misure a difesa del clima particolarmente radicali o, più verosimilmente, le misure adottate a tutela del clima debbano essere necessariamente coordinate alla difesa dei diritti umani, che gli Stati sono comunque tenuti ad apprestare.

Nessuna delle due interpretazioni è davvero utile a rendere più intellegibile il senso che le parti hanno inteso dare al "considerando", in quanto sia i diritti umani sia il diritto alla salute - come, del resto, anche gli altri diritti sociali - ricevono, negli ordinamenti nazionali, una tutela a monte, dunque indipendente e scevra da qualunque condizionamento dalle azioni in campo climatico, che, dal canto loro,

rappresentano un settore di analogia preponderanza rispetto a quello dei diritti sociali, ma da esso ontologicamente distinto.

In ultima ipotesi, se di un collegamento tra diritti umani e clima può parlarsi, esso è certamente quello presentato da alcuni scienziati che, studiando i fenomeni legati al clima e comprendendone appieno la portata catastrofica, hanno correttamente richiamato l'attenzione sull'influenza che i cambiamenti climatici esercitano sull'equilibrio degli ecosistemi, a loro volta direttamente incidenti sulla salute dei popoli e anche sui più basilari diritti degli individui: in maniera diffusa nei paesi a basso reddito, sulle quelle fasce della popolazione che vivono in condizioni più disagiate in quelli a più alto reddito.

Non si dimentichi, inoltre, che le conseguenze ambientali, includendo l'aumento della temperatura, l'eccesso di precipitazioni, la siccità, eventi meteorologici estremi e l'aumento del livello del mare, finiscono per incidere notevolmente e, purtroppo, negativamente sulla produzione agricola, sull'accesso all'acqua potabile, sulla produttività dei lavoratori, minacciando i diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, compresi i diritti alla vita, all'accesso al cibo sicuro e all'acqua, alla salute, alla sicurezza, al riparo e alla cultura²⁴.

²⁴ La gamma di diritti umani su cui il cambiamento climatico incide negativamente è più ampia di quanto si potrebbe credere: per un approfondimento dell'imponente tema del rapporto tra diritti umani e cambiamento climatico, si rimanda a S. HUMPHREYS, *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, in cui è chiarito, altresì, che gli effetti peggiori dei cambiamenti climatici verranno avvertiti proprio da quegli individui e gruppi di individui i cui diritti umani sono tutelati in maniera precaria. Ed anzi è proprio nei paesi più poveri, nei quali i diritti ricevono minor tutela, che le popolazioni hanno meno possibilità di prepararsi ai disastrosi effetti dei cambiamenti climatici. Sul tema cfr. anche J. NEUMANN, *Human rights and climate change*, Grin editore, Monaco, 2011, 6, la quale sostiene l'inadeguatezza del solo approccio internazionalistico dei diritti umani a fungere da unica base giuridica nel contesto della lotta al cambiamento climatico,

Non v'è dubbio, quindi, che la denominazione “rifugiati ambientali”, attribuita alle popolazioni direttamente o indirettamente vittime degli eventi climatici, è tutt'altro che retorica ed anzi esplicativa come nessun'altra della particolare condizione in cui esse sono attualmente costrette a vivere e di quella certamente non diversa che si verrà a creare nel prossimo futuro²⁵.

Ciò detto, occorre a questo punto domandarsi se, posto a raffronto con i suoi “predecessori”, l'Accordo di Parigi presenti aspetti di reale innovatività o, invece, si ponga in linea di continuità con i precedenti prodotti della Conferenza delle parti.

Come già riferito, tale Accordo presenta non pochi elementi di innovatività, ma ben pochi di discontinuità rispetto alla tradizione, almeno per quel che concerne le disposizioni a contenuto vincolante per gli Stati e quelle che ne sanzionano le violazioni e/o omissioni.

In definitiva, dunque, ciò che potrebbe rappresentare il vero volano per una reale forma di tutela globale contro il cambiamento climatico non ha fatto ingresso nell'Accordo siglato a Parigi.

La dimostrazione di quanto affermato è in buona parte ricavabile dal testo: ad esempio, all'art. 3 è previsto che tutte le parti “*intraprendono e comunicano sforzi ambiziosi [...] al fine di conseguire lo scopo del presente accordo*”; null'altro, lasciandosi, così, alla potestà statale un

essendo necessarie ben diverse strategie giuridiche e politiche e ritiene che i diritti umani possano essere utilizzati come volano per la stipula di un equilibrato accordo esecutivo.

²⁵ La tesi è di B.S. LEVY, *Climate Change, Human Rights, and Social Justice*, in www.annalsofglobalhealth.org, 2015. Sul tema dei rifugiati ambientali si rimanda, altresì, al contributo di E. TANZARELLA, *Rifugiati ambientali in Sudamerica*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 277, in cui viene affermato che le cause dell'emergenza sono da imputarsi al riscaldamento globale, alle guerre di approvvigionamento di materie prime e ad interventi umani sconsiderati e non preceduti da studi. Tra gli esempi riportati si annovera la realizzazione di infrastrutture e disboscamenti forzati.

marginale di autonomia nell'applicazione del principio fin troppo ampio e consentendo, in questo modo, anche una più che probabile disapplicazione del principio stesso in quanto non collegato ad una sanzione che funga da deterrente.

Al danno si aggiunge la beffa poichè la disposizione, utilizzando il modo indicativo e il tempo presente, normalmente usati nella comune sintassi giuridica per indicare un obbligo, illude il lettore sulla sua portata vincolante, immediatamente smentita dalla eccessiva genericità che deteriora ogni minima parvenza di imperatività.

Anche l'art. 15 genera una qualche illusione, laddove introduce misure non del tutto chiare in ordine alla fase attuativa dell'Accordo, che si sostanziano nella previsione di un comitato di esperti obbligato al rispetto della trasparenza, non antagonistico e non punitivo, ma su cui nient'altro è detto, se non che opera secondo le modalità e procedure adottate dalla Conferenza delle parti.

In assenza di ulteriori spunti, potrebbe immaginarsi - e forse anche sperare - che il Comitato abbia una funzione di controllo, ossia di verifica della effettiva e corretta applicazione dell'Accordo da parte dei soggetti sottoscrittori, ciò che potrebbe rappresentare una novità interessante nella storia delle convenzioni sull'ambiente (semprechè il sistema dei controlli sia dotato di una certa severità nella verifica dell'operato delle nazioni).

Rimane naturalmente inteso che tale innovazione, peraltro allo stato frutto di una mera speculazione interpretativa, rimarrebbe lettera morta se non associata ad un qualunque potere del Comitato di infliggere sanzioni a fronte di eventuali violazioni; ma, allo stato, nulla sembra spingere in questa direzione.

In conclusione, dunque, l'Accordo di Parigi si pone in perfetta linea di continuità con la tecnica normativa adottata per gli accordi che l'hanno preceduto, i quali, come detto, si sono distinti esclusivamente per un

contenuto meramente programmatico, privo della necessaria perentorietà che distingue una norma da un mero proposito.

Nonostante la diffusa tesi secondo cui il *Paris Agreement* abbia segnato una fase storica dei trattati per la tutela climatica, il giudizio che deve essere espresso ad oltre un anno dalla sua stipula non può certamente dirsi pienamente positivo e ad una tale conclusione si perviene passando in rassegna i primi *rumors* sulla COP-22, la riunione delle Parti tenutasi nel mese di novembre 2016 a Marrakech, nel corso della quale è emerso, ancora una volta, il fervido intento degli attori del processo climatico di mantenere l'aumento della temperatura globale entro un determinato limite, ma del pari, nuovamente si è arrivati alla conclusione che gli impegni presi non sono sufficienti al raggiungimento dei fin troppo ottimistici obiettivi fissati a Parigi, vieppiù a fronte dei dati scientifici che ci informano che l'aumento delle temperature supererà i 3 gradi e i livelli di CO₂ hanno ormai superato la soglia delle 400 parti per milione²⁶.

Tuttavia, nonostante il fallimento di molti punti essenziali del sistema pattizio, *“il punto cruciale è andare avanti. Per farlo la Conferenza sul clima di Marrakech stila il quaderno delle regole, un manuale operativo dell'accordo di Parigi. Dopo aver raccolto impegni di riduzione delle emissioni, come quelle dei paesi vulnerabili, strategie ecologiche ambiziose come quelle di Canada, Germania e Messico, finanziamenti multi miliardari per le tecnologie green, dagli 81 milioni impegnati per il fondo ai 23 per le tecnologie, Marrakech, ora, fissa l'agenda dei lavori, con date che vanno dalla prossima primavera alla COP24 del 2018”*²⁷.

²⁶ Cfr. www.greenpeace.org,

²⁷ Frammento di un articolo apparso sul www.ilsecoloxix.it il 19 novembre 2016.

4. La tutela del clima nel sistema italiano.

Il campo d'indagine, fin qui circoscritto al panorama internazionale, va ora esteso al sistema normativo italiano, al fine di verificare se il legislatore ha provveduto a tradurre gli impegni assunti a livello sovranazionale in interventi legislativi a carattere specifico.

In premessa s'impone una prioritaria riflessione, già in parte ricavabile dalla rassegna che precede: per una sorta di malcostume divenuto oramai prassi consolidata, viene affidata alla fonte sovranazionale la determinazione degli obiettivi (ad esempio, il contenimento del surriscaldamento globale entro una certa temperatura) e a quella nazionale viene demandata (in caso di particolare solerzia degli Stati) la fase attuativa e di dettaglio tecnico. Ed infatti salta agli occhi la sussistenza di un profondo divario tra la genericità dei contenuti degli accordi internazionali sul clima e la legislazione italiana, che, al contrario, risulta assai più approfondita dal punto di vista tecnico.

Venendo ora, nello specifico, al nostro ordinamento, si può certamente affermare che esso non è stato per lungo tempo indifferente all'allarme che si levava dalle numerose conferenze delle Parti, bensì moderatamente solerte nel mettere in pratica quel monito attorno agli anni 2000.

Va qui subito sgombrato il campo da dubbi di sorta, chiarendo che il legislatore nazionale, sin dalla fine degli anni '60, ha fattivamente contribuito, attraverso lo strumento normativo, a regolamentare l'inquinamento, ma ha limitato la propria azione all'inquinamento atmosferico, tutelando, in tal guisa, solo indirettamente la stabilità climatica.

La prima regolamentazione organica risale alla legge 13 luglio 1966, n. 615, c.d. legge antismog, che non si applicava a tutte le sorgenti produttive di inquinamento, ma solo agli impianti termici, agli

stabilimenti industriali e agli autoveicoli, e dettava una disciplina non uniforme per tutto il territorio nazionale, bensì differenziata a seconda delle parti di esso in cui erano presenti maggiori emissioni, attraverso un criterio di azzonamento²⁸.

Sempre in linea con la normativa del 1966 è anche il d.p.r. 24 maggio 1988, n. 203, oggi quasi del tutto abrogato, nel quale non si evidenziavano, neppure testualmente, riferimenti al surriscaldamento globale, che, del resto, a quel tempo non era ancora di particolare gravità e di stringente attualità.

La normativa in questione limitava la propria cognizione all'inquinamento atmosferico, trattando esclusivamente delle sorgenti fisse di inquinamento, e perseguiva la tutela della qualità dell'aria, la protezione della salute umana e genericamente dell'ambiente.

Adottato al fine di recepire il contenuto delle direttive comunitarie 80/779, 82/884, 84/360 e 85/203 le quali rappresentavano una delle prime fondamentali misure europee a tutela dell'ambiente, il citato decreto ruotava attorno al potere della p.a. di autorizzare la costruzione di nuovi impianti inquinanti²⁹ e prevedeva, altresì, che, in caso di inosservanza degli obblighi, le sanzioni dovessero essere applicate dalle regioni, che erano anche gli enti competenti al rilascio dell'autorizzazione. Erano, infatti, le regioni a dovere, secondo la gravità delle infrazioni, inoltrare una diffida, se del caso con oppure una diffida e contestuale sospensione della attività autorizzata per un

²⁸ Sul punto, ampiamente, G. AMENDOLA, P. DELL'ANNO, *La disciplina dell'inquinamento atmosferico*, Jovene editore, Napoli, 1992, 24 e ss: il territorio nazionale risultava diviso in due zone, la zona A e la zona B e l'azzonamento era stabilito in base ad appositi decreti del Ministero della Sanità ed in conformità a determinati parametri demografici e geografici. Ciò determinava un'applicazione della legge a "pelle di leopardo".

²⁹ Art. 4.

tempo determinato, o nel caso più grave, disporre la revoca dell'autorizzazione e la chiusura dell'impianto³⁰.

Al decreto del 1988 seguirono poi la legge n. 477/1995 sul rumore, il d.lgs. n. 152/1999 sulla tutela delle acque dall'inquinamento e il d.lgs. n. 372/1999 sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento³¹.

Ad accorpate gran parte della normativa in materia ambientale è stato il testo unico approvato con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152³², che, in effetti, non prevede una disciplina organica della lotta ai cambiamenti climatici, ma - in linea con la normativa precedente - ne appresta una tutela indiretta.

Nel dettaglio, l'art. 1, elencando le varie parti in cui si svolge il T.U., compie un riferimento tanto alla tutela dell'aria quanto alla lotta alla desertificazione (proposito, peraltro, riproposto anche nell'art. 53), che si presentano come materie strumentali alla tutela climatica.

Ancora non specifica ai fini della tutela del clima, ma comunque utile a ricomprenderla più o meno direttamente, è la definizione di "impatto ambientale", fornita dall'art. 5, che lo indica come l'alterazione qualitativa e/o quantitativa, diretta ed indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa dell'ambiente, inteso come sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in conseguenza dell'attuazione sul territorio di piani o programmi o di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti.

³⁰ Art. 10.

³¹ Cfr. P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2003, 14.

³² In materia di emissioni in atmosfera vedi, tra gli altri, anche F. ROMANO, *Inquinamento atmosferico*, in AA.VV. *Manuale Ambiente*, cit., 272.

Ma, in effetti, il clima è nuovamente posto in rilievo con riferimento alla specifica questione della gestione delle risorse idriche e, dunque, alle competenze delle autorità di bacino, che, ai sensi dell'art. 63, devono esprimere un parere sulla coerenza con gli obiettivi del piano di bacino dei piani e programmi dell'Unione europea, nazionali, regionali e locali relativi alla difesa del suolo, alla lotta alla desertificazione, alla tutela delle acque e alla gestione delle risorse idriche³³.

Nel T.U. trova poi posto anche la materia delle emissioni in atmosfera (artt. 267-298), materia che è stata mutuata dai precedenti interventi normativi e suddivisa in sottomaterie: grandi impianti di combustione; emissione di composti organici volatili impianti ed attività in deroga; polveri e sostanze organiche liquide; criteri per la valutazione della conformità dei valori misurati ai valori limite di emissione; operazioni di deposito di benzina e sua distribuzione, dai terminali agli impianti di distribuzione; impianti di distribuzione di benzina; impianti termici civili; disciplina dei combustibili³⁴.

Non è questa ovviamente la sede per esaminare approfonditamente il complesso e articolato sistema normativo in materia di emissioni in atmosfera, ciò che rischierebbe di allontanare il tema oggetto della presente indagine; tuttavia ciò non ci esime dal rilevare che un particolare comune denominatore che lega le svariate attività

³³ Per un approfondimento sul tema dell'Autorità di bacino e per una rassegna delle più importanti novità introdotte sul tema vedi, tra gli altri, A. GERMANÒ, *Norme in materia di difesa del suolo e di lotta alla desertificazione*, in A. GERMANÒ, E. BASILE, F. BRUNO, M. BENOZZO, *Commento al Codice dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2013, 235 e ss.

³⁴ Cfr. S. MAGLIA, *Corso di legislazione ambientale*, cit., 250, nonché, per una trattazione più specifica del tema, A. SCARCELLA, *L'autorizzazione integrata ambientale*, Giuffrè, Milano, 2005, 75 e ss.

inquinanti può essere individuato nella loro subordinazione al rilascio del titolo autorizzatorio da parte della p.a.³⁵.

Un tale stato di cose, se per un verso si pone in antitesi con la generale e positiva tendenza alla liberalizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa, per altro verso potrebbe rappresentare una strenua ed irriducibile forma di tutela dell'ambiente e, indirettamente, anche del clima, dovendo le attività ad essi pregiudizievoli passare necessariamente per un'attività amministrativa ordinaria³⁶.

Ciò detto, bisogna segnalare come siano espressamente disciplinate attività anche definite "in deroga" alle quali sono dedicati l'art. 272 e l'allegato IV, Parte I, degli allegati della Parte V, che concernono gli impianti con emissioni scarsamente rilevanti, i cui gestori possono limitarsi - salvo che si tratti di sostanze cancerogene o tossiche - a

³⁵ S. MAGLIA, op. cit., 251, ove è chiarito che esiste comunque un proposito semplificativo.

³⁶ Occorre dare conto che il 12 luglio 2016 il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato su uno schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Tra i procedimenti interessati rientra quello relativo alle emissioni nell'atmosfera, gestione dei rifiuti, inquinamento acustico, scarichi idrici, dighe, altri procedimenti sui corpi idrici, bonifiche. La Commissione appositamente istituita dal Presidente del Consiglio di Stato, riunitasi il 21 luglio 2016, dando parere favorevole, ha comunque evidenziato come, in *subiecta materia*, prevalga nettamente il regime dell'autorizzazione, ciò giustificandosi alla luce del contenuto degli artt. 19 e 20 della L. 7 agosto 1990 n. 241: Cons. St. parere 4 agosto 2016, n. 1784 in www.giustizia-amministrativa.it. Il Governo, sulla scorta del ridetto parere, ha successivamente emanato il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 22, che possiede un corposo allegato nel quale sono elencate le singole attività che producono impatto sull'ambiente e in relazione alle quali è indicato il corrispondente regime alle quali sono sottoposte.

comunicare all'autorità competente la data di messa in esercizio dell'impianto ed attestare di appartenere all'elenco riportato nell'allegato (come, ad esempio, officine e laboratori annessi alle scuole, laboratori odontotecnici, ecc.).

Attorno alla struttura dell'attività amministrativa in materia di emissioni in atmosfera è costruito il sistema sanzionatorio (art. 279) essenzialmente volto a reprimere l'installazione di uno stabilimento in assenza della prescritta autorizzazione, oppure la prosecuzione dell'attività in assenza del rinnovo dell'autorizzazione³⁷; in tal caso la pena prevista è quella dell'arresto da due mesi a due anni o dell'ammenda da 258 a 1.032 euro.

Al medesimo trattamento sanzionatorio soggiace chi sottopone uno stabilimento ad una modifica sostanziale senza l'autorizzazione espressamente prevista dall'art. 269, comma 8, o senza effettuare la comunicazione prevista dalla medesima norma; in tal caso l'autore può essere assoggettato ad una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 1.000 euro.

³⁷ In ordine alla non trascurabile importanza del rinnovo dell'autorizzazione ai fini della prosecuzione delle attività produttive che comportano emissioni in atmosfera, la giurisprudenza amministrativa è stata chiara nel rammentare che *“il procedimento di rinnovo dell'autorizzazione alle emissioni in atmosfera, prevedendo un'istruttoria che riguarda l'intero stabilimento e non singoli impianti o singole attività, non è un atto formale che consegue de plano al fatto che un'industria è esistente da anni e non ha subito modifiche, atteso che tale momento rappresenta l'occasione per verificare non solo l'adeguatezza degli impianti alle migliori tecnologie, che negli anni si evolvono rapidamente, ma anche altri fattori, tra cui la qualità dell'aria e il contesto in cui opera lo stabilimento, che sono variabili indipendenti dalla immutabilità dello stabilimento”*: così T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2015 n. 1007, in www.iusexplorer.it.

Specifiche sanzioni sono poi previste anche per chi viola i valori limite di emissione o le prescrizioni stabilite dall'autorizzazione o per chi esercita un'attività senza averne dato le prescritte comunicazioni.

Non va, inoltre, dimenticato che, in aggiunta a tale forma di tutela del clima, l'ordinamento italiano prevede il ben noto istituto della valutazione d'impatto ambientale (artt. 19 e ss. d.lgs. n. 152/2006), con il quale il legislatore fa sì che vengano preventivamente valutati gli effetti che le opere umane sono in grado di produrre sull'integrità ambientale e, quindi, anche sul clima³⁸.

Conclusivamente, si può affermare che, sebbene non abbia approntato un autonomo complesso di norme precipuamente volto alla tutela del clima, l'Italia ha adottato comunque un'articolata disciplina delle attività umane produttive di inquinamento.

Un ulteriore presupposto per combattere i cambiamenti climatici è poi rappresentato dai finanziamenti per la tutela del clima e anche su questo l'Italia si è recentemente distinta, prevedendo all'interno della legge di stabilità 2016³⁹, a decorrere dall'anno 2016, un contributo annuo di 5 milioni di euro al fine di studiare e valutare gli effetti dei cambiamenti climatici, mediante la realizzazione di modelli del sistema climatico italiano e delle sue interazioni con la società e l'ambiente, attraverso le attività di ricerca svolte dalla grande infrastruttura di ricerca, denominata «Centro euro-mediterraneo per i cambiamenti climatici», nonché per la valorizzazione degli investimenti effettuati con la delibera CIPE n. 42 del 13 maggio 2010.

³⁸ In un'ottica europea, vedi anche M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2012, 294.

³⁹ Art. 1, comma 477, legge 28 dicembre 2015, n. 208.

5. Le sanzioni amministrative ambientali in Italia: spunti per un'applicazione alla (auspicata) tutela del clima.

Delineato nei termini di cui al precedente paragrafo l'assetto del sistema italiano in materia climatica e chiarita l'assenza di un impianto normativo appositamente dedicato alla tutela del bene clima, occorre a questo punto svolgere alcune riflessioni sul sistema sanzionatorio nazionale in materia ambientale.

Esso, come ben si comprenderà, ancora una volta non è dedicato a reprimere le condotte esclusivamente lesive della stabilità climatica, ma più in generale, quelle che determinano illecite emissioni in atmosfera.

Risulta allora davvero importante comprenderne i capisaldi al fine di applicarli, in un'ottica *de iure condendo*, anche alla legislazione climatica, di cui auspicabilmente anche il nostro Paese dovrà dotarsi.

In proposito, va immediatamente riferito come anche il legislatore italiano, sulla spinta proveniente da posizioni comunitarie ormai consolidate, stia gradualmente abbandonando l'idea di un sistema sanzionatorio per la repressione delle condotte abusive, ad essa sostituendo una concezione precauzionale della tutela ambientale che serva a mettere in campo misure di prevenzione dei possibili danni all'ambiente⁴⁰.

⁴⁰ Un'efficace sintesi della posizione è proposta da F. SAITTA, *Le sanzioni amministrative nel Codice dell'ambiente: profili sistematici e riflessioni critiche*, (Relazione alle "Giornate di studio sul codice dell'ambiente" - Palermo, 23-24 maggio 2008) in *Riv. Giur. amb.* 2009, 41 e ss., in cui è correttamente chiarito che, nonostante i meccanismi di *command and control* abbiano manifestato non pochi difetti, ciò non ha comportato, tuttavia, un definitivo accantonamento della tutela sanzionatoria in quanto la prevenzione non sempre risulta pienamente efficace. Con specifico riferimento alle sanzioni amministrative nella materia dei beni paesaggistici, vedi anche M.A. SANDULLI, *La tutela coercitiva dell'ambiente:*

Va, tuttavia, chiarito che, per quanto l'arretramento della tutela ambientale alla fase della prevenzione rappresenti un'importante conquista in termini di civiltà giuridica e per quanto questo principio possa anche risultare confacente ad una concreta tutela del clima, non va comunque sottovalutata la componente sanzionatoria, dunque la tutela *ex post*, la cui importanza è stata riconosciuta anche dal legislatore comunitario⁴¹.

Quanto, invece, alle singole tipologie di sanzioni, per ovvie ragioni di pertinenza all'argomento trattato⁴², ci si può qui limitare a ricordare che il diritto ambientale coniuga sanzioni di natura penale e altre di natura amministrativa⁴³, la cui convivenza è stata più volte al centro di accesi dibattiti⁴⁴.

Secondo un comune orientamento, i reati ambientali vengono suddivisi a seconda che la condotta incriminata abbia ad oggetto: a) l'esercizio di un'attività in violazione della sottesa disciplina amministrativa, ossia in assenza del prescritto provvedimento

sanzioni pecuniarie e ripristino, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 465.

⁴¹ F. SAITTA, *Le sanzioni amministrative nel Codice dell'ambiente*, cit.: gli assolutismi devono essere evitati e occorre privilegiare un "equilibrato dosaggio tra tutela ex ante e tutela ex post".

⁴² Il tema delle sanzioni in materia ambientale è assai ampio e per una trattazione più approfondita si rimanda ai diversi manuali e monografie sull'argomento; a solo titolo di esempio, una visione d'insieme viene efficacemente fornita da S. PALLOTTA, *Manuale delle sanzioni ambientali*, Maggioli, Rimini, 2010.

⁴³ Per una ricognizione delle sanzioni amministrative in materia ambientale si rinvia a V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Tutela amministrativa dell'ambiente e rimedi giustiziali*, in www.lexitalia.it, 2015, dove vengono illustrati anche i relativi rimedi giustiziali e i riflessi dei delitti contro l'ambiente sulla tutela amministrativa.

⁴⁴ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Tutela amministrativa dell'ambiente e rimedi giustiziali*, cit.

amministrativo autorizzatorio; b) il superamento di valori soglia predeterminati dalla legge statale o regionale; c) il diniego di accesso ai luoghi alle competenti autorità.

Inoltre, ad uno sguardo d'assieme risulta che i reati ambientali sono reati di pericolo astratto che incriminano condotte che nei fatti potrebbero danneggiare il bene giuridico tutelato⁴⁵.

Le sanzioni amministrative, invece, si distinguono usualmente in sanzioni ripristinatorie e sanzioni afflittive, a loro volta ulteriormente distinte in sanzioni interdittive e sanzioni pecuniarie, e ipotesi miste in cui, ad esempio, vengono cumulate sanzioni ripristinatorie e pecuniarie⁴⁶.

Ebbene, è più che lecito chiedersi a questo punto quali tipologie di sanzioni potrebbero trovare applicazione a un'ipotesi di danno climatico ed ancora se nella tutela del clima possa trovare applicazione il principio di precauzione.

Per rispondere ai quesiti, occorre prendere le mosse dalla seguente riflessione: il danno climatico non può ritenersi producibile da una sola condotta, bensì da una somma di condotte e non segue ad emissioni prodotte in una sola regione della terra, bensì alla somma di tutte le emissioni mondiali⁴⁷.

Tutto ciò rende superfluo discettare della possibile applicabilità alle condotte lesive del clima di sanzioni interdittive, se riferite ad un solo Stato, così com'è superfluo ragionare sull'applicabilità di sanzioni ripristinatorie, posto che la materia climatica, per sua stessa natura, non conosce, purtroppo, atti che possano annullare efficacemente

⁴⁵ La classificazione è presente in M. PELLISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Giappichelli, Torino, 2013, 13.

⁴⁶ F. SAITTA, *Le sanzioni amministrative nel Codice dell'ambiente*, cit.

⁴⁷ D. LIAKOPOULOS, *Il regime giuridico dei cambiamenti climatici nell'ambito internazionale e comunitario*, in www.ambientediritto.it.

l'effetto di precedenti condotte lesive, ma al più misure che servano ad evitare una deriva ancora maggiore.

Va però rilevato che, essendo il danno al bene clima il frutto di condotte sconsiderate perpetrate, in misura ovviamente diversa, in tutti i paesi del mondo, è giusto che ciascuno Stato adotti, secondo il proprio ordinamento, misure, repressive e/o interdittive, volte a contribuire *in parte qua* alla diminuzione delle emissioni illecite in atmosfera.

Da ultimo, ma non per ultimo, deve rilevarsi che una convinta quanto incisiva (per certi versi anche utopica) applicazione del principio di precauzione da parte degli Stati servirebbe solo per scongiurare una *escalation* ancora più rapida, ma non certo per evitare i danni già prodotti⁴⁸.

6. *L'Unione Europea e il clima.*

Prima di affrontare qualunque discorso sull'impegno europeo per il clima, è doveroso precisare che l'Unione possiede un'imponente produzione normativa in tema di energia ed ancor più di energia rinnovabile, materia alla quale è, peraltro, dedicata una sezione del Trattato istitutivo della Comunità dell'Energia.

⁴⁸ In ordine all'applicazione del principio di precauzione alla materia dei cambiamenti climatici, si veda anche C.M. PONTECORVO, *Il principio precauzionale*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006, 248, il quale afferma, in sostanza, che nell'ambito dei trattati internazionali sul clima risulta difficile isolare delle norme che non siano ispirate alla filosofia precauzionale; anzi, il principio di precauzione è quello che, più di tutti, influisce sull'azione degli Stati, ispirando la creazione di una serie di obblighi a loro diretti e gestendone l'attuazione attraverso regole di condotta.

In tema di cambiamenti climatici, la legislazione comunitaria sta acquisendo una certa imponenza, anche in considerazione del ruolo primario che negli accordi sul clima l'Unione, quale entità autonoma, sta assumendo⁴⁹.

La sua notevole influenza nell'ambito della diplomazia sul clima deriva, anzitutto, dalla presenza al suo interno delle nazioni più industrializzate ed economicamente più sviluppate al mondo; poi, dalla sua notevole estensione geografica, che, per ovvie ragioni, la fa collocare tra le maggiori entità geo-politiche in grado di produrre emissioni in atmosfera.

Proprio questa sua condizione, in uno con il suo ormai consolidato apparato legislativo e giudiziario, la obbliga a dotarsi anche di un'approfondita legislazione climatica, tale dovendosi intendere quella che prevede, come fin qui si è detto, precisi divieti e conseguenti severe sanzioni nei confronti degli Stati membri.

La peculiarità che contraddistingue l'Unione Europea dalle altre entità è che le misure prescrittive e le sanzioni vengono poi trasfuse negli ordinamenti (sovrani) degli Stati che di essa fanno parte, con tutto ciò che ne consegue in termini di adattabilità e tempi di applicazione.

Compiere un'indagine minuziosa delle norme europee a tutela dell'ambiente sarebbe un'impresa ardua e poco proficua, tale è la mole di testi normativi sull'argomento; meno corposa, ma pur sempre notevole, si presenta la legislazione in materia climatica, che può essere, ai nostri fini, esaminata attraverso alcuni richiami.

Di immediato risalto è il principio (poiché in effetti solo di un principio generale si tratta) contenuto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale prevede, al comma 1 dell'art.

⁴⁹L'Unione europea partecipa ai negoziati internazionali sul clima per mezzo di un rappresentante della Commissione e del paese che detiene la presidenza di turno.

191⁵⁰, che la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire, tra l'altro, la promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.

Si tratta evidentemente soltanto di un accenno, per di più estremamente generico, alla tutela del clima, ma una tale seppur astratta previsione, inserita in una legge fondamentale, costituisce una forte testimonianza di quale sia l'importanza del bene tutelato, specie se rapportata al sistema normativo italiano, in cui il clima riceve una tutela in via solo collaterale attraverso le forme di regolamentazione delle emissioni atmosferiche.

Ma la sintesi più felice delle politiche sul clima è offerta dall'art. 174 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che racchiude in sé il monito ad un accorto e razionale utilizzo delle risorse naturali, l'invito alla promozione, sul piano internazionale, di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale, i principi della precauzione e dell'azione preventiva e il principio «chi inquina paga».

Oltre a confluire nel Trattato istitutivo ed in quello sul funzionamento dell'Unione, l'azione europea a tutela del clima è stata oggetto di una politica mirata, a partire dagli anni '90, allorquando l'Europa si era impegnata a stabilizzare le emissioni di biossido di carbonio entro

⁵⁰ Il comma in questione è stato integrato ad opera dell'art. 143 del Trattato di Lisbona. La versione previgente prevedeva: *“La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali”*, E' stato poi aggiunto il seguente periodo *“promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici”*

l'anno 2000, proseguita con il primo pacchetto di misure per il clima e l'energia approvato dal Parlamento europeo nel 2008.

Le misure in argomento erano contenute nella "Posizione del Parlamento Europeo" definita in prima lettura il 17 dicembre 2008, che modificava significativamente la direttiva 2003/87/CE⁵¹, ed in particolare il sistema europeo dello scambio delle quote di emissione (EU ETS).

Secondo alcuni, tale pacchetto, definito "Clima ed Energia - pacchetto 20-20-20", secondo alcuni racchiude l'intera politica legislativa dell'Unione in materia ambientale, contenendo obiettivi giuridicamente vincolanti e facendo guadagnare all'Europa il titolo di prima regione al mondo in grado di raggiungere obiettivi in materia di clima ed energia⁵².

Esso contiene misure per ridurre l'inquinamento e limitare l'aumento della temperatura media globale a 2° C al di sopra del livello pre-industriale, fissando come scadenza l'anno 2020⁵³; la definizione 20/20/20, invece, sintetizza l'intento di ridurre le emissioni di gas serra del 20%, alzare al 20% la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili e portare al 20% il risparmio energetico.

⁵¹ Tale direttiva, successivamente modificata con direttiva 2004/101/CE, ha disciplinato un sistema per lo scambio dei diritti di emissioni di gas a effetto serra che interessa tutte le attività nel settore dell'energia: A. GRASSO, A. MARZANATI, A. RUSSO, *Ambiente, articolazioni di settore e normativa di riferimento*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Giuffrè, Milano, 2007, 346; M. CECCHETTI, F. GRASSI, *Le quote di emissione*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, 316.

⁵² Cfr. L. FIERRO, *La politica comunitaria e l'industria dell'auto*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 684.

⁵³ Gli obiettivi e i termini delle azioni europee a tutela del clima possono essere rinvenuti in www.consilium.europa.eu ove sono riportati i testi di direttive e regolamenti.

In forza di tale posizione espressa dall'Assemblea, sono stati adottati i seguenti provvedimenti: la direttiva Fonti Energetiche Rinnovabili (2009/28/EC), la direttiva *Emission Trading* (2009/29/EC), la direttiva sulla qualità dei carburanti (2009/30/EC), la direttiva *Carbon Capture and Storage - CCS* (2009/31/EC), la decisione *Effort Sharing* (2009/406/EC) e, infine, il Regolamento CO₂ Auto (2009/443/EC, successivamente modificato dal Reg. 333/2014) e Regolamento veicoli commerciali leggeri (Reg. 510/2011 successivamente modificato dal Reg. 253/2014).

Fra questi, una menzione merita certamente il già ricordato sistema di scambio delle quote di emissione, che rappresenta uno strumento economico⁵⁴ applicato alla lotta all'inquinamento e consiste in un sistema in cui ciascuna industria è autorizzata ad emettere in atmosfera un certo quantitativo di emissioni, calcolato in tonnellate di anidride carbonica per anno. Se ne emette un quantitativo inferiore a quello prestabilito, può virtualmente trasferire onerosamente la parte residua ad altra industria che ne faccia richiesta.

La norma consente, quindi, all'industria virtuosa di trarre profitto dalla vendita virtuale di inquinamento e permette a quella meno virtuosa di produrre una quantità maggiore di emissioni rispetto a quella riconosciuta verso il pagamento di un prezzo.

Un sistema che, in sostanza, tenta di incentivare la riduzione delle emissioni e penalizza pecuniariamente chi inquina più del dovuto.

⁵⁴ Per un approfondimento sugli strumenti economici applicati al clima, si rinvia all'approfondita trattazione di V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, Giuffrè, Milano, 2010, 24 e ss utile per comprendere quanto sia rilevante l'influenza dei cambiamenti climatici sul sistema economico; con riferimento al sistema assicurativo, vedi anche S. MIANI, *La gestione dei rischi climatici e catastrofali*, Giappichelli, Torino, 2004.

Per quanto riguarda il versante sanzionatorio, la legislazione comunitaria appare attenta all'importanza del bene clima in quanto la direttiva 2008/99/CE, sulla tutela penale dell'ambiente, obbliga tutti gli Stati membri a prevedere sanzioni penalmente rilevanti che rendano perseguibili violazioni gravi della normativa europea sulla tutela ambientale, predisponendo una specifica elencazione delle condotte perseguibili⁵⁵.

Fra queste, ai nostri fini, risalta quella della produzione, importazione, esportazione, immissione sul mercato e/o uso di sostanze che riducono lo strato di ozono, specificamente prevista dall'art. 3, comma 1, lett. i).

Ma ciò che più conta quanto all'efficacia dell'azione a tutela del clima è la corretta intuizione avuta dal legislatore europeo quando ha esteso la previsione appena esaminata alle persone giuridiche, obbligando gli Stati membri ad approvare delle normative a carattere statale utili a punire anche le persone giuridiche per i reati di cui agli art. 3 e 4 quando *“siano stati commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica,*

⁵⁵ Al riguardo si rimanda all'approfondita trattazione di M. TEDESCA, *La tutela penale dell'ambiente: i profili problematici della Legge n. 68/2015*, Giappichelli, Torino, 2016, in cui è stata esplicitata la particolare difficoltà del legislatore italiano di trasporre le indicazioni contenute nella direttiva in un testo normativo nazionale a carattere cogente che individuasse specifiche figure criminose; il tutto nel rispetto dei principi costituzionali. La difficoltà deriverebbe, secondo l'A., dalla particolare terminologia adoperata nella direttiva, non sempre facilmente adattabile ad una legge italiana. Nell'opera si dà conto, inoltre, della gradualità della trasposizione e dei diversi aspetti positivi propri della direttiva, tra cui la necessità di perseguire un elevato livello di tutela, e la consapevolezza che gli illeciti ambientali non si esauriscono entro i confini nazionali.

*individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica*⁵⁶.

Conclusivamente, si può affermare che l'Europa, oltre ad essere capofila in materia di lotta all'effetto serra e tutela del clima, facendo da protagonista nelle varie conferenze delle Parti, si sta dotando di un sistema di protezione dell'ambiente rispondente ai requisiti individuati nello svolgimento della presente trattazione, che sono un sistema legislativo che persegue, anche all'interno di norme fondamentali, il fine di tutelare il clima, un insieme di obblighi chiaramente vincolanti nei confronti di chi, soggetto di diritto o stato, può compromettere l'equilibrio climatico ed un complesso di disposizioni sanzionatorie adeguate all'importanza del bene protetto.

7. Conclusioni.

Se il problema ambientale in genere ha carattere globale⁵⁷, il fenomeno del *climate change* lo ha in modo particolare: come già detto il surriscaldamento globale non è il risultato della condotta negligente di un solo Stato o di una parte di esso, ma la risultante di una pluralità di condotte inquinanti diffuse che non conoscono confini nazionali e che per troppo tempo sono state sottovalutate.

⁵⁶ Art. 6, comma 1, direttiva 2008/99/CE.

⁵⁷ Vedi F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., 15; nonché F. FRACCHIA – A. MARCOVECCHIO, *Il cambiamento climatico: problema e opportunità per il diritto*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Climate change, la risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010. Sulla dimensione globale della tutela dell'ambiente si è anche espressa la Corte costituzionale italiana nel decidere sulla q.l.c. dell'art. 311, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, nella parte in cui attribuisce allo Stato la legittimazione ad esercitare l'azione per il risarcimento del danno ambientale, escludendo la legittimazione concorrente o sostitutiva della Regione e degli enti locali sul cui territorio si è verificato il danno: sent. 1 giugno 2016, n. 126 in www.cortecostituzionale.it.

Questa tesi ha come suo logico corollario la impellente necessità di una soluzione che sia condivisa a livello mondiale poiché concernente un fenomeno che potrebbe mettere a rischio la sopravvivenza sulla terra. Ed allora, la pericolosità attuale e concreta, ma più di ogni altra cosa il carattere globale delle cause del cambiamento climatico conferiscono nuova forza al ruolo dei trattati internazionali sul clima, che, per tali ragioni, non possono più avere carattere esclusivamente promozionale⁵⁸, occorrendo, al contrario, attribuire loro una funzione cogente e sanzionatoria direttamente nei confronti degli stati sottoscrittori degli accordi.

Le medesime ragioni dovrebbero rammentare, inoltre, il fallimento della funzione programmatica delle norme pattizie, richiedendo piuttosto il ricorso ad una sorta di legislazione di emergenza internazionale⁵⁹, ossia ad un insieme di provvedimenti straordinari, eventualmente limitativi di alcune libertà, che però avrebbero la funzione di contrastare fenomeni negativi e di tutelare beni supremi quali il clima e, conseguentemente, la vita stessa.

Se, dunque, è vero che la tutela del clima assume, per definizione, carattere sovranazionale, allora diviene assolutamente condivisibile quell'orientamento secondo cui occorre creare un ordine giuridico

⁵⁸ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 205, sostiene che i trattati non dovrebbero solo imporre obblighi, ma prevedere premi e incentivi per gli Stati che preservano l'ambiente.

⁵⁹Riferisce P. ACCONCI, *La cooperazione nel campo normativo negli accordi in materia di commercio internazionale dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. intern.*, 2016, 1071, che, secondo l'OCSE, problemi collettivi, quali la gestione degli effetti della crisi finanziaria del 2008 e dei cambiamenti climatici, avrebbero mutato il contesto dell'attività di produzione normativa, rendendo evidente l'esigenza di una «*regulatory governance*» sul piano mondiale e l'incapacità dei governi nazionali di realizzarla unilateralmente.

mondiale delle questioni ambientali⁶⁰, combattendo la forte tendenza alla regionalizzazione e, in coerenza con ciò, anche reprimendo gli abusi a livello internazionale.

In tal senso, sembra condivisibile la proposta, avanzata di recente⁶¹, di creare una Corte internazionale dell'ambiente dove discutere il contenzioso climatico e far seguire così una via giudiziaria alla tutela del clima.

Il reale problema di fondo è che alcuni Stati, come ad esempio India e Cina, che già ora sono restii a stipulare accordi vincolanti che possano in qualunque modo limitare la loro sovranità nazionale in campo economico, lo sarebbero ancor più dinanzi ad un organo internazionale che giudichi eventuali illeciti ambientali.

In tale contesto, sebbene l'auspicio rimane quello di poter assistere alla stipula di accordi internazionali sul clima che coinvolgano tutti o quasi tutti gli Stati, dinanzi alle notevoli ritrosie e alla necessità di invertire la tendenza alla deriva climatica, non è del tutto peregrina o azzardata l'ipotesi di promuovere accordi bilaterali o multilaterali omogenei, che vedano, cioè, la partecipazione di Stati in analoghe condizioni

⁶⁰ M. DELMAS-MARTY, *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1697, dove è auspicata la nascita di un ordine giuridico mondiale in materia ambientale, ma si continua ad affermare che la protezione dell'ambiente offre l'esempio di una responsabilità comune ma differenziata (cfr. § 3) ossia dell'impossibilità di imporre norme identiche a Stati che differiscono per contesto storico, culturale, economico e sociale, essendo invece possibile fissare degli obiettivi comuni, definire dei criteri di differenziazione ed ammettere le differenze che siano compatibili con tali obiettivi.

⁶¹ Lo ha chiesto l'*International Bar Association*, che riunisce circa cinquantacinquemila avvocati, sottolineando come le attuali leggi non siano assolutamente in grado di proteggere i diritti umani né le persone colpite dagli effetti negativi dei cambiamenti climatici (in www.rinnovabili.it), nello stesso senso, A. POSTIGLIONE, *Accordo di Parigi sul clima*, cit.

economiche e di sviluppo o legati da comuni interessi territoriali, nel tentativo di trovare una soluzione condivisa⁶².

⁶² Cfr. S. NESPOR *La lunga marcia per un accordo globale sul clima* cit., 119. Ne riferisce pure C. TADDEI, *Il tempo di Obama*, Milano, Lampi di stampa, 2010, 165.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

MASSIMO LA TORRE

Una legge contro la tortura?

MASSIMO LA TORRE*

Una legge contro la tortura?

Lo scorso mese di luglio la Camera della Repubblica in quarta lettura ha concluso l'iter legislativo per l'introduzione del reato di tortura nel nostro codice penale. Si è trattato di un lungo percorso, e di anni di inadempienza rispetto alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 che prescriveva agli Stati firmatari (e l'Italia lo è) di introdurre nel loro sistema giuridico un reato specifico di tortura. Cosa che per esempio hanno fatto gli Stati Uniti già da tempo, introduzione che ha creato non pochi problemi e grattacapi ai sostenitori della legalizzazione della tortura all'interno dell'amministrazione di Bush figlio.

Ma l'Italia beatamente per ben trentatré anni disattendeva i suoi obblighi di diritto internazionale, e purtroppo più di un caso di tortura è stato registrato dalla cronaca in questi tre decenni, per non parlare di quelli abbastanza diffusi verificatisi tra la fine degli anni Sessanta e i primi anni Ottanta, nel periodo convulso della contestazione studentesca ed operaia e dei cosiddetti anni di piombo (abbiamo appreso dopo quasi quarant'anni che c'era un funzionario di polizia specializzato nel torturare detenuti, cui si dava l'affettuoso soprannome di Dottor Tormento). Senza ovviamente poter dimenticare gli episodi di bestiale sadismo ad opera delle nostre forze di polizia verificatisi a Genova nel luglio del 2001 nella caserma di Bolzaneto ed alla Scuola Diaz.

Abbiamo dunque un nuovo reato nel nostro codice penale, il 613 *bis*, accompagnato da un 613 *ter*. Per quanto questi due articoli sembrano colmare un'evidente lacuna, il testo approvato dalla Camera è tutt'altro

* Ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Magna Græcia di Catanzaro.

che soddisfacente. Innanzitutto il reato di tortura è per certi versi banalizzato, giacché lo si rende una condotta criminosa tipicamente tra “privati”. La tortura qui non è quella che si dà specificamente tra un funzionario dello Stato, un “pubblico ufficiale”, e un privato cittadino, laddove il torturatore è il primo e il secondo è il torturato. La tortura così viene annacquata e diffusa. Non è più “ragione di Stato”, o “cosa dello Stato”. È cosa di tutti. Tutti ne sono capaci, e possono esserne responsabili. Il poliziotto o il funzionario dello Stato non è così visto come tipicamente il soggetto di quel reato. Non lo si considera un attore a rischio. Se ne salva, per così dire, l’onore. L’eventualità che il torturatore sia anche un funzionario pubblico è semmai concepita come una “aggravante”. Mentre l’istigazione a commettere tortura è oggetto del 613 *ter*. Sembra mancare la previsione del delitto di minaccia di tortura. Dimenticanza non di poco conto, se solo si ricorda che nei sistemi di antico regime che usavano copiosamente la tortura, l’atto con cui questa si faceva iniziare era la minaccia della tortura accompagnata dalla esibizione degli strumenti, degli arnesi terribili che sarebbero stati impiegati nell’esercizio dell’attività del tormento. A questa banalizzazione della tortura contribuisce anche la collocazione del reato in un certo spazio nell’architettura del sistema del codice penale. La tortura, 613 *bis*, è una sorta di specificazione del reato previsto dal 613: “Stato di incapacità procurato mediante violenza”, che è tipicamente quello che si commette ipnotizzando o narcotizzando o ubriacando qualcuno, ponendolo in stato d’incapacità d’intendere e di volere. Si tratta di un reato contro la libertà “morale” del soggetto. Si assottiglia così l’elemento di crudeltà, la violenza materiale, che è normale nel fatto della tortura, che è invero costitutiva di questa. La tortura sarebbe più prossima alla narcotizzazione, all’ipnotizzazione. Ma vi è un’altra strategia usata da questa nuova legge per banalizzare la tortura. La tortura, secondo il 613 *bis*, sembra

doversi comporre di *più* atti, «se il fatto è commesso con più condotte»; un solo atto di violenza non sarebbe capace di dare luogo alla fattispecie di tortura. Per esempio, una sola scarica elettrica sul corpo di un recluso, per quanto intensa, non sarebbe così tortura. Ce ne vorrebbero delle altre. Ma quante? Due? Tre? Possiamo ben immaginarci l'oscenità di un simile dibattito condotto in un processo dinanzi al giudice. Ad onor del vero va detto che la legge equipara alla commissione dei più atti in questione la condotta che comporti «un trattamento inumano e degradante per la persona». Ma l'ambiguità rimane. E poi il pregiudizio psichico, “verificabile trauma psichico”, causato dalla tortura dovrà essere provato in giudizio da chi se ne lamenta. L'onere della prova ricade sul torturato.

Siamo insomma qui dinanzi ad una delle strategie tipiche adottate in questi ultimi anni per legalizzare la tortura, quella della *ridefinizione*. Si ridefinisce la fattispecie in modo da renderla la meno plausibile e la meno fenomenologicamente frequente possibile. Si dirà per esempio, come hanno fatto gli avvocati dell'Amministrazione Bush Junior, che il pregiudizio fisico provocato della tortura debba essere equivalente alla cessazione di funzionamento d'un organo vitale. Se questo non si dà, coll'imminente pericolo di vita che l'accompagna, non si potrà parlare di tortura. Secondo la nuova legge restano poi fuori dall'area della punibilità «le sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti», che pare un mettere le mani avanti rispetto alla possibile brutalità degli atti di repressione o di detenzione, brutalità che potrebbe allora sembrare legittimata, se non addirittura incoraggiata. Tutto ciò in violazione del dettato costituzionale, segnatamente dell'articolo 13 terzo comma della Costituzione repubblicana che recita: «É punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Significativamente la sola disposizione della Costituzione che prevede una specifica punizione.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

CLAUDIA ATZENI

Brevi riflessioni su un autore controverso a partire da J. F. Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, Laterza, Roma-Bari 2016, pp. 238

CLAUDIA ATZENI*

Brevi riflessioni su un autore controverso a partire da J. F. Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, Laterza, Roma-Bari 2016, pp. 238**

Che l'attenzione su Carl Schmitt non si sia mai sopita, è circostanza testimoniata dall'ampio corredo di riflessioni che, sin dai suoi primissimi articoli, egli ha sollecitato.

La maggior parte degli studiosi che si approccia ai suoi scritti, tiene debitamente conto del fatto che attorno ad esso si sia creata una vera e propria "questione", un "caso", come per tutto ciò che, in ambito giusfilosofico, può vedersi pienamente rientrare nell'alveo dell'«essenzialmente contestabile»¹.

E in effetti non sarebbe così complicato chiedersi se e in che misura le intuizioni di Carl Schmitt possano rappresentare uno strumento utile alla lettura del presente, se non ci trovassimo di fronte a colui che, a ragione, viene correntemente definito *Kronjurist*² del nazismo, avendo contribuito in maniera essenziale alla costruzione dell'edificio giuridico-intellettuale del terzo *Reich*. Nonostante la sua piena adesione al nazismo, manifesta soprattutto negli scritti antisemiti pubblicati tra il 1933 e il 1936, sembrerebbe tuttavia plausibile poter prendere in prestito, in chiave retrospettiva, alcuni segmenti teorici elaborati da Schmitt, al fine di capire se essi possano essere, oggi, ancora maneggiati. Si tratta allora di mettere sotto stress taluni concetti, talvolta depurandoli della retorica che li

* Dottoranda di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ È così che nel volume di J. F. KERVÉGAN *Che fare di Carl Schmitt?*, Laterza, Roma-Bari 2016, è tradotta l'espressione «essentially contested». In Italia, più spesso, nel parafrasare W. G. GALLIE si è preferito ricorrere all'espressione «essenzialmente controverso».

² "Giurista di corte". Si veda P. BARCELLONA, F. CIARAMELLI, R. FAI, *Apocalisse e post-umano. Il crepuscolo della modernità*, Edizioni Dedalo, Bari 2007, p.143.

avvolge, per capire se essi potranno essere, a quel punto, utilizzati in chiave prospettica. L'interrogativo dal quale, dunque, è indispensabile partire è il seguente e lo prenderemo in prestito dal volume di J. F. Kervégan *Che fare di Carl Schmitt?*, edito Laterza e a cura di F. Mancuso, nell'aprile 2016: è possibile fare, degli scritti di Schmitt, un «uso affrancato dalle malsane ossessioni del suo autore»³?

Senza voler in alcun modo giustificare la presa di posizione per tutto ciò che, ben prima del 30 gennaio 1933, Schmitt esprimeva in termini di critica allo stato democratico, è senz'altro vero che egli non fu l'unico a prestare la propria opera al Terzo Reich⁴; di costoro, piuttosto, fu l'unico cui si riconosce una abilità tale da essere oggi definito come «un classico»⁵, ossia un pensatore che è entrato a far parte, a tutti gli effetti, della *Hall of Fame* del pensiero politico⁶.

Seguendo le indicazioni di Kervégan e la sua avvertenza circa l'eclettismo di Schmitt che è «senz'altro segno di ricchezza e varietà, ma anche foriero di tante ambiguità e difficoltà»⁷, teniamo presente che ciò che ne fa un autore particolarmente interessante non è solo costituito dalla massa di materiale pubblicato in occasione e a sostegno del Terzo *reich*, quanto soprattutto ciò che egli scrive prima e durante Weimar, un periodo denso di fatti che renderanno particolarmente feconda la sua produzione letteraria.

³ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 66.

⁴ «Una larga maggioranza di professori universitari tedeschi, giuristi e filosofi [ha] compiuto le stesse ripugnanti scelte (guardandosi però dal proclamarle in modo così eclatante)». J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., pp. X-XI.

⁵ *Ivi*, p. IX.

⁶ R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, University of Wales Press, 1998, p.1.

⁷ Ambiguità che rende la produzione letteraria di Schmitt e soprattutto il celebre *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna 1972, una «opera criptica», J. F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p.5.

Poiché il contesto storico-politico non è mai estraneo al pensiero dell'uomo, anche Schmitt fonda la propria pretesa teorica, che solo successivamente assumerà i contorni di una propria *teologia politica*⁸, tenendo conto degli eventi immediatamente successivi al primo conflitto mondiale: l'occupazione francese della Renania e le pesantissime condizioni imposte dal Trattato di Versailles come pegno, ignominioso, per la sconfitta tedesca; la sfiducia incondizionata nei confronti della Società delle Nazioni e di tutto ciò che avesse a che fare con forme di organizzazioni e di diritto sovranazionale⁹; la condizione esistenziale dell'individuo in uno scenario postconflittuale, disilluso e sfinito; sono tutti elementi che serrano le critiche di Schmitt verso l'esistente e si focalizzano sul nuovo paradigma determinato dalla prima Repubblica tedesca e forgiato sulla Costituzione di Weimar. Non sembra esserci alcun elemento che Schmitt salverebbe della Repubblica di Weimar, perché nessun principio da essa espresso sarebbe in grado di assicurare la tanto agognata pacificazione sociale e la crescita imminente della Nazione. Il Parlamento tedesco, cui si affidava il compito di proporsi come soggetto intermedio tra testo costituzionale e prassi politica, diventa il principale bersaglio tanto delle generazioni più giovani, che nostalgicamente e fedelmente dirigono ancora lo sguardo verso l'idea di Impero, quanto della borghesia liberale e delle *élites* politiche e culturali che opportunisticamente veicoleranno la volontà politica verso un modello di "stato forte" che supererà Weimar e si chiamerà terzo *Reich*. «La critica, venata di irrazionalismo, che la Repubblica non costituisse una "forma di stato" ma solo una "ditta" controllata da partiti e da interessi particolaristici, investiva in pieno anzitutto le istituzioni parlamentari, fatte oggetto di invettive e sarcasmi che avrebbero arricchito il repertorio delle correnti politiche estremiste del

⁸ Si veda P. STRASSER, *La teologia politica di Carl Schmitt*, in *Ordines-Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 2/2016.

⁹ Basti guardare a C. SCHMITT, *Posizioni e concetti. In lotta contro Weimar-Ginevra-Versailles, 1929-1939*, Giuffrè, Milano 2007.

Novecento, ed il parlamentarismo, configurato non come il presupposto irrinunciabile della legittimazione del potere statale, ma come un debole e pericoloso surrogato di una ideale statualità»¹⁰. L'operazione di Schmitt è evidentemente tesa a smantellare l'idea, tipicamente socialdemocratica, secondo cui Stato e società si fondono nella forza della rappresentanza. Si tratta di una operazione nuova che trova terreno fertile nel disagio di una società in crisi e che polemizza contro la debolezza di uno stato pluralistico, esaltando il mito dello stato forte. Uno stato pluralistico il cui stigma sarebbe dato dalla presenza di gruppi di interesse economico, tra loro contrapposti, che lottano per la propria supremazia e che impediscono, di fatto, la formazione di una unità politica sovraordinata. Già nel 1921, ai tempi del suo *Die Diktatur*, Schmitt «was able to identify, for the first time, what would become his main counterrevolutionary weapon. This was not so much a principle or an abstract idea, but a concrete institution inscribed in the very core of his adversary - the Weimar constitution. Schmitt saw in the dictatorial faculties that its article 48 conferred on the *Reichspräsident* a procedure to dilute the revolution's democratic design and to restore the strong authoritarian state that had been gratuitously dissipated by the revolution. When in 1928 he published his *Verfassungslehre*, this was much more than a systematic, scientific treatise on constitutional legislation. In spite of his reassurances to the contrary, his constitutional treatise was also a political tract»¹¹.

Secondo l'analisi di Kervégan sembrano emergere chiaramente, dagli scritti dell'autore, degli elementi precisi. Innanzitutto, la base teorica di quella che potremmo definire come prima fase del pensiero schmittiano, quella decisionista. Non c'è dubbio che l'intenzione di Schmitt risieda nella connessione, per questi necessaria, tra giuridico e politico. Ci sono questioni che effettivamente sono trattate da Schmitt con originalità, in

¹⁰ P. RIDOLA, *La Costituzione di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in AIC, 2/2014, p. 15.

¹¹ R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, op. cit., p.12.

modo particolarmente «ingegnoso»¹² e tra queste c'è senz'altro il ruolo decisivo che egli assegna al politico, inteso come «atto di istituzione dell'ordine e come decisione esistenziale irriducibile a “ragioni”»¹³. Nell'accogliere il politico come il fondamento della formazione del mondo giuridico, Schmitt rompe gli schemi dell'epoca: il rapporto tra Stato e politica era categoricamente escluso dall'analisi teorica della maggior parte dei giuspositivisti i quali, tracciando così il crinale del pensiero dominante della Germania weimariana, consideravano «come un portato decisivo del mondo contemporaneo l'autonomia del giuridico, la sua indipendenza dagli imperativi e dalle sollecitazioni provenienti dalla sfera politica»¹⁴. Diametralmente opposta l'idea di Schmitt, che «vuole distruggere il positivismo giuridico mettendone in luce l'inconsistenza»¹⁵: una «nomocrazia spersonalizzata»¹⁶ a cui Schmitt rimprovera l'assenza di elemento volitivo, o meglio, volontaristico, e dunque incapace di cogliere la decisione dell'autorità come elemento essenziale della forza politica. Schmitt si fa in un certo senso latore di una filosofia del diritto comprensiva, che tiene conto di una teoria della normatività che non tenda all'insularità del diritto, bensì ponga al centro della teoria giuridica un oggetto reso tale dalle influenze del contesto, politicamente connotato, in cui esso vive. Non potrebbe essere diversamente, essendo per Schmitt il diritto pratica tipicamente umana.

È in questo contesto che possiamo collocare la polemica incorsa tra Schmitt e H. Kelsen, contrasto che ha segnato il dibattito giuridico e filosofico della Germania degli anni Venti e Trenta del secolo scorso e che ha catalizzato l'attenzione degli studiosi, nonostante la disputa fra i due

¹² Così, ad esempio, H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino 1999, p.470, n.63.

¹³ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 57.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p.100.

¹⁶ Si veda in tal senso P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino 2016.

non esaurisca certamente quanto sarebbe da dirsi in merito a quegli anni, posto che, come giustamente osservato, esisterebbero «più cose in terra e nella dottrina dello Stato di Weimar di quanto non immagini chi ha per orizzonte questa contrapposizione filosofico-giuridica»¹⁷. Come nota Kervégan, sono molteplici i piani di discussione fra Kelsen e Schmitt, ma due sembrano essere fondamentali: il primo è quello che attiene al controllo di costituzionalità delle leggi ossia, come è noto, il problema relativo a chi debba essere considerato il custode della costituzione, tema a cui è dedicata vasta letteratura; il secondo livello discorsivo è legato invece alla visione dello stato di diritto come espressione di democrazia, idea accettata *in toto* da Hans Kelsen e altrettanto complessivamente rigettata da C. Schmitt. Schmitt è profondamente antidemocratico, ed è antipositivista perché non intende ridurre il diritto a ciò che esso è in quanto tale, ma si avvicina molto a Kelsen nel recidere due possibilità ammettendone esclusivamente una¹⁸. Nota Kervégan: «Come pensare il diritto fuggendo l'alternativa, giudicata ineluttabile tanto da Kelsen quanto da Schmitt, tra normativismo [...] e decisionismo [...]? Ci sono molti modi per rispondere a una siffatta questione, ma è certo che essi presuppongono l'abbandono dello schmittismo unilaterale (come pure, d'altra parte, del kelsenismo unilaterale)»¹⁹. In realtà per Schmitt la scelta è trilaterale: al

¹⁷ P. PASQUINO, *Introduzione* a H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano 1987, p. 4.

¹⁸ Sotto questo aspetto, Schmitt cessa di essere hegeliano: la razionalità dialettica non è, dal punto di vista epistemico, per lui una soluzione. In ordine al rapporto tra Schmitt e l'hegelismo si veda: J. F. KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt- Le politique entre spéculation et positivité*, Puf, 2005; R. CRISTI, *Le libéralisme conservateur. Trois essais sur Schmitt, Hayek et Hegel*, Éditions Kimé, Paris 1993.

¹⁹ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 60.

normativismo e al decisionismo egli accosta ancora l'istituzionalismo²⁰, ultimo approdo teorico dell'Autore a partire dal 1933²¹.

La presa di posizione nei confronti dell'assetto democratico della forma parlamentare²² che, nonostante le proprie criticità, rappresentava una delle maggiori conquiste sancite dalla Costituzione di Weimar all'indomani della caduta dell'impero tedesco, informa pienamente l'elaborazione schmittiana già a partire dal 1928. Per poter portare avanti una «critica della degenerazione “pluralistica” del parlamentarismo»²³, Schmitt muove dalla considerazione che lo stato democratico sia incompatibile con lo stato liberale, lui che ripudia quella forma di liberalismo che sia espressione politica della socialdemocrazia, quella che, scrive provocatoriamente Schmitt, alla domanda «Cristo o Barabba», risponderebbe «con una proposta di aggiornamento o con l'istituzione di una commissione d'inchiesta»²⁴. Il fatto che attraverso i dettami del costituzionalismo liberale la detenzione del potere potesse estendersi, per il tramite dell'esercizio rappresentativo, anche a gruppi di interesse che esulassero dagli schemi di censo e cultura, *desiderata* tipicamente espressi dalla borghesia tedesca, risultava del tutto svantaggioso nell'ottica di

²⁰ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, op. cit.

²¹ In realtà l'istituzionalismo appare come elemento che entra in commistione con il decisionismo: «L'arma teorica che Schmitt oppone al suo nemico di sempre, il normativismo liberale, è una combinazione flessibile di decisionismo e istituzionalismo», J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 17.

²² «Schmitt's reform proposal assumed that contemporary parliamentarism was facing a crisis due to a betrayal of its original ideals. The institution devised by classical liberals had been defiled by the prevalence of democratic ideals. The segregation and inflection of parliament's liberal essence was mandatory. As a genuinely liberal institution, parliament ought to limit and control democracy's overwhelming leverage. By opening the door to democracy, the Weimar constitution had introduced an ambiguity which now eroded parliamentary practices and weakened the state», R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, op. cit., p. 83.

²³ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 9.

²⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, op. cit., p. 82.

costituire un processo politico omogeneo. Il parlamento, espressione ormai eterogenea di «gruppi economici e sociali in antagonismo»²⁵, non consentirebbe più quella perfetta identità di «dominanti e dominati, dei governati e governati»²⁶ e allo stesso tempo la legge cesserebbe di essere scettro di una «superiore unità statale», nonché «strumento costitutivo dell'unità politica»²⁷.

È evidente la polemica di Schmitt con la democrazia, della quale egli fu nemico²⁸: la scelta che lo stato di diritto compie nel momento in cui accetta di incarnare principi liberali, primi fra tutti il principio della maggioranza e quello di uguaglianza, attribuendo loro veste giuridica, non sarebbe privo di conseguenze sul piano politico. Per Schmitt lo Stato non può prescindere dall'essere una istituzione politica, prima ancora che giuridica: non esiste uno stato giuridico razionale che si faccia portatore unico della decisione senza essere condizionato dalla politica stessa. Nello stato di diritto la legge, sino a quel momento arma di difesa dei ceti medi avverso la prepotenza monarchica, diventa potenziale strumento di difesa delle classi subalterne a tutela dei propri interessi, politici ed economici, nei confronti del potere e degli stessi ceti medi, minacciandone evidentemente le consolidate conquiste censuali: «Servendosi della legislazione, la parte economicamente debole tenta di condizionare quella parte che è invece economicamente forte, costringendola a realizzare opere sociali sempre più impegnative o addirittura espropriandola»²⁹. Il pluralismo chiude le porte alla «eguaglianza degli uguali»³⁰, non consente

²⁵ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, op. cit., p. 78.

²⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, p.417.

²⁷ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, op. cit., p. 79.

²⁸ Si veda P. STRASSER, *La teologia politica di Carl Schmitt*, op. cit.

²⁹ H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?*, pubblicato per la prima volta in *Die neue Rundschau*, Fischer Verlag, Berlin 1929, pp.721-735, trad. it. di U. POMARICI, *Stato di diritto o dittatura e altri scritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 46.

³⁰ «When Schmitt presented his project to the *Langnamverein* of Rhineland industrialists, the 'total state' was still identified with the 'pluralist democracy' of Weimar,

più l'identificazione della collettività di appartenenza e l'esclusione di coloro i quali non ne facciano parte. Leggendo le parole di Schmitt, ci troviamo ad un passo da ciò che, dagli anni Trenta sino al secondo conflitto mondiale, si tradurrà nella retorica della razza.

La debolezza della Repubblica di Weimar si scontrerebbe con il bisogno diffuso di stato forte: ciò che Weimar rappresenta, agli occhi di Schmitt, non è uno stato forte, uno stato totale «per qualità ed energia»³¹ quanto piuttosto uno stato totale che, pur tuttavia, non riuscirebbe ad attenersi ai propri compiti, né a perseguire degli obiettivi. Uno «stato totale per debolezza»³² che disvela la Germania ai tempi di Weimar come una «democrazia imbrigliata dalle contraddizioni che le impediscono di

a state penetrated by a variety of social groups, including the organised working class, all of which trying to make it serviceable to their particular interests. To Schmitt, this state was a weak state even it might have looked strong on account of its omnipresence and its deep interpenetration with society and economy. From the perspective of the latter, such interpenetration entails an ever-present danger of a 'distortion' of market outcomes in the name of democratic-popular—today one would say: populist—concepts of 'social justice', detracting from efficiency as well as curtailing basic rights of property. The 'total state', that is to say, is in Schmitt's dictionary of 1932 nothing else than the democratic, or more precisely, socialdemocratic interventionist welfare state. It is not yet the Behemoth,³ then waiting in the wings, the fascist total state, the *Führerstaat* with its *Neuordnung der Wirtschaft*, its Five-Year Plans, and its war economy—the total state preparing for total war and taking its economy into its own hands, at least for the time being», W. STREECK, *Heller, Schmitt and the Euro*, in *European law journal*, 3/21, 2015.

³¹ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 78.

³² «For Schmitt and the ordoliberalists, unlimited mass democracy tends towards the development of a state of pure quantity, which is the democratic welfare state of Weimar. The state of pure quantity is a totally weak state. It is unable to distinguish between the 'friends' of liberty and its 'enemies'. The totally weak state is the totally responsible state. It is characterized by political 'overload' and is unable to govern society on the basis of liberal principles. It is a state without political quality because mass society governs through the state and asserts its demands for social equality and material security as a democratic equal», W. Bonefeld, in *Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro*, in *Critical Sociology*, 1–15, 2016, p. 3.

assumere decisioni concrete e la riducono alla gestione, mediante lo “stato sociale”, delle aspirazioni egoistiche di un gruppo sociale frammentato»³³; uno stato plurale che rischia di implodere per la propria incapacità di riconoscere ciò che è altro da sé, ciò che è nemico. È nella distinzione amico-nemico che secondo Schmitt risiede l'essenza del politico. Si è molto discusso attorno a questo concetto, che non sarebbe un inedito di Schmitt: scrive Kervégan che un concetto molto simile fosse già stato esplicitato da un esponente del *tacitismo* spagnolo del Diciassettesimo secolo, Alamo de Barrientos. Si tratterebbe di concetti identici che porrebbero Schmitt in quella linea di continuità con Machiavelli da lui spesso rivendicata³⁴. Altrove, tuttavia, Schmitt afferma che il politico non abbia in realtà una vera e propria essenza³⁵, o meglio, che essa non sia pienamente inquadrabile in un concetto definito, benché il politico abbia progressivamente adottato lo Stato come oggetto privilegiato della propria cornice. Tutto può rientrare, attraverso un propria definita rappresentazione, nel politico: potrebbe dunque rientrare nella nozione dello stesso ogni altra «sostanza», ogni aspetto «delle sfere della vita associata all'uomo (l'economia, la cultura, l'arte, la religione, etc.) per farne la base, il luogo della decisione “esistenziale” mediante la quale una comunità definisce se stessa»³⁶. Il rapporto amico-nemico³⁷ è collocato da Schmitt in una dimensione ampia. Tanto la filosofia politica, quanto la

³³ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 17.

³⁴ *Ivi*, pp. 6 ss. Che tra tacitismo e ragion di stato machiavellica possano trovarsi delle analogie è attestato da diversi scritti in materia, si veda ad esempio D. CARUSO, *Tacitismo e ragion di Stato nella riflessione politica di Giulio Cesare Capaccio*, in S. SUPPA (a cura di) *Tacito e tacitismo in Italia da Machiavelli a Vico. Teoria e storia della ragion di Stato*, Archivio della ragion di Stato, Napoli, Quaderno 3, 2003 pp. 113-128; M. Caravana, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2012.

³⁵ C. SCHMITT, *Posizioni e concetti*, op. cit., p.229.

³⁶ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 7.

³⁷ C. SCHMITT, *Il concetto di “politico”*, in *Le categorie del politico*, op. cit.

teoria del diritto, si fondano su una visione ottimistica dell'idea di pace e politico: la guerra è un elemento centrale per Schmitt, non soltanto da un punto di vista strettamente cronicistico, ossia perché contingentemente si avverte l'imminenza di possibili conflitti fra diverse sovranità, ma proprio per il ruolo che essa gioca all'interno della analisi teorica, tanto del diritto quanto della politica. È estremamente attuale ciò che Schmitt intuì allora, ossia che non può esservi amicizia tra chi minaccia la propria sovranità e la sicurezza: «La politica- scrive Kervégan a proposito del contesto geopolitico venutosi a creare all'indomani dell'11 settembre 2001- non ha nulla a che vedere con l'amicizia»³⁸.

Tra il 1937 e fino ai primi anni successivi alla caduta del regime nazista, l'attenzione che fino a quel momento Schmitt aveva indirizzato alla teoria dello stato e al diritto pubblico si amplia ad una dimensione sovranazionale. La critica al contesto già istauratosi negli anni di Weimar, che già aveva fatto maturare in lui il bisogno di superare lo Stato, almeno inteso in senso legislativo, per giungere alla necessità del Reich, lo porterà ad interessarsi di geopolitica e talassocrazia. Non possiamo sapere se il superamento dello Stato in virtù dell'affermazione di una forza dittatoriale indubitabilmente concentrata nelle mani di un unico individuo è auspicato dall'autore in chiave funzionalista, per soddisfare e suffragare le volontà del *führer*.

Tuttavia, al di là degli scopi, ciò che appare estremamente interessante è la tesi egli costruisce attorno al diritto internazionale a partire dal concetto di guerra.

Tra il 1600 e il 1700 elemento contraddistintivo della guerra, oltre all'assenza di motivi religiosi, è il carattere non discriminatorio della stessa. Si tratta di una condizione destinata a rovesciarsi nel XX secolo, in particolare a partire dalla Dichiarazione di Wilson: con essa, viene riesumato il concetto di «guerra “discriminatoria” che demolisce il postulato della parità giuridica dei belligeranti: vi sono quindi, di nuovo,

³⁸ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., pp 37 ss.

dei “nemici ingiusti”»³⁹. Lo spazio è il luogo in cui si gioca la vera sfida del politico ed è sulla conquista dello spazio che si edifica lo *ius publicum europaeum*. La caratteristica dell'Europa è, tuttavia, quella di essere essenzialmente pluralistica: più sovranità sono chiamate a comporre il nuovo mondo. E poiché ciascuna di esse gode, in astratto, del medesimo potere di tutte le altre, i rapporti tra esse si tradurranno in rapporti di forza, destinati a sfociare in conflitti armati. Tuttavia, venendo meno l'elemento teologico, che sino a quel momento aveva determinato i maggiori conflitti tra potenze europee, la guerra tra Stati si configurerà come una sorta di «duello» tra «Stati ugualmente sovrani, unici giudici della giustizia delle loro cause e di conseguenza forzati a riconoscersi reciprocamente come “nemici” giusti, ossia giuridicamente uguali o pari»⁴⁰. Questa condizione comincia a vacillare nel momento in cui si appresta a nascere quello che apparirà come declino della sovranità. Così cambierà il *nomos* della terra e si configurerà una posizione globalista, che Schmitt criticherà con forza: «La riabilitazione dell'elemento tellurico costituisce un capitolo fondamentale, insieme all'interpretazione storico-filosofica della modernità statale (*Staatlichkeit*) vista come epoca delle grandi neutralizzazioni (*Neutralisierung*), della critica dello Stato e del diritto. L'elemento tellurico, fattore di libertà politica che non solo santifica le talassocrazie, ma anche gli uomini delle nazioni continentali, diviene in Schmitt la condizione di ogni critica dell'universalismo giuridico e politico, così come di una adeguata comprensione dello Stato e della Forma politica, erede designata nel Grande spazio»⁴¹.

L'idea, assolutamente condivisibile, che attraversa il bel volume di Kervégan è quella di considerare indispensabile il contributo all'analisi del diritto che Schmitt ha fornito. Indipendentemente dall'interesse che esso ancora suscita- ciò potrebbe valere come punto di partenza ma non come

³⁹ J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, op. cit., p. 29.

⁴⁰ *Ivi*, p. 32.

⁴¹ J. MOLINA, *Carl Schmitt e la componente tellurica*, in *Behemoth*, 37/2005, p.13.

approdo di un percorso che si interroghi circa l'utilità che dalla sua reinterpretazione possa scaturire- Schmitt ha ancora qualcosa da dire in termini di metodologia. Potremo liquidare la sua analisi come una descrizione cronistorica, rifiutandone dunque la costruzione teorica e le sue osservazioni, perché in esse vedremo lo spettro di una giustificazione ben argomentata di un regime antidemocratico; oppure potremo scorgere nelle sue parole fondamenti reali della teoria politica: usando le sue parole come lenti attraverso cui guardare la *nostra* geopolitica, potremmo scoprirci spettatori di un diritto da esso già tematizzato e vigente in un contesto geopolitico molto simile ad allora: la guerra, la teologia secolarizzata dei concetti inerenti allo Stato, la normalizzazione dell'eccezione, la crisi permanente, il rapporto tra stato forte ed economia sana. Siamo, dunque, debitori delle intuizioni schmittiane? La risposta è sì, se ci sforziamo di costruire le nostre riflessioni partendo dalla riformulazione «delle nostre domande, mostrando ad esempio che un'ampia riflessione sulla normatività (giuridica) deve considerare l'argomento decisionistico [...] e sforzarsi di farlo dialogare col suo *pendant* normativistico»⁴².

⁴² J. V. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, cit., p. 223.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

JEAN-YVES CHÉROT

Le scepticisme dans le discours normatif

JEAN-YVES CHÉROT*

Le scepticisme dans le discours normatif**

SOMMARIO: 1. *Introduction*; 2. *Le renouvellement du défi du scepticisme - Wittgenstein - Qu'est-ce suivre une règle?*; 3. *Une leçon wittgensteinienne dans la théorie du droit ? Forces et faiblesses de la résistance au scepticisme dans le discours du droit chez Hart*; 4. *Une lecture (partiellement) wittgensteinienne de Dworkin.*

1. Introduction

Je vous dois un grand merci pour cette invitation à l'Université Magna Graecia de Catanzaro et pour l'occasion qui m'est ainsi donnée de reprendre une ligne de recherche centrale pour la théorie du droit. La question du scepticisme sous ses diverses formes est un puissant stimulant pour la recherche dans les sciences morales et dans le droit. Comme l'a remarqué un auteur (Christopher L. Kutz, « Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law », *Yale Law Journal*, vol 103, 1993-1994, p. 997) le désespoir du scepticisme est souvent un nécessaire point de départ de la recherche, mais le point final de l'enquête philosophique n'est plus le scepticisme, mais une nouvelle compréhension de la « certitude » et une nouvelle possibilité pour la connaissance. Christopher Kutz parlait ici de Descartes et du désespoir originel qu'il confie au début de sa seconde méditation, la possibilité qu'il ne soit en train de rêver ou pire encore

* Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille.

** Pubblichiamo il testo della conferenza svolta il 14 marzo 2013 nell'ambito delle attività didattiche del Dottorato in "Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo".

la possibilité qu'un démon puisse tromper tous ses sens. Nous pourrions dire la même chose du désespoir sceptique dans lequel nous plonge Wittgenstein avant de nous orienter vers des pistes vers la certitude.

Il y a plusieurs formes de scepticisme en ce qui concerne le discours normatif (j'entendrai par discours normatif à la fois le discours normatif au sens le plus strict le discours sur les normes et à partir des normes et le discours normatif dans un sens plus large de discours sur les valeurs, les principes). Pour reprendre une distinction que fait Dworkin on peut distinguer des formes de scepticisme externe (externe à la morale et au droit) et des formes de scepticisme interne. Le scepticisme externe est celui qui est professé non par un exposé moral ou un exposé juridique depuis la pratique de la morale ou du droit, depuis un jugement moral ou un jugement de droit, mais un scepticisme professé depuis un point de vue métaphysique, ontologique, du point de vue de la méta-éthique, c'est-à-dire d'un discours sur les discours de la morale et du droit.

Les théories du scepticisme en ce qui concerne la morale sont nombreuses. On retiendra celles qui dans le cadre de l'empirisme logique du cercle de Vienne considère que seules les jugements qui se rapportent à des faits du monde extérieur et perceptibles par les sens (les énoncés synthétiques), conjointement avec des énoncés dits analytiques qui sont considérés comme étant vrais par construction, sont susceptibles d'être dits vrais ou faux et que les énoncés relatifs aux évaluations morales sur le bien n'ont tout simplement pas de sens. S'ils ont un sens, c'est qu'ils sont réduits à un fait observable : l'expression d'une émotion, d'un ordre, d'un souhait. Le scepticisme est un réductionnisme (« expressivisme »).

Le scepticisme interne se distingue parce qu'il est encore un jugement du point de vue moral de premier rang. Par exemple, le sceptique dira qu'il n'y a pas de réponse correcte à la question morale de savoir si c'est un bien ou un mal du point de vue éthique que recourir à une interruption de grossesse ou si la loi autorise l'interruption de grossesse. Nous devons distinguer ce jugement qui est un exemple de scepticisme interne à la morale avec le scepticisme externe prononcé d'un point de vue, non de la morale, mais d'un point de vue métaphysique et qui déclare que tout jugement moral n'a pas de sens ou qu'il n'est que l'expression de nos émotions. Se sont maintenant des jugements d'indétermination sur des questions morales ou sur des questions de droit (et on sait l'importance que peut prendre la question de l'indétermination du jugement en droit) qui sont maintenant envisagées. Par exemple, dès lors que la Cour suprême des Etats-Unis a jugé par une décision de 5 voix contre 4 sur la question de savoir si les citoyens avaient le droit de détenir des armes de poing à la maison (*District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 128 S. ct 2783(2008)), de nombreux juristes font valoir qu'il y a des arguments de droit des deux côtés et ils sont tentés d'ajouter que ce serait une erreur de penser qu'il y a une réponse exacte en droit à une telle question.

Comme le dit encore Dworkin les formes du scepticisme interne sont nombreuses :

Scepticisme par la croyance morale que rien n'est interdit dans certaines matières.

Scepticisme en raison de l'indétermination du jugement moral ou juridique dans certains cas.

Scepticisme en raison du fait de conflits insurmontables entre des normes morales.

On notera que c'est autour de ce qui est chez Dworkin désigné comme scepticisme externe que le débat philosophique majeur a été mené avec la recherche du dépassement de l'« expressivisme » et la recherche de la signification objective des jugements moraux ou en droit.

2. Le renouvellement du défi du scepticisme - Wittgenstein - Qu'est-ce suivre une règle ?

La question du scepticisme a été retravaillée et elle est présentée désormais de façon entièrement différente depuis les *Recherches philosophiques* de Wittgenstein¹. L'idée est de dépasser les différentes formes d'énoncés tels que présentés par l'empirisme logique (et notamment la distinction entre énoncés synthétiques et énoncés analytiques et énoncés descriptifs et énoncés évaluatifs), de renoncer à l'empirisme atomique (holisme). Il ne s'agit plus de chercher les conditions de vérité, mais les conditions de justification ou les conditions d'emploi correct du langage et plus généralement les conditions de réussite dans le langage.

voir Saul Kripke

C'est sur ce nouveau terrain que réapparaît la question du scepticisme sous une forme subtile et déroutante.

¹ Les recherches philosophiques sont l'objet d'une attention constante et d'interprétation en philosophie (Kripke, MacDowell, Brandom) et elles inspirent aussi la théorie du droit (chez Hart, mais aussi chez Brian Bix, chez Dennis Patterson, M. Klatt, le néo-institutionnalisme).

Wittgenstein présente un paradoxe. Si le langage semble fonctionner à partir de règles d'emploi des mots, les règles ne peuvent pas expliquer la capacité des locuteurs d'utiliser les mots dans les différents contextes dans lesquels ils doivent être projetés ni ne justifient nos jugements sur l'applicabilité des concepts. Plus précisément, rien dans les emplois des mots et des concepts dans le passé ne permet de projeter l'emploi des mots et des concepts dans les situations nouvelles.

Les règles elles-mêmes sont inertes ; elles manquent d'un mode spécifique pour leur application. Expliquer le langage d'après les règles d'usage des mots et l'explication du langage comme étant le fait de suivre une règle laisse inexplicé comment les règles elles-mêmes sont saisies et appliquées.

Wittgenstein souligne qu'un nombre infini de règles pourrait rendre compte de n'importe quel ensemble d'usages de nos mots dans le passé.

§201, premier alinéa RP : « Notre paradoxe était celui-ci : Une règle ne pourrait déterminer aucune manière d'agir, étant donné que toute manière d'agir peut être mise en accord avec la règle. La réponse était : Si tout peut être mis en accord avec la règle, alors tout peut aussi la contredire. Et de ce fait, il n'y aurait donc ni accord, ni contradiction ».

Qu'est qui peut permettre de juger qu'une action suit une règle ou qu'elle est correcte en vertu d'une règle ?

Voilà dit Wittgenstein le cas d'un homme « pour qui il serait naturel de réagir à un geste ostensif de la main, en regardant dans la

direction qui va du doigt au poignet, au lieu de regarder dans la direction inverse ».

A quoi sera servirait-il de lui dire, mais tu ne comprends pas la règle. A quel fait, à quelle entité faire référence. Suffit-il de dire : mais c'est comme cela que l'on a toujours fait ? Comment fonctionne-t-on avec les règles ?

Wittgenstein avance alors des réponses passionnantes mais ouvertes, qui sont autant de défis pour le sceptique

La forme de dialogue de la réponse de Wittgenstein nous invite à suivre plusieurs pistes.

§201, 2^{ème} alinéa RP : Le paradoxe reposerait sur une méprise : « Qu'il y ait une méprise est montré par le simple fait que dans cette argumentation, nous alignons interprétations sur interprétations ; comme si chacune nous apaisait, du moins un moment, jusqu'à ce que nous en envisagions une autre qui se trouve derrière l précédente. Ainsi montrons nous qu'il y a une appréhension de la règle qui n'est pas une interprétation, mais qui se manifeste dans ce que nous appelons « suivre la règle » et l'enfreindre » selon les cas de son application.

§202 RP : C'est donc que « suivre la règle » est une pratique.

§217 : « Comment puis-je suivre une règle ? ». Si la question n'est pas causale, elle porte sur ce qui me justifie à agir de telle manière d'après la règle. Dès lors que j'ai épuisé les justifications, j'ai atteint le

roc dur, et ma bêche se tord. Je suis alors tenté de dire : « C'est ainsi justement que j'agis »

voir aussi § 218, 219, 220, 221 (dialogue interne)

§222 « La ligne me suggère comment je dois avancer ». Mais ce n'est naturellement qu'une image. Et si je juge que la ligne me suggère ceci ou cela d'une façon pour ainsi dire irresponsable, je ne dirai pas que je l'ai suivie comme une règle ».

Comment comprendre alors au §199 : « suivre une règle, transmettre une information, donner un ordre, faire une partie d'échecs sont des coutumes (des usages, des institutions) ».

Toutes ces réponses sont des défis.

Diverses interprétations

Ni régularisme ni régularisme (MacDowell, Brandom)

La solution sceptique de Kripke

L'interprétation intersubjective

Comme le dit C. Kutz, notre conception de ce c'est que d'utiliser les mots correctement doit s'adapter au défi de Wittgenstein. Il serait trop rapide de conclure que le défi sceptique élimine complètement la rationalité des pratiques linguistiques.

Car la conclusion sceptique que la correction linguistique n'est pas plus qu'une conformité brute à un usage semble confondre les conditions d'utilisation avec l'usage lui-même. Même si une

conformité avec une pratique commune est nécessaire pour garantir la régularité du système de communication, il ne s'ensuit pas que tous les aspects du système doivent révéler les mêmes sortes de régularités irréfléchies.

Comme certains l'ont fait, il est possible de conclure à partir des arguments de Wittgenstein que la normativité et la rationalité sont réservées et non éliminées à travers l'appel à des modèles naturels d'affect et de réaction que Wittgenstein appelle nos « formes de vie ». Pour cela, il n'y a pas de raison de penser que les habitudes qui fondent nos activités de pensée, nos arguments et nos recherches sont elles-mêmes incompatibles avec une réflexion rationnelle et une justification. Sans une conformité simple dans quelques actes de jugements les communications humaines serait sans doute impossible, mais nous pouvons éviter la conclusion sceptique que les communications ne sont rien d'autres qu'une conformité simple. Il doit y avoir un accord sur quelques usages de mots pour qu'il puisse y avoir un désaccord sur leur application dans un contexte nouveau. Morawetz a mis l'accent sur le fait que le désaccord et la discussion présuppose un degré d'accord et de conformité (« Understanding Disagreement, the Root Issue of Jurisprudence », *U. PA. L. Rev.* 371, 1992, p. 383 et Morawetz, « The Epistemology of Judging : Wittgenstein and Deliberative Practices », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, july 1990, 35).

Selon Kutz, les arguments de Wittgenstein créent la possibilité réelle d'un désaccord rationnel là où la conformité sans réflexion semble inadéquate. Souvenons-vous que dans le modèle contesté du langage comme règle, l'applicabilité d'un mot est regardé comme une question de vérité ou d'erreur dont la valeur de vérité est déterminé

par la règle d'usage. Dans un tel modèle, le désaccord sur l'usage peut que révéler que au moins l'une des parties au désaccord a manqué de saisir la règle correctement. Dans une conception Wittgenstenienne cependant où les règles de réflexion manquent de déterminer l'applicabilité du mot, la raison peut et doit suppléer pour guider l'emploi du mot. Les parties à un désaccord sur l'usage du langage doivent donc regarder les techniques d'argument et de persuasion pour fonder leurs différentes positions. De plus, une conception selon Wittgenstein du langage ouvre la possibilité de la critique idéologique d'une façon que la conception traditionnelle du langage fermait. Un examen philosophique et pratique du langage doit nus libérer des liens de l'habitude quand ces habitudes sont mises de côté et transformées par la réflexion.

Kutz conclut que loin de montrer la futilité des engagements argumentatifs, l'examen des indéterminations linguistiques montre que de tels engagements sont nécessaires. L'indétermination sémantique ne doit pas nous rejeter dans un tourbillon de désespoir.

3. Une leçon wittgensteinienne dans la théorie du droit ? Forces et faiblesses de la résistance au scepticisme dans le discours du droit chez Hart

On ne peut pas ne pas placer Hart au cœur de nos analyses. Il a montré la bonne direction. Ses faiblesses sont certainement dans la préoccupation de resserrer la théorie du droit à une pure analyse conceptuelle.

Ce qui est fondamental d'abord chez Hart, c'est le rejet de la théorie impérativiste du droit des positivistes anglais du XIXème siècle. Le

droit n'est pas dans les ordres du souverain habituellement obéis par les sujets ; Le droit e tant que norme ne peut être réduit ni à l'expression d'un ordre, ni à une habitude de comportement d'obéissance. C'est à la fois le rejet de l'empirisme et une forme de réponse au défi du scepticisme chez Wittgenstein : suivre une règle n'est pas une simple régularité².

Deux choses sont encore importantes :

a) Le droit n'est pas composé que de règles qui créent des obligations. Il est constitué de règles qui confèrent des pouvoirs, les règles qui permettent elles-mêmes la création d'obligations. Le droit est dans l'union des deux types de règles que Hart appelle l'Union des règles primaires et secondaires. Il y a là une référence à la théorie des actes de langage chez Austin et chez Searle. un acte de langage est réussi lorsqu'il est adopté dans le cadre de règles de convenance qui lui donne son sens. Les règles secondaires s'opposent aux règles primaires comme les règles constitutives s'opposent chez Searle aux règles régulatrices.

b) Les règles secondaires et primaires ne peuvent fonctionner, chez les officiels du moins, non par elles-mêmes, de façon mécanique,

² On notera que Kelsen a cherché à distinguer la signification subjective du droit comme acte de volonté et sa signification objective. La signification objective de l'acte de volonté résiderait dans un « schéma d'interprétation » dans lequel l'acte es adopté et qui lui donnerait sa signification objective (voir les premières pages de la Théorie pure du droit). Mais si Kelsen était parti dans une bonne direction (anticipation de la théorie des actes de langage), la théorie pure du droit ne permet pas de surmonter les contradictions du normativisme.

mais en vertu d'une règle sociale. Les règles fonctionnent en vertu d'une régularité dans leur application qui est elle-même reconnue comme un critère à projeter dans l'avenir e, vertu d'une acceptation. Voici comment Hart présente, à la façon qui ressemble au paradoxe de Wittgenstein, le défi des théories sceptique des réalistes américains. « Le scepticisme relatif à la nature des règles a sérieusement droit à notre attention, mais uniquement en tant qu'il constitue une théorie relative au fonctionnement des règles au niveau de la décision judiciaire. (.....) Il se peut que les juges agissent avec une régularité prévisible et une uniformité suffisante pour permettre à d'autres, après de longues périodes, de vivre sous l'empire des décisions des tribunaux considérées comme des règles. Les juges peuvent éprouver des sentiments de contrainte lorsqu'ils prennent des décisions comme ils le font, et il se peut également que ces sentiments soient prévisibles ; mais au-delà de ce phénomène, il n'y a rien que l'on puisse caractériser comme une règle qu'ils observent. Il n'existe rien que l'on puisse caractériser comme des critères d'un comportement judiciaire correct, et, par conséquent, rien dans ce comportement qui manifeste le point de vue interne qui caractérise l'admission de règles ».

Voici comme il y répond sur un mode aussi Wittgenstenien : Hart admet que dans la pratique judiciaire le raisonnement judiciaire effectif ne soit pas nécessairement un raisonnement de type déductif. Il admet encore que la décision judiciaire formelle peut très bien retranscrire a posteriori la décision d'une façon formellement déductive dans laquelle une règle est présentée comme la cause de la décision. Mais ce n'est pas parce que la décision est prise effectivement de façon intuitive sans passer par un examen formel des règles, que les règles ne sont pas effectives. Les juges peuvent

fonctionner de façon intuitive parce qu'ils connaissent le droit et qu'ils en ont intégré les solutions, et ils seraient capables si on les interrogeait de donner les raisons de leur raisonnement de façon très précise par référence à des règles.

La présence d'une « coutume judiciaire », d'une règle sociale implicite qui permet d'assurer la compréhension des règles est exprimé par Hart autour de la notion de règle de reconnaissance qui est à la fois une régularité de conduite dans le jugement en droit et une acceptation des critères et des méthodes utilisées pour juger en droit et qui de ce fait permet de projeter l'application du droit dans l'avenir.

Dworkin a adressé une critique virulente à la théorie de Hart et notamment à la théorie de la règle sociale et de la règle de reconnaissance. Il ne serait pas erroné de présenter cette critique comme une critique adressée à ce qui serait de la part de Hart une très insuffisante réponse au défi lancé par le scepticisme en droit.

Pour Dworkin, la règle de reconnaissance serait d'une part une simple pratique sous la forme d'une régularité – avec une confusion donc entre règles et régularité – et elle fonctionnerait en tant que règle sur la base d'un consensus de convention, c'est-à-dire comme une convention de coordination : les officiels suivraient la règle de reconnaissance et celle-ci s'imposerait à eux (sa force obligatoire) que parce que les raisons de la suivre sont les raisons de suivre une convention de coordination : celle-ci rend un service essentiel car elle permet de coordonner les conduites ; la raison de la suivre serait qu'elle est suivie par les autres et que c'est en raison du « consensus de convention » pour reprendre les termes de Dworkin quelle serait

suivie (Dworkin oppose les « consensus de convention » des « consensus de conviction »).

Par ailleurs, sur ces bases, Dworkin observe que la règle de reconnaissance ainsi comprise ne permet pas d'assurer cette coordination puisqu'elle ne remplit pas son rôle de déterminer la façon dont les règles de droit doivent être appliquées du fait de l'existence de ce qu'il appelle le désaccord théorique en droit.

Les positivistes chercheraient à minimiser le désaccord en droit d'une part en limitant les cas difficiles aux seuls hypothèses assez exceptionnelles où il n'y a pas de détermination de la solution en vertu de la règle de reconnaissance et en donnant du désaccord une analyse erronée car pour eux le désaccord ne serait pas un désaccord sur le droit puisqu'il n'existerait que précisément lorsqu'il n'y aurait pas de droit.

La critique de Dworkin est très intéressante sur bien des points. Il faut lui savoir gré d'avoir mis au cœur de la philosophie du droit la question du désaccord en droit. Cependant la théorie de Hart est plus ouverte et plus intéressante que celle que l'on peut lire à travers les déformations que lui fait subir Dworkin.

Hart n'a pas regardé la règle de reconnaissance comme une convention de coordination et comme le résultat d'un consensus de convention. Il a bien évoqué dans *The Concept of Law* le fait que les officiels pourraient suivre la règle de reconnaissance comme règle sociale parce que d'autres officiels le feraient, mais en mentionnant d'autres hypothèses et dans le but en réalité de montrer que ce n'était que des hypothèses sans importance pour sa théorie du droit en marquant ainsi le fait que pour lui la théorie du droit n'a pas à

s'intéresser aux raisons qu'il y a de suivre la règle de reconnaissance. Il suffit de la constater (voir la démonstration de la part de Julie Dikson, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 2007, p. 373).

Hart n'a pas non plus prétendu que la règle de reconnaissance en tant qu'elle était une règle de détermination des critères de validité des règles en tant que règles de droit mettait fin à tout désaccord. Il a par ailleurs dans la discussion avec Dworkin admis que cette règle pouvait renvoyer comme critères de validité à des critères renvoyant à des notions de nature morale qui sont par nature des concepts controversés. Il regarde finalement la règle de reconnaissance comme un minimum de ce que permet par ailleurs de gérer les désaccords car il ne eut y avoir de gestion des désaccords sans un minimum d'accord. Dworkin ne dit pas autre chose par ailleurs lorsqu'il définit dans *Law's Empire* son propre « concept » de droit.

Le fait est que Hart a laissé la théorie du droit au milieu du gué. Son travail est plus une analyse conceptuelle qu'une théorie pratique sur l'argumentation et le raisonnement juridique (bien qu'il ait aussi abordé de façon intéressante une théorie du raisonnement juridique et qu'il a été parmi les premiers à utiliser ce terme).

On peut supposer que Hart avait bien compris Wittgenstein et qu'il savait que derrière l'idée d'une convention sociale et d'une coutume judiciaire implicite tenant compte de la signification objective du concept de droit, il y avait une « forme de vie », un « tourbillon » et donc aussi un appel à une philosophie politique. Mais il n'a pas souhaité faire le lien entre théorie du droit et philosophie politique pour des raisons qui restent encore discutée (du fait d'une position

méthodologique de type positiviste ou au contraire du fait d'un point de vue engagé de philosophie morale et sa volonté affichée de marquer la différence entre l'obligation juridique et l'obligation morale ?).

4. Une lecture (partiellement) wittgensteinienne de Dworkin

Les choses changent fondamentalement avec Dworkin.

A. – *L'affrontement avec le scepticisme externe*. D'une part, il affronte, avec un nouvel argument qu'il veut décisif et qui constitue la marque centrale de son œuvre, le scepticisme externe, c'est-à-dire comme on l'a dit le scepticisme de type métaphysique ou méta-éthique qui n'est pas un scepticisme fondé sur des arguments internes au discours de la morale. L'argument est le suivant : on ne peut juger de la morale en se plaçant au dessous et en dehors de la morale. C'est le refus de ce placer d'un point de vue extérieur pour comprendre la morale. Parce qu'Archimède avait évoqué un point de vue extérieur (« donnez-moi un point d'appui et je soulèverai le monde ») Dworkin évoque une approche « Anti-Archimedean » qu'il présente comme l'idée centrale de toute son œuvre (voir *Justice for Hedgehogs*, 2011)³.

La théorie dworkinienne passe par la dénonciation de ce qu'il appelle le "scepticisme externe" ou métaphysique qui serait sans signification, voire absurde et, pour saisir son argumentation, il propose de retenir une différence entre ce "scepticisme externe" et ce qu'il appelle par ailleurs le "scepticisme interne". Le scepticisme interne est un scepticisme intérieur à la morale. Il est interne à la morale en ce sens qu'il ne s'est pas détaché complètement des

³ Voir aussi la présentation de Dworkin par Arthur Ripstein, dans son introduction à *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, 2007.

arguments moraux et qu'il ne peut être complètement "neutre" du point de vue des arguments moraux. Il impliquerait toujours un engagement en faveur d'un argument moral. Par exemple, écrit Dworkin, celui qui proclame qu'il n'est pas possible de juger ni bien ni mal les orientations sexuelles, celui-là en tirera la conséquence morale que toute politique publique ou privée qui reposerait sur une distinction selon les orientations sexuelles des personnes serait mauvaise et sans doute serait-il en fait plus généralement partisan d'un engagement moral positif orienté vers d'autres valeurs.

Ce scepticisme interne a un sens. Il est celui que nous pratiquerions tous les jours et que nous comprenons. Il s'oppose frontalement au scepticisme externe qui est un scepticisme qui se propose de juger de la valeur des arguments moraux en se plaçant sur un terrain extérieur à la morale, du point de vue de l'ontologie. Selon les différents arguments ou critiques que Dworkin lui adresse, il est inconséquent, absurde, voire, dans certains cas, purement et simplement une forme de scepticisme interne camouflé par des arguments redondants.

les arguments sceptiques traditionnels quels qu'ils soient (arguments selon lesquels soit il n'existe pas d'objectivité des jugements évaluatifs, soit ces jugements n'expriment que des émotions, soit, si une telle objectivité existe, elle ne peut être connue, soit encore les jugements évaluatifs peuvent être confrontés à la réalité, mais ils sont tous faux, etc.) sont sans pertinence pour la théorie du droit. Ce serait nécessairement, d'un point de vue pratique, du point de vue de la "morale interne" à l'institution du système juridique qu'il faut se prononcer sur la vérité des propositions de droit pour retenir par l'interprétation de l'histoire de cette institution celles qui correspondent le mieux à cette histoire et qui en donnent la meilleure

présentation possible. «Si les arguments moraux ont un sens et une force, écrit-il, ils les ont parce qu'ils prennent place dans une entreprise humaine collective de telle sorte que de tels jugements ne peuvent pas avoir un sens réel et une vérité réel- le qui transcenderait cette entreprise. Les seuls arguments sceptiques qui seraient intelligibles ne pourraient être que des arguments moraux internes à la morale».

L'approche de Dworkin se rapprocherait alors de celle de McDowell qui critique le « sceptique vis-à-vis de la morale » de tenir une conception intenable de la réalité objective. Pour McDowell, nous ne pouvons pas occuper la perspective indépendante. Ce que nous pouvons attendre d'un système où les règles ont un sens, c'est un système dans lequel on peut montrer qu'elles sont objectives "dans un certain sens", c'est-à-dire dans le sens où leur signification ne dépend pas de ce que quiconque peut en penser et dans lequel on tient compte de leur caractère normatif. Une trop forte conception de l'objectivité des règles qui les verraient comme existantes indépendamment de la façon dont elles peuvent être connues par les acteurs à qui elles s'adressent ne tient pas pour deux raisons. Elle manque d'abord de prendre en compte la normativité. Comment une règle dont le principe serait inconnaisable par nous pourrait produire une fonction normative? Les faits en rapport avec la signification des règles sont réels et connaissables, mais seulement depuis la pratique pertinente dans laquelle elle prend place. L'idée que nous pourrions nous tenir en dehors de ces pratiques et identifier des faits moraux est un non-sens.

B. – L'affrontement avec le scepticisme interne. L'affrontement de Dworkin avec le scepticisme interne est pourtant celui qui a retenu le

plus l'attention (théorie de la solution unique). Dworkin attaque le scepticisme interne en droit sur deux fronts. Le scepticisme interne en droit au sens où le droit serait ou pourrait être indéterminé, notamment dans les cas difficiles où naissent des désaccords théoriques sur le droit. Le scepticisme au sens où la solution à l'indétermination ne serait valide que comme le résultat d'une persuasion dans une communauté sociale (débat avec Fish que je n'aurais pas le temps de développer).

Chez Dworkin, comme chez Wittgenstein, ce n'est pas la règle elle-même qui donne les critères ou les moyens de l'appliquer. Elle est incapable de déterminer à elle-seule la solution (rejet du formalisme et d'une approche sémantique). Il n'y a pas de faits qui permettent de déterminer la réponse correcte comme l'intention du législateur).

Mais Dworkin surmonte le scepticisme dans la compréhension de la règle de droit d'une façon qui est aussi compatible avec la lecture de Wittgenstein. Car comme certains interprètes de Wittgenstein l'on fait, il est possible de conclure à partir des arguments de Wittgenstein que la normativité et la rationalité sont réservées et non éliminées à travers l'appel chez Wittgenstein à des modèles naturels d'affect et de réaction que Wittgenstein appelle des « formes de vie » (voir Kutz, précité).

Chez Dworkin, ni déterminisme dans la solution, ni scepticisme, mais une voie du milieu (aussi étrange que cette façon de présenter la théorie de Dworkin apparaîtra à certains) dès lors que le droit comme la morale est une pratique interprétative qui engage notre responsabilité morale.

Le jugement n'est pas un acte de connaissance parfait et infaillible, mais cela ne veut pas dire que tous les jugements se valent. Pour Dworkin, « le jugement judiciaire qui dit le droit n'est pas prononcé en fonction d'une méthode scientifique » (Julie Allard), le jugement est un acte argumentatif ; mais tous les jugements ne se valent pas pour autant. Ils ne peuvent pas être évalués par un test ou un critère positif, mais ils expriment une « raison juridique » à la lumière de laquelle toutes les décisions, tous les arguments ne sont pas aussi bons les uns que les autres. La question que pose Dworkin est de savoir comment un jugement sur un cas singulier est possible quand aucune règle méthodologique ne fournit au juge la bonne réponse.

Dans les hypothèses de désaccord en droit, les positivistes disent en général (c'est le cas de Hart) que l'explication du désaccord est qu'il n'y a pas de droit encore établi. Dworkin récuse une telle explication. Elle ne correspond pas aux arguments et à la pratique du droit. En effet, si tel était le cas – absence de droit établi – les juges le diraient ouvertement. Les positivistes ont parfois observé que les juges ne peuvent pas le dire ouvertement car le public ne comprendrait pas que les juges soient aussi transparents sur cette démarche, le public croyant que les juges tranchent les litiges selon le droit existant. Dworkin s'insurge contre une telle explication. S'il n'y avait pas de droit dans les hypothèses de désaccords sur le droit, cela devrait être une vérité suffisamment établie pour que, depuis le temps où ces désaccords, existent il ait été possible d'éduquer les juristes, les avocats, le public et le législateur. S'il n'en est rien, c'est parce que lorsqu'il y a désaccord entre eux les juges ne jouent pas la comédie et ne font pas croire qu'il y a du droit plutôt que rien. Il y a bien du droit et chacun le croit sincèrement, sauf qu'ils ne sont tout simplement

pas d'accord sur ce qu'il est. L'absence d'accord ne signifie pas qu'il n'y a pas de droit, mais que le droit est difficile à trouver.

Plus précisément le juge qui prend une décision s'engage. Il prétend que la décision qu'il prend est objectivement la meilleure décision juridique. Il invoque des arguments à l'appui de cette décision.

Il faut prendre au sérieux cette prétention et ces arguments. On ne peut pas simplement dire comme le ferait le sceptique que ces arguments ne sont pas objectifs. Il faut affronter ces arguments avec d'autres arguments.

Pour ce faire, Dworkin propose une approche pour restituer la signification de cet échange d'arguments en droit. C'est que cet échange d'arguments n'a de sens que parce que le droit est une pratique interprétative constructive. Constructive dans un sens que l'on qualifie d'esthétique, comme dans l'interprétation dans l'art ou la littérature ; elle est constructive dans la mesure où elle cherche à donner la meilleure interprétation dans la décision qui est rendue de l'institution ou de la pratique dans laquelle on se trouve impliqué et engagé. La conception philosophique de Dworkin le conduit à regarder le droit non comme un ensemble de règles dans un univers fini et délimité et réglé par une pratique conventionnelle, mais une pratique sociale de la part des juges, des avocats et des législateurs, comme de certains citoyens de type réflexif, vivante, enracinée dans une tradition, mais aussi tournée vers l'avenir, une pratique type interprétatif et que la seule façon de l'analyser est encore de recourir au schéma interprétatif. Identifier le droit, c'est interpréter cette pratique sociale elle-même de type interprétatif. Interpréter cette pratique sociale ne revient pas seulement à interpréter des textes

normatifs, mais l'ensemble de cette pratique, en faisant référence à ses buts, à ses valeurs et à des jugements moraux. Le droit est une pratique qui est en permanence interprétée par les acteurs de cette pratique et au premier rang par les juges. La théorie du droit elle-même est une interprétation de cette pratique d'interprétation. Dans cette pratique, toute décision, tout argument de droit est un appel à la compréhension de l'ensemble de la pratique et chaque décision de justice est un « morceau de philosophie du droit » (*L'empire du droit*).

On sera particulièrement intéressé par le développement des arguments contre le scepticisme interne dans *Justice for Hedgehogs*. Dworkin attire l'attention sur les confusions dans l'argumentation du sceptique et notamment sur la confusion entre deux concepts différents : l'incertitude et l'indétermination, les juristes dans les écoles de droit prenant souvent le premier pour la preuve du second. Dworkin dénonce cela à partir de la critique de l'argument de l'indétermination par défaut, dans le sens que, après une étude attentive aucun argument décisif ne peut être trouvé en faveur de l'une quelconque des thèses en présence, il semble pertinent alors de penser qu'il n'y a pas de réponse correcte à la question.

Cette thèse de l'indétermination et donc du « scepticisme par défaut » écrit Dworkin est enseignée de façon familière dans les écoles de droit. Les enseignants élaborent des arguments d'abord en faveur et puis cinte une demande en droit et alors ils annoncent, h-généralement à la grande satisfaction des étudiants, qu'il n'y a pas de bonne réponse à la question en jeu. Mais, écrit Dworkin, la thèse est fausse parce qu'elle confond deux positions différentes : l'incertitude et l'indétermination qu'il est pourtant selon lui essentiel de distinguer. L'incertitude est une position plus faible que la proposition selon laquelle il n'y a pas de réponse établie. Alors, écrit-

il encore (*Justice for Hedgehogs*, p. 92), une fois distinguées l'incertitude et l'indétermination nous voyons que nous avons besoin d'une position forte et positive (et pas seulement négative) pour défendre l'indétermination, une position aussi forte que la position affirmant un choix moral ou juridique correct.

Voilà comment Dworkin présente les choses (ouvrage précité, p. 94). On ne peut considérer que l'absence de bonne réponse en droit est acquise par défaut, ici pas plus que dans les domaines de l'éthique. L'argument selon lequel il n'y a pas une réponse correcte du fait qu'aucun argument n'existe qui rend le cas plus solide pour l'une des thèses en présence ne suffit pas : il doit reposer sur une théorie. Les affirmations sur l'indétermination imposent une théorie positive justificatrice de cette réponse. Or selon Dworkin c'est un fait que ces théories sont peu nombreuses et qu'elles ne convainquent pas finalement en général les juristes (par exemple la théorie positiviste conventionnaliste telle que reconstruite par Dworkin et selon laquelle le droit repose sur les réponses passées et que celles-ci n'engagent pas pour les cas nouveaux). Selon Dworkin la plupart des juristes qui croient à l'indétermination du droit se bornent à y prêter du crédit en raison de la théorie fautive selon laquelle il y a indétermination à défaut de certitude.

Bibliographie sommaire

Wittgenstein, *Recherches Philosophiques*, Gallimard 1994

Saul Kripke, *Règles et langage privé. Introduction au paradoxe de Wittgenstein*, Seuil 1996 (trad. française de *Wittgenstein. On Rules and Private Language*, 1982)

Robert Brandom, *Making it Explicit* (traduit en Français, *Rendre explicite. Raisonement, représentation et engagement discursif*, cerf)

Hart, *The Concept of Law*, 1994

Dworkin, *Law's Empire*, 1986

Dworkin, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », *Philosophy and Public Affairs*, 1996

Dworkin *Justice for Hedgehogs*, 2011

Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge U.P., 2007

Christopher L. Kutz, « Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law », *Yale Law Journal*, vol 103, 1993-1994, p. 997

The Epistemology of Judging, Wittgenstein and Deliberative Practices, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, 1990, p. 35

Peter Drahos and Stephen Parker, « Rule Following, Rule Scepticism and Indeterminacy in Law », *Ratio Juris*, vol. 5, 1992, n° 1, p. 109

Brian Bix, « The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule Following Considerations to Legal Theory », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, 1990, p. 107

Bix, « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy ? », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 3, 2003, p. 281



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

MARINA L. DAVYDOVA

The philosophy of law in modern Russia

ABSTRACT- Modern Russian Philosophy of Law is under the great influence of Soviet Theory of State and Law. The article shows its development from the beginning of the XX century, dividing this period into 6 main stages according to the historical, political and scientific changes in the country. Most attention is paid to the modern trends and personalities.

KEYWORDS – Russia, Russian Philosophy of Law, Russian Theory of Law, Theory of State and Law, Russian law, Russian jurisprudence

MARINA L. DAVYDOVA*
The philosophy of law in modern Russia**

SOMMARIO: 1. Introduction (about the terms) – 2. 20th century and Philosophy of Law in Russia: the main stages – 3. A brief characteristic of modern ideas – 4. Personalities – 5. Conclusion.

1. Introduction (about the terms).

Modern Russian Philosophy of Law is under the great influence of Soviet Theory of State and Law. That's why we need to make a brief preface and tell about the stages of its development.

The first terminological question is: Philosophy of law or Theory of law? During the 19th century Philosophy of Law was studied on all Russian law faculties. It included mainly the theory of natural law. Since the 1830's curricula of most universities included Encyclopedia of Law - brief introduction to all branches of law. The Theory of Law replaced it in 1870's when most scholars had recognized that jurisprudence needed some general concepts as a basis of legal practice.

In the Soviet Union, instead of Theory of Law came Theory of State and Law. Because according to official doctrine it couldn't be law without state and law meant nothing without state. So, during the Soviet period there was no such science as Philosophy of law. But philosophical problems as, for example, essence of law or methods of legal science were still discussed. For this reason, Soviet Theory of State and Law dealt with problems, which traditionally belonged to the area of legal philosophy. The term "Philosophy of Law" was used very seldom. In some books written in 80's you can read that Theory of Law consists of three parts: Philosophy of Law, Theory of

* Professor, Doctor of Law, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law, Volgograd State University, Volgograd, Russia

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Positive Law and Sociology of Law. Of course, now nobody in Russia considers Philosophy to be a part of Theory.

Today the term “Philosophy of Law” is widely used but those who want to defend a dissertation on some philosophical problem can’t find philosophy of law in Nomenclature of scientific specialties (the official list of scientific specialties established by the Ministry of Science and Education). According to this Nomenclature such thesis will pertain to Theory and History of Law and State (now “Law” is on the first place in the title of this branch). By the way some other post-Soviet states (e.g. Ukraine) have added scientific specialty “Philosophy of Law” to their nomenclature.

One more note. Saying “Russian” I don’t mean the Russian Federation as a state. I mean a significant part of the post-Soviet space united by using the Russian language. Only during the last year, I met at different conferences in Russia participants from Latvia, Moldova, Kazakhstan, Tajikistan. But, of course, the strongest scientific relations in the field of legal philosophy are between Russia, Ukraine and Belarus. For example, Vadim Pavlov from Minsk (Belarus), Sergey Maximov and Alexey Stovba from Kharkiv (Ukraine) are permanent participants of all theoretical discussions. We read each other, publish each other, and organize joint projects. Even now, in spite of the political contradictions, scientific communication is not interrupted.

This Russian-language legal philosophy exists because of many reasons. And one of them is a shared history. This history can be divided into some stages.

2. 20th century and Philosophy of Law in Russia: the main stages

1) First stage covers the beginning of the XX century. Before the Socialist revolution of 1917 all contemporary conceptions of law had their followers in Russia:

- the idea of natural law was developed by Bogdan Kistyakovsky, Eugeny Trubetskoy, Pavel Novgorodtsev (he is considered to be one of the authors of the theory of “Natural Law with Historically Changing Content” in parallel with Rudolf Stammler),
- legal positivism was very popular at that time and strongly connected with etatism (because law in Russia often comes off as a manifestation of state power): Evgeniy Vaskovsky, David Grimm and Gabriel Shershenevich (the main proponent of positivism),
- sociological view of law was followed by Sergey Muromtsev, Nikolay Korkunov, Maxim Kovalevsky (in some points those ideas predated the “living law” by Eugen Ehrlich),
- psychological theory of law was created in Russia by Leon Petrazhitsky.

2) The Socialist revolution of 1917 took place under the banner of Marxism. Marxist theory itself does not contain a detailed concept of law but according to its content it is close to Sociology of law (law is a product of class-divided society; essence of law and its development are determined by conditions of life in the society: social relations of production, dominant forms of ownership). That’s why the first Soviet definitions of law given by Petr Stuchka and Eugeny Pashukanis were sociological. For example, Stuchka defined law as a system of social relations corresponding to interests of dominant class and protected by its power.

Another researcher Mikhail Reysner tried to connect Marxism and Psychological theory by Petrazhitsky (his idea was about using revolutionary legal consciousness as a source of law instead of legal acts).

Many of the writings of that period were not scientific but ideological, some of them were utopian (for example the idea of withering away of state and law after the revolution), but the discussion between the proponents of different ideas resembled something like a scientific pluralism.

3) All discussions about law were stopped in 1938 during the 1st Conference of Scientific Workers of the Soviet State and Law. The principal speaker of that conference was Andrey Vyshinsky, USSR Procurator General, one of

the active organizers of Stalinist repression. He was also a professor of law, Rector of Moscow State University and then the Director of Law Institute of the USSR Academy of Sciences. (One of his "great" scientific achievements was presumption of guilt dominated in Soviet criminal procedure for many years.) In his main speech Vyshinsky gave his definition of law which became one and only for the Soviet theory of state and law. The definition was the following: "Law is a system of rules (norms) established by the state to express the will of the dominant class based on the force of the state in order to protect, maintain and develop social relations and orders that are acceptable and profitable for the dominant class".

This definition combined some points of Marxism and juridical positivism. From Marxism, the idea of class character of law was taken. But class character according to Marxist theory belongs not only to law but also to state and other social phenomena. So, this feature doesn't show any specific nature of law. That's why we can say that Marxism was used only pro forma, as a decoration.

The idea that Law is a system of norms was taken from positivism. The main meaning of the described definition was that legalization of state commands, of any state politics is the only function of law.

Traditionally in Russia this approach is called Normativism. But it had little in common with the classical normativism by Hans Kelsen. This was state positivism (or etatistic positivism) the most convenient and profitable for the totalitarian regime, which had been established in the country.

There is a famous statement by Lenin, which could be found in every Soviet book about law: "Law is nothing without an apparatus capable of enforcing the observance of legal norms». The first part of this statement ("Law is Nothing") can be called a slogan of that historical period.

After that conference, many of its participants were put to death. It was all over with pluralism. And maybe at that very time it was all over with Russian pre-revolutionary philosophy of law. Because all that people (Stuchka, Pashukanis, Reysner and even Vishinsky) had got their education and

become legal philosophes before the revolution. Now it was impossible to use even their style of discussion.

For many years the definition given by Vyshinsky had no alternatives in Soviet jurisprudence. And even now it keeps some influence on Russian jurisprudence.

4) Since the second half of 50-s we can see first attempts to improve the official definition of law. There appeared so-called “broad” understanding of law. Its followers (Stepan Kechekyan, Andrey Piontkovskiy, Lev Yavich, Gennadiy Maltsev and others) proved that law was not only norms and tried to add something to the definition: principles of law, legal relations, legal rights and so on. But that was not a new concept of law. The whole discussion revolved around the details of the official definition but no one dared to challenge its basic idea: law is primarily a system of norms and the only source of these norms is a state.

For example, there was a sociological trend in Soviet understanding of law represented by Vladimir Kasimirchuk and some others. But what is the difference between this approach and classical sociology of law? In the European sociology of law the question is “who creates law: the state or the whole society?” (in American case “what part of a state creates law: the legislator or the judge?”). For Soviet “sociologists” there were no such questions. No one could doubt that the legal norms were created exclusively by the state (by the legislature). But the point was that it’s not enough to study these norms in a text, it’s necessary to look how these norms established by the state function in practice (to analyze norms not only in statics but in dynamics). Of course, that was not sociology of law but it certainly expanded scientific area of the legal theory. As a result, Soviet theory of state and law began to explore many issues (such as effectiveness of legal rules, mechanism of legal impact and others).

There were a lot of other ideas but some of them could never be published in the Soviet Union, others were associated with a great risk for the authors. That's why they had to use some tricks to present their ideas.

Another example. Vladic Nersesyants is now known as an author of libertarian juristic theory. The main idea of this theory concerns the discrepancy between law and act of legislation. But during the Soviet period nobody could criticize socialist laws saying that they didn't comply with natural law. So prof. Nersesyants as a specialist in history of political and legal thought dedicated his books to the same problem (difference between law and statute) but according to the classic philosophical doctrines from ancient Greeks to Hegel.

It can be said that Soviet theory of state and law in 1980s was pregnant with new concepts and ideas, but a great part of them could not be born because of ideological and dogmatic reasons.

5) Dissolution of the Soviet Union led to an outburst of discussions in a field of law concepts. Firstly, everybody began to criticize traditional Soviet approach to law as a dogmatic, non-realistic and primitive. It doesn't mean that this approach has been forgotten now. Scientific traditions are very strong, and in modern textbooks we can often find old definitions. It does not always indicate the fact that the author has a principled position on this issue. Sometimes it means that one has no position at all but is simply lazy to change one's lectures written 50 years ago.

Those, who had a principled position and who didn't want to refuse all the ideas of the previous period had to improve the traditional definition. Perfect example is the concept of prof. Michail Baytin who (in the end of XX century) was considered to be the main Russian (post-Soviet) normativist. He retained all the characteristic features of law: 1) law derives from will of state 2) law functions through coercive power, 3) law consists of norms. Legal norm is a generating factor of the legal system and the central element of law. All these features are traditional. But Baytin added two points to his concept. First. He said that law has not only class essence but also panhuman, universal one. This dualistic essence of law means that state will express both the volition of dominant class and of the whole society. 2) The second idea is the unity of positive and natural law. After the Human rights

had been enshrined in the Constitution they became a part of positive law. And now, Baytin says, positive and natural law are two sides of the same coin. (It's not an original idea, but for post-Soviet theory it was new.)

Another important addition to the traditional concept was made by prof. Oleg Leyst who said that law is based not only on the force of the state. Law has its own authority, because it is known and accepted by the people. Law relies on people's conformism, habits, sense of responsibility and many other reasons, which can vary significantly in different political regimes. The authority of law depends on its justice, effectiveness, stability and social legitimacy.

Marxism had been an important part of Soviet understanding of law. No wonder that after the dissolution of the Soviet Union Marxism had lost its popularity in Russia. Many Marxist ideas have retained their value but there were only a few people who were interested in discussing them after those 70 years. One of them is prof. Vladimir Syrykh. He was one of the best Soviet specialists in Marxist theory. And now he develops a materialistic theory of law. Unlike the Soviet interpretation of Marxism, the conception of Syrykh is free of ideology. It is about economical relations as an objective basis of law, materialistic understanding of private and public law, equivalence as main principle of law and so on. Certainly, it is very useful to summarize the results of all the Soviet writings in this matter and it is very informative. But these ideas are not very popular among Russian scholars now.

This was the first point: what happened with traditional understanding of law. The second point is about new ideas.

At the beginning of 90s the Soviet "broad" understanding of law has divided into separate schools or conceptions. A number of former Soviet theorists turned into proponents of different ideas. First there were three basic conceptions: normative, natural law and sociological. Their supporters started an active discussion. And at the first stage (during the first half of the 90s) this discussion was very similar to the Soviet one. Everyone tried to demonstrate disadvantages of other ideas and prove that their theory is

the only true. Perhaps the idea that the science needs one, the only correct definition of law was a relic of the totalitarian mind. Some people still think so but most scholars now have grown out of this idea.

Since the second half of the 90s they have realized that there was no need to search for the absolute truth in a definition of law. Law is a very complicated phenomenon. Each theory itself has weak and strong points because it reflects only one of the many aspects of legal reality.

The idea of unity of positive and natural law was received by many researches. Vladimir Shafirov from Krasnoyarsk, for example, proposed his theory of natural-positive law.

At this time, integrative theory of law became popular. One of its developers, Valeriy Lazarev, considers that law exists in three forms: 1) ideas and concepts, 2) norms, established by state, 3) actions and relations, in which ideas and norms are realized. These elements he combines in one definition of law. An aspiration to overcome the conflict between law concepts is, certainly, productive. But integrative theory is often criticized for its eclecticism. Other researches argue that sometimes it is better to examine each element of law separately, than to join the unjoinable. In some sense, the integrative definition of law is a modern version of the Soviet effort to give the only one correct answer for all the questions. Many of Russian scholars now believe that it is impossible. That's why we have different views of law.

One of the most known and important for Russian legal science theories is libertarian juristic theory of Vladic Nersesyants. Its basic tenets started to develop in 70's but only in 90's the author got an opportunity to comprehensively present his ideas. As we've just said, this concept deals with critics of positive law. Nersesyants uses Latin terms "lex" and "jus". He says that an act of legislation (lex) can be called "law" only if it is in line with justice (jus). So, Law is not always equal to the legal act. (In Russian different words are also used for these meanings: "pravo" = "ius",

“zakon”=”lex”. Maybe because of this fact justice and morality in the mind of Russians are not always connected with legislative acts.)

This division is similar to theory of natural law. But according to prof. Nersesyants theory of natural law also has some weakness. It doesn't give an exact criterion of difference between law and morality or religion, which are non-juridical phenomena. So, we have to estimate positive law (which has a juridical nature) without any juridical criterion. In his books prof. Nersesyants offers such a criterion. It is formal equality, which includes three elements: 1) equality (law is an equal measure), 2) liberty (law is addressed to free subjects equally subordinated to a norm), 3) justice (exception of privileges).

The main goal of this theory is to prove that law is in contrast with tyranny, on the one hand, and with morality on the other.

The ideas of Nersesyants are very simple and based on well-known classical philosophical doctrines, but his works had a great importance for post-Soviet legal theory. It was maybe not the first but the loudest voice in defense of justice and the own value of law. Even after the author's death this theory had a serious influence to the contemporary legal discourse. The Institute of State and Law of Russian Academy of Sciences hold annual conferences in memory of Nersesyants. Permanent participants of these conferences are Vladimir Grafskiy, Leonid Mamut, Valentina Lapaeva, Nataliya Varlamova, Yuriy Permyakov, and other scholars, whose attention is focused on humanistic value of law.

3. A brief characteristic of modern ideas

At the turn of the century the main modern Russian conceptions of law acquire the final form. Before describing some of them we'll give a list of their common features.

1) New philosophical background. Soviet jurisprudence grew up behind the Iron Curtain. The main sources of information about contemporary foreign philosophy of law were books like “Critics of modern bourgeois ideology”. Some of them were very useful, because under the guise of criticism their authors (for example, Vladimir Tumanov) gave a broad picture of Western legal thought. And for many Soviet scholars it was the only window to the world. But, of course, it wasn’t enough. Now it is possible to find every book in the Internet and, most importantly, a new generation of law philosophers has grown up. They are fluent in English and other languages, can read the original texts and translate them into Russian. A number of scholars are now engaged in translation of fundamental philosophical texts. For example, Mikhail Antonov translated and commented writings by H. Kelsen, E. Ehrlich, G. Gurvitch, E. Bulygin, R. Alexy, W. Krawietz. There are also translations of H. Hart made by Sergey Kasatkin; of L. Fuller by Vladislav Arhipov; of J. Habermas, A. Kaufmann, E. Fechner by Sergey Maksimov.

Not only foreign texts attract the attention of the researches. Some of them turn to Russian philosophical heritage, which was understudied before. Elena Timoshina, for example, carried out a sophisticated analysis of all the writings by Leon Petrazhitsky.

The result is a great amount of texts, which were not widely available before. This trend is forming a new culture of reading and as a result – a new quality of writings. Figuratively speaking, we can say that here is the border between post-Soviet Russian theory of law and modern Russian legal philosophy.

2) According to all modern concepts law has a social nature. Law appears as a result of interaction of individual or collective subjects. It may be a linguistic communication (A. Polyakov) or dialog (I. Chestnov), a voluntary cooperation (V. Chetvernin), a legal order (A. Stovba).

3) All these concepts have humanistic orientation. A human person is in the center of each theory. The main attention is paid to individual consciousness

or individual abilities, individual needs, interests, individual mind and so on.

4) Anthropological approach is of great popularity. Law in most concepts is strongly connected with national culture, tradition and historical development of the society.

5) Three main elements of law are present in all concepts: consciousness, relations and norms. The authors give different answers about the priority of these elements. Most of the researches don't put norms at the first place, although they don't deny the value of norms.

6) Law has a compromise nature. In most of the modern concepts law is something with which the participants of the communication voluntarily agree. After 70 years of supremacy of such things like "will of the dominant class", "state compulsion", "organized violence", "force of the state" new definitions sound peacekeeping, avoiding conflicts and non-aggressive.

4. *Personalities*

Vladimir Chetvernin, the follower of Nersesyants, develops his libertarian-juridical theory, using the principle of social culture. He calls this institutional libertarian-juridical theory. His research methodology draws upon socio-anthropological paradigm. According to it the term "Law" has quite different meanings in different languages and different cultures. That's why a universal concept of law is impossible.

Chetvernin divides all the social cultures and all the institutions (as well as laws, legal rules, states, civilizations) into two types: jural and potestarian.

1) Jural type (jus) is based on a presumption that every person belongs solely to himself in accordance with the principle of personal autonomy or self-ownership. This implies a prohibition against aggressive violence. The libertarian concept of human rights can also be derived from this paradigm (everyone has the rights only for oneself and for one's ownership). Contract

is of primary importance in this type of culture, because people are not obliged to obey anybody's will without a voluntary agreement. In jural type the following definitions of law are appropriate: "Law is an institute, which provides unconstrained social interaction"; "Law is a system of formal and informal norms, based on a prohibition against aggressive violence".

2) Potestarian type (potestas), where one person belongs to another or to some institutions (including state). Such cultures are convinced that people belong to the Whole (something bigger than themselves). They believe in the existence of some Absolute like God, People, Society, State, Motherland. Law becomes a means of aggressive violence in the name of this Absolute.

The typology of social cultures enables the author to distinguish civilizational types dominated by the jural principle (e.g. Greco-Roman antiquity, capitalism) from those dominated by the potestarian principle, such as that of despotism and communism, and also to identify mixed civilizational types, in which the jural and the potestarian principles clash with each other (e.g. Western and Eastern types of feudalism, the Western and Eastern types of social capitalism). Such mixed civilizations still gravitate to either jural or potestarian cultural code. This prevents significant changes within a particular civilization: such changes can occur sooner or later but only if the civilization collapses. In its place, a new civilization may emerge, which may belong to the opposite type. Consequently, as long as the Russian civilization was historically based on the potestarian principle, every change occurred only within the limits of this particular socio-cultural type, and it is incapable of transforming into a civilization of the jural type.

Ilya Chestnov formulates the dialogical concept of law. He thinks that law is a dialog - the interaction of persons who accept points of view of each other. This implies that parties realize their individual expectations (mutual subjective rights and duties), which form the legal order.

However not every dialog is law, but only that, which provides normal functioning of society. Dialogue doesn't always mean a conflict-free

situation, but the perception of the Other as an equal opponent potentially contains the possibility of resolving conflicts.

Law is formed by an elite and legitimized by the people. The legitimacy of law is a function of its force and subordination to it. For this legitimacy law should meet the people's expectations and the minimum criteria of the functional significance.

To comprehend law it is not enough to study the juridical categories and match them with articles of a normative act. There is also a need to focus on a Human that constructs legal norms and institutions and reproduces them by the actions. In terms of the anthropological approach Human is the center of legal system, its creator and permanent actor. As an agent of law Human has many legal identities, which depend on the historical and cultural context.

Andrey Polyakov considers law as a communicative system of interactions between humans. These interactions are reflected in texts and it distinguishes law from other social phenomena. Legal interaction is institutional interaction between people, which is based on human rights and duties. ("Institutional" means 1) expressed in a text, 2) normative, 3) legitimate). The implicit grounds of law as communication are equality, freedom, responsibility, justice, order and stability.

As for the difference between natural and positive law, Polakov thinks that Law is essentially positivistic, because it exists through legal texts. But as a result of communicative interaction between human beings, the law implicitly includes values, which correspond to the nature of legal communication.

Legal norm is not the same that a rule placed in legal text. Legal norm is neither textual information, nor normative construction. It functions as a social fact, as a norm of behavior. Prof. Polyakov states that legislative rule becomes legal norm only when it constitutes law (that means: when it constitutes communicative interaction of legal agents, where everyone determines their behavior in accordance with rights and duties).

Person has to obey law because law is an institutionalized system of proper conduct. Due to the legitimation of the legal texts people recognize necessity of certain behavior as their duty towards themselves and other participants of legal interaction. Understanding of such necessity is a part of legal communication.

Polyakov approves as legal agents only beings capable of communication. The following is his line of argumentation. The legislator is able to legalize “rights” of animals as, for example, their “right” to certain property or “right” to good manner. But here no “new” subject of law appears, because animals are not legal actors, parties of legal communication. Animals don’t have necessary intellect in order to understand logical sense of norms and “tell” it to the Other, they are not able to recognize legal texts, to exercise legal will and they, consequently, couldn’t correspond their behavior with requirements and possibilities of legal norm. In this case it is possible to speak about new legal object only; towards which rights and duties of some legal agents are realized (legal communication appears).

To be a member of communication in human society means to possess freedom and autonomy. Dialogue requires recognition of others’ abilities to reasoning and free choice. Communication is possible if communicative means and codes of interpretation used by the parties are equal. Freedom and equality as foundations for legal communication are not human rights themselves, but they are able to transform into rights to free movement, to name, to participate in public matters, to dignity and so on. In such cases freedom and equality turn from implicit conditions of communication into its explicit purposes and tasks.

Alexey Ovchinnikov develops a hermeneutic theory of law, which is affected by sociocultural dependence of legal reality.

The author draws attention to mutual dependence between law and its interpretation, which is determined by person’s experience and style of thinking. Legal reality is not only reflected, but also constructed by a person in the process of interpretation. Legal norms can change their content in

contexts of different legal traditions and situations. In this way legal tradition determines the limits of juridical thinking.

Law is considered to be a product of national culture and language. Language forms our consciousness; therefore law is formed not only “like language and customs” (as the historical school of law suggests) but it is also formed by means of language and customs. That’s why lawmaker must keep in mind the legal tradition to avoid the growing distance between “law in books” and “law in life”. Juridical hermeneutics in the works of this author is close to sociological and historical conceptions of law and to the civilizational approach with its idea of sociocultural uniqueness of national legal history and tradition. This conception (according to its practical output) is similar to anthropological theory of Vadim Pavlov from Minsk, and resembles the old discussion between *Westernism* and *Slavophilism*. It is interesting that both these authors (Ovchinnikov and Pavlov) are highly educated, familiar with classical and contemporary philosophical concepts, use very complicated terminology and come across as modern philosophers. But both of them are very conservative, they prove the uniqueness of Russian historical way and come to the conclusion that the Western political and legal experience is unsuitable and useless for Russia. (Vladimir Chetvernin also says that it is impossible to change the cultural type from potestarian to jural and, as a result, that it is impossible for Russia to change to the European democracy. But he, as a Westernist, proves this idea with a contrary evaluation.) This discussion is 200 years old and now it is as relevant as ever.

5. Conclusion

As you’ve seen the eternal issue of Russian historical way is still a hot topic. Among modern Russian philosophers there are those who write about law in general (as a universal phenomenon) and those who write about law while thinking about Russia (its historical way, its dependence of the state power and its future).

Of course, there are a lot of other problems, which are popular in Russian legal philosophy now (juridical technique, lawmaking, sources of law, comparative jurisprudence, future of legal science, etc.). All of them together can give an overview of contemporary Russian philosophy of law.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

ELISABETTA ERRIGO

Cooperazione decentrata e diritto alla salute

ABSTRACT- According to article 24 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, the member States recognize that children have the right to good quality health care – the best health care possible – to safe drinking water, nutritious food, a clean and safe environment, and information to help them stay healthy. This means to focus on the protection of children and their mothers especially when affected by HIV-AIDS. UNICEF has developed many ways to reach this target, identifying particular interventions. It seems quite impossible, but saving baby lives costs less than 1 dollar.

KEYWORDS - rights, health, unicef, childhood, mortality, vaccine.

ELISABETTA ERRIGO*

**Cooperazione decentrata e diritto alla salute:
lotta alla mortalità infantile e tutela della salute materna****

SOMMARIO: 1. *L'attività dell'UNICEF e il dato normativo di riferimento* - 2. *La mortalità infantile: cause, dati e geografia* - 3. *Gli interventi proposti, raggiunti e auspicabili* - 4. (segue) *La mortalità materna* - 5. *L'approccio all'equità* - 6. *La strategia complessiva delle vaccinazioni* - 7. *Conclusioni*.

1. *L'attività dell'UNICEF e il dato normativo di riferimento*

Ogni aspetto del vivere sociale è ispirato ai valori intrinseci dell'ordinamento giuridico.

Quest'ultimi rappresentano i punti cardinali che indirizzano l'attività di giuristi, interpreti e sociologi e che consentono di dare una lettura orientata di tutte le manifestazioni della vita.

Ciò posto, appare di estrema utilità richiamare i predetti valori al fine di esaminare le manifestazioni della vita in società che solo apparentemente appaiono remote rispetto a quella in cui siamo abituati a relazionarci quotidianamente e che consideriamo la società civile per eccellenza.

* Dottoranda di ricerca in "Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo", Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare "Diritti del minore e Cooperazione Decentrata" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

Pertanto, allo scopo di mettere in luce uno degli spetti più tristemente noti nel panorama internazionale, quali quello della mortalità infantile e materna, non si può fare a meno di prendere le mosse da un dato normativo di riferimento.

Prendere infatti in considerazione una disposizione precettiva consente, a quanti sentono lontano dal diritto il tema appena accennato, di rendersi conto intanto della rilevanza dell'attività dell'Unicef orientata in tal senso e in secondo luogo permette di avere contezza del fatto che in fin dei conti la nostra società civile non è poi così tanto distante da quelle oggetto del presente lavoro.

Il dato normativo di riferimento è stato rinvenuto nell'art. 24 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia, sottoscritta dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1989¹.

Il tenore del testo richiama il riconoscimento, da parte di tutti gli Stati membri, del diritto del minore di godere del migliore stato di salute possibile e di beneficiare dei servizi medici e di riabilitazione. Gli Stati

¹ La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 rappresenta il riferimento costante dell'Unicef per orientare la propria attività. Costruita armonizzando differenti esperienze culturali e giuridiche, la Convenzione enuncia per la prima volta, in forma coerente, i diritti fondamentali che devono essere riconosciuti e garantiti a tutti i bambini e a tutte le bambine del mondo. Essa prevede anche un meccanismo di controllo sull'operato degli Stati, che devono presentare a un Comitato indipendente un rapporto periodico sull'attuazione dei diritti dei bambini sul proprio territorio. La Convenzione è rapidamente divenuta il trattato in materia di diritti umani con il maggior numero di ratifiche da parte degli Stati. Ad oggi sono ben 196 gli Stati parti della Convenzione. La Convenzione è composta da 54 articoli e da tre Protocolli opzionali (sui bambini in guerra, sullo sfruttamento sessuale, sulla procedura per i reclami).

membri, pertanto, si sforzano di garantire che nessun bambino sia privato del diritto di avere accesso a tali servizi.

La *ratio* della disposizione fa riferimento all'impegno disposto dai governi nel riconoscere e garantire il diritto alla salute dei bambini.

Il diritto in esame si atteggia ad essere considerato sotto molteplici punti di vista, i quali hanno come minimo comune denominatore la tutela dell'infanzia.

In particolare rientrano nel riconoscimento e nel consequenziale impegno governativo le attività volte a garantire le cure adeguate da parte di medici competenti e specializzati, la tutela delle nascite, la cura e l'assistenza delle madri prima e dopo il parto.

L'effetto riflesso di tale riconoscimento importa la necessità di debellare la malnutrizione e di garantire un'alimentazione adeguata alle varie esigenze dei neonati e in seguito degli adolescenti, insieme alla necessità di avere la disponibilità di acqua potabile e di godere di una igiene adeguata e consona alla vita umana.

Non per ultimo il diritto così riconosciuto ricomprende l'importanza dell'informazione alle famiglie di modo che tutti sappiano quando sia il momento di consultare un medico e quali accorgimenti adoperare al fine di ridurre le conseguenze dannose di interventi inappropriati.

Per dare concretezza a questi principi, nei suoi sei decenni di esperienza, l'Unicef ha sviluppato sul campo modalità operative altamente efficienti che mirano ad estendere al massimo numero possibile di bambini i benefici della prevenzione e dell'educazione sanitaria applicando misure a basso costo ed elevata efficacia.

È bene ricordare che l'Unicef opera in oltre 156 Paesi e territori per aiutare i bambini a sopravvivere e a svilupparsi nel rispetto dei diritti umani fondamentali e seguendo il principio base dell'interesse superiore del bambino.

Essa ha come obiettivo primario quello di ridurre la mortalità infantile e da parto.

Senza pretesa di completezza possono sinteticamente elencarsi le attività che maggiormente vengono poste in essere dall'organizzazione al fine di realizzare gli scopi cui è preposta.

Essa, infatti, mira a fornire vaccini, assistenza sanitaria, acqua potabile, servizi igienici, istruzione di base per bambini e bambine e garantisce la protezione da qualsiasi forma di violenza e abuso.

Nei suoi programmi sostiene anche la fornitura di servizi sanitari pre e post natali, servizi sanitari per donne e ragazze stabilendo alleanze sul campo per la tutela della vita e della salute dei bambini e delle loro madri, anche con campagne di vaccinazione, con la predisposizione di ambulatori e reparti maternità, attraverso la formazione di personale sanitario e ostetrico, fornendo quando necessario mezzi di trasporto per consentire agli operatori di raggiungere anche le località più sperdute oltre ad efficienti sistemi di controllo e verifica².

Il punto forte del Fondo delle Nazioni Unite è stato quello di fissare i predetti obiettivi in modo chiaro e specifico, da realizzarsi attraverso la cooperazione necessaria delle autorità sanitarie dei vari Paesi.

Inoltre molto rilevante è apparsa la collaborazione con le altre agenzie delle Nazioni Unite, delle organizzazioni non governative e delle comunità locali.

Può ora procedersi all'osservazione analitica del fenomeno oggetto del lavoro con particolare riferimento alle zone maggiormente esposte al rischio di mortalità infantile, alle cause della medesima e non per ultimi ai risultati raggiunti attraverso l'attività dell'Unicef.

² Mortalità infantile: cause banale, effetti letali. Si v. www.unicef.it/doc/233/mortalita-infantile-cause-banali-effetti-letali.htm

2. *La mortalità infantile: cause, dati e geografia*

Ogni anno malattie a malnutrizione uccidono quasi 10 milioni di bambini di età inferiore a 5 anni e in metà dei casi i decessi si concentrano nelle prime settimane di vita.

In alcuni paesi dell’Africa Subsahariana, la mortalità infantile è talmente elevata che un quinto dei bambini muoiono prima di compiere 5 anni. Un tasso 50 volte superiore a quello che si registra in Italia³.

I primi 28 giorni di vita di un neonato sono i più pericolosi⁴.

Molti di questi decessi potrebbero essere facilmente evitati prima durante e dopo la nascita grazie ad interventi semplici, efficaci e a basso costo.

Le carenze del sistema sanitario durante questo periodo critico rappresentano un fattore significativo per queste morte prevedibili.

³ Questi dati sono contenuti nel rapporto *“Improving Nutrition Outcomes With Better Water, Sanitation and Hygiene”* (Migliorare lo stato nutrizionale attraverso un maggiore accesso ad acqua e igiene) lanciato dall’UNICEF, USAID e Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che per la prima volta mettono insieme anni di ricerche e casi studio che dimostrano una correlazione tra accesso ai servizi igienici e malnutrizione, oltre a fornire indicazioni per intervenire sul fenomeno.

⁴ È quanto rileva il rapporto *“Levels and Trends in Child Mortality 2015”*. Sebbene i progressi siano stati significativi, 16.000 bambini sotto i cinque anni continuano a morire ogni giorno. Appare utile a tal riguardo richiamare quanto evidenziato dal vicedirettore dell’UNICEF Geeta Rao Gupta: nonostante infatti siano stati compiuti significativi passi in avanti nel senso della riduzione della mortalità infantile, rimane ancora troppo elevato il numero di bambini che continuano a morire prima del quinto compleanno e soprattutto nel loro primo mese di vita, per cause che potrebbero essere evitate.

È bene chiarire che esiste una notevole differenza tra Stato e Stato e, a loro volta, all'interno dei singoli Paesi per quanto concerne la qualità dei servizi sanitari a disposizione delle donne in gravidanza e dei loro bambini⁵.

Circa la metà delle donne incinte non si sottopone alle quattro visite prenatali nel corso della gravidanza. Le complicazioni durante il travaglio e il parto sono responsabili di circa un quarto di tutte le morti neonatali nel mondo.

Un bambino su tre è nato senza un'adeguata assistenza medica.

Molti, fra i bambini che sopravvivono alle malattie crescono con ritardi fisici o mentali, senza riuscire a sviluppare appieno le proprie potenzialità. Sette volte su dieci le cause della mortalità infantile sono malattie banali, come la diarrea, o facilmente curabili, come il morbillo, la malaria o le infezioni dell'apparato respiratorio. In metà dei casi gli effetti della malattia sono resi letali da uno stato di debilitazione complessiva dovuto alla malnutrizione o a carenze vitaminiche.

Nei paesi industrializzati quasi nessun bambino muore per ragioni simili. Non è dunque errato affermare che dietro alla morte per malattia di un bambino c'è quasi sempre lo spettro della povertà⁶.

⁵ Il rapporto "*Levels and Trends in Child Mortality 2015*" mette in evidenza il fatto che la probabilità di sopravvivenza di un bambino è molto legata al suo luogo di nascita.

⁶ Ad affermarlo è l'UNICEF con i dati del rapporto "Progress for Children" intitolato "*Beyond the Averages*" (Al di là delle medie statistiche), indagine finale sugli Obiettivi di Sviluppo del Millennio 2000-2015. Secondo il rapporto, nonostante gli importanti risultati raggiunti, la **disuguaglianza nelle opportunità** ha lasciato milioni di bambini in condizioni di povertà, esposti a un elevato rischio di mortalità infantile (0-5 anni), privi di accesso all'istruzione o in condizioni di malnutrizione cronica. (Programmi-salute-mortalità infantile. Settembre 2015 su [www. http://www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi](http://www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi)).

Lo stesso potrebbe dirsi per la mortalità materna: nel mondo ogni minuto una donna muore di parto o per complicazioni relative alla gravidanza. Il rischio di un decesso per queste ragioni è in media 250 volte più elevato per una donna africana che non per una donna europea.

Oltre 22.000 bambini sotto i 5 anni muoiono ogni giorno (circa un bambino ogni 3 secondi) in gran parte per cause prevedibili. La maggior parte dei decessi infantili può essere ricondotto a sei cause principali: infezioni neonatali, parti prematuri, mancanza d'ossigeno alla nascita, polmonite, dissenteria, malaria. Oltre un terzo delle morti infantili hanno come causa concomitante la malnutrizione materna e infantile.

Nei Paesi in via di sviluppo i bambini con meno di un anno di vita corrono un rischio di morte quasi 10 volte maggiore rispetto ai neonati dei Paesi industrializzati. In termini assoluti, metà dei decessi infantili avvengono in appena 5 Paesi e oltre 80% di tutti i bambini morti nel 2009 viveva nell'Africa subsahariana o in Asia meridionale.

Il paese con il più alto tasso di mortalità è il Ciad, segue l'Afghanistan e l'India⁷. In queste zone, la maggior parte dei decessi è dovuta ad infezioni respiratorie acute, dissenteria, morbillo e malaria. È chiaro come si tratti di malattie che possono essere prevenute facilmente tramite vaccinazioni, zanzariere, misure igieniche e altre semplici forme di profilassi che spesso rimangono ignote o troppo costose per le popolazioni nei Paesi economicamente arretrati. Lo stesso può dirsi

⁷ I dati presi in esame sono tratti dal rapporto “*Levels and Trends in Child Mortality 2014*” realizzato annualmente dal gruppo inter-agenzie delle Nazioni Unite per le stime sulla mortalità (United Nations Inter-Agency Group for Child Mortality Estimation – UN_IGME) guidato dall'UNICEF ed include anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità.

per le medicine, inarrivabili per quei 3 miliardi di abitanti del pianeta che vive con meno di due dollari al giorno.

La carenza di servizi igienico-sanitari di base è aggravata dalla mancanza di informazione. Spesso le comunità e le famiglie ignorano l'importanza vitale delle vaccinazioni, non sanno riconoscere i sintomi delle malattie e neppure quando sia giunto il momento di cercare un medico per un bambino che sta male.

Per combattere queste forme di ignoranza sanitaria si rivela fondamentale l'istruzione delle donne e delle future madri. Ed infatti, una ragazza che ha frequentato qualche anno di scuola sa leggere le istruzioni di un operatore sanitario e dosare un farmaco come una donna analfabeta non può fare (basti pensare alle decine di migliaia di bambini che ogni anno muoiono perché le madri diluiscono troppo le medicine o il latte in polvere). Fra le minacce alla salute dei bambini occupa una posizione tristemente rilevante il contagio da HIV-AIDS. Oltre 2,5 miliardi di bambini e ragazzi sotto i 15 convivono con il virus a causa del contagio da parte materna la prima o durante la nascita. Per i più fortunati la capacità di tutelare il proprio stato di salute dipende esclusivamente dalla benevolenza di parenti, per di più anziani e con difficoltà economiche, o da rarissimi programmi assistenziali.

Lo Zimbabwe è attualmente all'epicentro della pandemia da HIV: malattia che ha reso orfano di uno o entrambi i genitori un bambino su quattro. Basterebbe pertanto preoccuparsi che le donne incinte facciano tempestivamente il test e ricevano i farmaci anti retrovirali al fine di ridurre il numero di donne che trasmetteranno il virus ai nascituri.

Tra le cause di mortalità infantile, non possono non essere menzionate le conseguenze dei conflitti armati sulla salute psicofisica dell'infanzia. In tempo di guerra, infatti, i bambini rimangono facilmente vittime di

armi da fuoco e bombardamenti, ma a incrementare le stragi vi concorrono soprattutto le malattie infettive spesso a carattere epidemico come il morbillo o il colera che si sviluppano per il degrado delle condizioni igieniche e per i disagi imposti dalla situazione bellica. A ciò devono necessariamente aggiungersi quelle che sono considerate le conseguenze maggiormente rilevanti a seguito di eventi traumatici come quello appena descritto.

Ed infatti episodi di violenza sociale, di conflitti armati, di persecuzioni comportano continui spostamenti di massa oltre che convivenze forzate nei campi-profughi. Non è difficile immaginare come in tali situazioni si verificano molto spesso interruzioni dei servizi sanitari, già carenti di base, e dei rifornimenti alimentari.

Tutti fattori che si riflettono in un incremento della mortalità infantile, di cui si rinvergono tratti comuni anche nelle emergenze umanitarie provocate da fenomeni naturali. Nonostante gli importanti risultati raggiunti, la disegualianza nelle opportunità ha lasciato milioni di bambini in condizioni di povertà, esposti a un elevato rischio di mortalità infantile, privi di accesso all'istruzione o in condizioni di malnutrizione cronica⁸.

Dare qualche numero, potrà aiutare a capire le dimensioni del fenomeno esaminato. Considerando il tasso attuale di progresso e l'incremento demografico, è stato stimato⁹ che:

⁸ Ad affermarlo è L'UNICEF con i dati del rapporto "*Progress for Children*" intitolato "*Beyond the Averages*" (Al di là delle medie statistiche), indagine finale sugli Obiettivi del Millennio 2000-2015.

⁹ I dati esaminati emergono dal rapporto "*Levels and Trends in Child Mortality 2015*". Dal rapporto è stato rilevato che l'Africa Subsahariana è la regione con il più alto tasso di mortalità infantile del mondo: 1 bambino su 12 muore prima del suo quinto compleanno, un tasso oltre 12 volte superiore alla media dei Paesi ad alto reddito.

- 68 milioni di bambini sotto i 5 anni moriranno, di qui al 2030 soprattutto per cause che si potrebbero prevenire;
- 119 milioni di bambini soffriranno di malnutrizione cronica nel 2030;
- sempre nel 2030 saranno mezzo miliardo le persone che per carenza di sistemi igienici continueranno a praticare la defecazione all'aperto, mettendo in serio pericolo la salute infantile;
- occorreranno ancora 100 anni perché le ragazze delle famiglie più povere dell'Africa Subsahariana completino il ciclo della scuola secondaria inferiore.

Come sopra accennato, il livello di istruzione della madre ha un impatto significativo sulle possibilità di sopravvivenza del bambino.

I tassi di mortalità neonatale tra le donne prive di istruzione primaria sono quasi doppi rispetto alle donne con istruzione secondaria e superiore. Ciononostante non bisogna dimenticare l'influenza della povertà che contribuisce ad incrementare i dati sopra riportati. Ed infatti la disuguaglianza, soprattutto nell'accesso all'assistenza sanitaria, rimane alta nei paesi meno sviluppati.

Per intenderci: le donne appartenenti a famiglie più benestanti hanno quasi tre volte più possibilità rispetto alle donne delle fasce più povere di offrire al proprio bambino un'assistenza qualificata al momento della nascita¹⁰.

¹⁰ Al riguardo, il vicedirettore dell'UNICEF Geeta RaoGupta, ha chiarito che i dati hanno dimostrato chiaramente che le probabilità di sopravvivenza di un neonato aumentano significativamente quando la mamma ha accesso a un'assistenza sanitaria di qualità durante la gravidanza ed il parto. (Programmi-salute-maternità sicura. Novembre 2015 su www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi).

3. *Gli interventi proposti, raggiunti e auspicabili*

L'Unicef, nel suo programma di ricerca, analisi e studio degli interventi più qualificanti al fine di ridurre la mortalità infantile, ha individuato una serie di interventi specifici.

Innanzitutto si è mostrato di interessante efficacia la promozione dell'allattamento esclusivo al seno nei primi 6 mesi di vita del bambino ed il corretto utilizzo di alimenti complementari all'allattamento al seno dopo i 6 mesi di vita - iniziare l'allattamento al seno entro un'ora dalla nascita riduce il rischio di morte neonatale del 44% - insieme all'uso di sostituti appropriati dell'allattamento al seno per le donne sieropositive. Particolarmente importante è stato poi l'introduzione di una pratica utile soprattutto in zone maggiormente esposte alla carenza dei servizi sanitari. Si tratta del "calore materno": una pratica che ha salvato numerose vite fra i bambini della regione dove le incubatrici sono scarse e poco affidabili. La stessa incubatrice doveva essere condivisa a turno da 4 neonati e spesso era inutilizzabile per lunghi mesi a causa di problemi tecnici.

In secondo luogo è stata sentita la necessità di distribuire ed utilizzare in modo corretto zanzariere trattate con insetticida contro la malaria, rendere il più possibile disponibile acqua potabile e condizioni igieniche e cure neonatali adeguate senza dimenticare di assicurare una adeguata assistenza al parto. Molti altri invece sono stati interventi mirati aventi ad oggetto l'uso in via preventiva d'integratori di zinco insieme alla somministrazione di vitamina A.

Infine si è reso necessario procedere ad operare vaccinazioni di massa contro la tubercolosi e la vaccinazione contro il tetano neonatale, contro il morbillo e il trattamento periodico per la prevenzione della malaria durante la gravidanza.

Senza dimenticare l'importante attività di formazione degli staff ospedalieri¹¹. In particolare, da alcuni anni, nei Paesi dell'Africa occidentale e centrale l'Unicef ha attuato un programma di lotta alla mortalità infantile e materna che, integrando l'assistenza al parto con visite prenatali regolari e campagne di vaccinazione a tappeto, insieme alla distribuzione di sale iodato, vitamina A, integratori contro l'anemia e zanzariere trattate con insetticida, ha già consentito di ridurre sensibilmente la mortalità infantile in diversi Paesi dell'area. Tale iniziativa, denominata "Strategia accelerata per la sopravvivenza e lo sviluppo della prima infanzia" ha prevalentemente avuto ad

11 Con l'approvazione, da parte del Segretario Generale delle Nazioni Unite, della *Strategia Globale per la Salute delle Donne e dei Bambini (Global Strategy for Women's and Children's Health)* si è puntato alla realizzazione di obiettivi specifici, quali: un *Piano globale d'azione per i vaccini* che punta all'accesso universale all'immunizzazione entro il 2020, il sostegno da parte della *Commissione delle Nazioni Unite sui Prodotti salvavita per donne e bambini* per aiutare gli Stati più poveri a migliorare l'accesso ai farmaci essenziali, come gli antibiotici di base o i sali per la reidratazione orale; la creazione da parte dell'UNICEF e della OMS di un *Piano globale d'azione per la polmonite e la diarrea*, che si propone di porre fine, entro il 2025, ai decessi dei bambini sotto i cinque anni per queste due malattie - le principali cause della mortalità infantile globale. Il Piano promuove pratiche ormai consolidate per proteggere i bambini dalle infezioni, come la promozione di un ambiente domestico sano o le misure per garantire che ogni bambino abbia accesso a collaudate e adeguate misure di prevenzione e cura della polmonite e della diarrea. L'Unicef ha altresì lavorato per la promozione dell'*Every Newborn* ("Ogni neonato"), un piano d'azione globale per porre fine alle morti neonatali. Infine UNICEF, OMS e Banca Mondiale sostengono anche il movimento globale *Scaling Up Nutrition (SUN)* nel suo intento di aiutare gli Stati a realizzare programmi su vasta scala per gestire il problema della malnutrizione, con focus sul ruolo delle donne (*empowerment*). (Programmi-salute- vaccinazioni. Ottobre 2015 su www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi).

oggetto la somministrazione di un pacchetto integrato di interventi di base in modo capillare, sostenibile ed estensivo.

Occorre ricordare che tali interventi svoltisi su scala nazionale non avrebbero raggiunto traguardi tanto significativi in assenza della collaborazione con le singole comunità locali, le quali sono state finalmente rese edotte e formate in merito agli accorgimenti più semplici a sostegno della nutrizione e della salute infantile.

Nel complesso la strategia è diretta a migliorare le generali condizioni di salute dei bambini e delle loro madri, per un verso mediante la riforma dei programmi sanitari nazionali e dall'altro attraverso interventi sanitari nelle comunità locali, attivando a livello familiare pratiche d'assistenza semplici ma efficaci e sostenibili.

4. (segue) *La mortalità materna*

Nell'alveo degli interventi posti in essere dall'Unicef allo scopo di raggiungere in tempi sempre più ridotti gli obiettivi prefissati di riduzione della mortalità infantile non può non farsi un cenno all'Obiettivo di Sviluppo del Millennio n. 5 sulla salute delle donne¹².

Quest'ultimo ha previsto, tra gli altri interventi auspicabili, la riduzione della mortalità materna, forse l'obiettivo più lontano e difficile da raggiungere perché segnato da maggiori disuguaglianze.

Il divario nel rischio di mortalità materna tra il mondo industrializzato e i Paesi in via di sviluppo, specie quelli meno sviluppati, è stato

¹² È il caso di ricordare che al riguardo il Segretario Generale dell'ONU, Ban Ki-moon ha lanciato la nuova "Strategia Globale per la salute di donne, bambini ed adolescenti 2016-2030" il cui fine è contribuire a raggiungere l'ambizioso traguardo della riduzione della mortalità materna globale sotto i 70 decessi ogni 100.000 nati vivi, come previsto dagli Obiettivi di Sviluppo Sostenibili.

definito il più ampio divario del mondo in ambito sanitario. Infatti una donna di un Paese povero è nel corso della vita 300 volte più esposta al rischio di morire a causa di complicazioni dovute alla gravidanza o al parto di una donna che vive in un Paese industrializzato¹³. Appare utile al riguardo esaminare le ragioni principali di tale mortalità.

Le mamme continuano a morire per quattro cause principali: gravi emorragie post parto, infezioni, crisi ipertensive e aborti effettuati in condizioni non sicure. Per ogni donna che muore per cause legate alla gravidanza, altre 20 subiscono lesioni o infezioni e rimangono invalide¹⁴. Non sfuggirà come alla mortalità materna si accompagnano anche alti tassi di mortalità neonatale. A detenere tale triste primato troviamo ancora una volta i Paesi più arretrati dell’Africa: Afghanistan, Ciad, Somalia, Guinea Bissau e Sierra Leone, con la più alta mortalità materna e neonatale.

In tale quadro è stato rilevato come l’istruzione delle donne e delle ragazze in particolare più emarginate è la chiave per dare loro le giuste conoscenze che servono per mettere in discussione le pratiche tradizionali che pongono a rischio la sopravvivenza loro e dei loro bambini.

Il programma, portato avanti dall’Unicef impone la diffusione delle pratiche igieniche per prevenire infezioni, la somministrazione di ossitocina immediatamente dopo il parto (per limitare il rischio di

¹³ Il tasso di mortalità materna (calcolato come numero di decessi per 100.000 parti) è mediamente di 12 nei Paesi industrializzati e di 500 nell’Africa a sud del Sahara. L’indicatore “*maternal mortality life time risk*” (rischio di mortalità materna nel corso della vita) tiene conto del tasso di fertilità e quindi del maggior numero di eventi con rischio di decesso che una donna deve affrontare nei Paesi in via di sviluppo.

¹⁴ Secondo le stime dell’organizzazione mondiale della sanità. Stime OMS 2010 su dati 1997-2007.

emorragie), la cura preventiva dell'ipertensione nelle gestanti e l'accesso delle donna a servizi di salute riproduttiva.

Ciononostante occorre considerare che i Paesi in questo campo faranno ben pochi progressi se nel corso dei prossimi 15 anni non aumenteranno l'attuale numero di ostetriche disponibili e di altri operatori sanitari con competenze di ostetricia¹⁵.

Dal punto di vista sociale, il fenomeno è ancora una volta inscindibilmente legato alla povertà e alla scarsa considerazione dei diritti umani delle donne. Da un punto di vista prettamente medico l'elevata percentuale di mortalità infantile è diretta conseguenza del tasso di fertilità e quindi del maggior numero di eventi con rischio di decesso che una donna deve affrontare nei Paesi in via di sviluppo. È qui che emerge inconfutabilmente il divario tra occidente e resto del mondo.

In Italia, in considerazione del bassissimo tasso di fertilità, l'indicatore è di 1 su 20.300 decessi materni¹⁶. È bene, ad ogni modo, procedere ad effettuare una precisazione geo-sistemica. All'interno di un singolo Stato possono avere grande peso le differenze di natura etnica e sociale. Ed infatti, ben lontano dall'Africa Subsahariana, negli Stati Uniti è stato registrato un indice di rischio per le donne afro americane quasi 4 volte superiore a quello delle donne bianche non ispaniche.

Alla luce di quanto sopra osservato, non si può fare a meno di concludere che la morte di molte donne può essere prevenuta, ma occorre che gli Stati interessati debbano investire nei sistemi sanitari e nella qualità delle cure.

¹⁵ Lo rileva il rapporto "*Trends in maternal mortality: 1990 to 2008*" presentato dall'UNICEF, OMS, UNFPA e Banca Mondiale.

¹⁶ A rilevarlo è l'indicatore "*maternal mortality life time risk*".

A tal proposito, l'Unicef per prima e a seguire l'OMS e la Banca Mondiale stanno concentrando il proprio aiuto sui Paesi dove il fenomeno è più diffuso e aiutano i governi a sviluppare e adeguare i propri piani sanitari nazionali per accelerare i progressi nella salute materna e neonatale. Un concreto esempio di un serio investimento nella salute pubblica possiamo rinvenirlo nell'India. Il Paese ha infatti debellato la diffusione del tetano neonatale che si trasmette da madre a figlio tramite il cordone ombelicale¹⁷. Con il supporto dell'Unicef, il Paese ha predisposto un insieme di strategie orientate a dispensare incentivi in denaro per le famiglie che scelgono di partorire in strutture sanitarie, oltreché prevedendo la formazione e la riqualificazione delle ostetriche, così potenziando i sistemi sanitari nel loro complesso.

L'India ha senz'altro raggiunto l'Obiettivo del Millennio, ma non bisogna tralasciare il fatto che nel resto del mondo il miglior modo per ridurre e prevenire la mortalità materna rimane la vaccinazione per donne in gravidanza insieme ad una proficua campagna di informazione sanitaria volta a modificare l'atteggiamento sociale sulle pratiche dannose per la salute materna e neonatale, attraverso il miglioramento delle condizioni igieniche.

¹⁷ Al riguardo appare di rilievo riportare quanto annunciato dal Rappresentante dell'UNICEF nel paese asiatico, Louis Arsenault : *«L'India ha dimostrato una forte leadership nel debellare due grandi minacce per la prosperità e il futuro della nazione: la poliomielite e, ora, il tetano materno e neonatale. Lo straordinario risultato raggiunto dall'India con l'eliminazione del tetano materno e neonatale dimostra che, con un serio investimento nella salute pubblica, i cittadini più giovani e le madri potranno godere del loro diritto alla salute, rendendo così tutti più forti.»* (Programmi-salute-tetano. Giugno 2016 su www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi).

Del resto i vaccini antitetanici hanno un bassissimo costo - 1 dollaro e 80 centesimi - e consentono di rendere per sempre immune una donna nell'età fertile¹⁸.

5. *L'approccio all'equità*

Come si è avuto moto di constatare, le disuguaglianze e la povertà che caratterizza le società in analisi, gravano ed incrementano il fenomeno della mortalità infantile.

Tale presa di coscienza ha indotto per la prima volta nel panorama internazionale ad aprire il dibattito in merito all'approccio all'equità¹⁹.

L'approccio all'equità, infatti, si è rivelato il modo migliore per incrementare rapidamente la copertura sanitaria per madri e bambini. Una sanità socialmente più equa ha conseguenze dirette sul benessere delle madri e dei bambini. Del resto i Paesi che hanno investito in interventi in favore delle famiglie più povere sono quelli che hanno ottenuto i migliori risultati in termini di copertura sanitaria.

In particolare nel Niger è stata sentita l'esigenza da parte della politica di garantire un equo accesso ai servizi sanitari.

In questo modo si è aperta la strada verso la gratuità delle cure mediche per donne incinte e bambini e si è cominciato ad investire le

¹⁸ L'UNICEF è stata protagonista di una campagna per debellare il tetano materno e neonatale (*"The Eliminate Project"*) sin dal 1999, insieme all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS). Kiwanis International, uno dei maggiori *club service* mondiali, è diventato partner di *"The Eliminate Project"* nel 2010, impegnandosi a raccogliere 110 milioni di dollari entro il 2015, necessari per immunizzare dal tetano almeno 61 milioni di donne e i loro futuri bambini.

¹⁹ La prima a parlarne è stata l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nella rivista *"The Lancet"*, la più autorevole rivista di scienze mediche in ambito internazionale.

già scarse risorse disponibili in misure a basso costo ed elevata efficacia come zanzariere trattate con insetticida e diffusione di vitamina A e sali per la reidratazione orale, al fine di combattere le terribili conseguenze della dissenteria infantile.

Quello del Niger è un caso esemplare per qualsiasi governo di un Paese in via di sviluppo che desideri migliorare la salute pubblica in breve tempo e con costi ridotti. Il caso del Niger è stato emblematico di come attraverso la strategia dell'equità si è dato libero accesso alle cure essenziali al fine di combattere la mortalità infantile²⁰. Sennonché l'Unicef ha ben sottolineato la necessità di porre in essere ulteriori interventi mirati soprattutto a livello geografico, intensificando l'attività nei Paesi in cui si verificano circa l'80% delle morti di bambini sotto i 5 anni²¹.

²⁰ I dati sono stati elaborati dal "Countdown to 2015" una partnership tra organizzazioni umanitarie, università e altri enti guidati dall'UNICEF e dalla OMS sono stati poi pubblicati da "The Lancet" quale partner scientifico principale. Insieme si sono posti l'obiettivo di misurare scientificamente progressi e ritardi verso il conseguimento degli Obiettivi del Millennio n. 4 e 5 su mortalità neonatale, infantile e materna, identificando ostacoli e proponendo misure e investimenti mirati per superarli. (Programmi-salute-mortalità infantile. Settembre 2012 su [www. http://www.unicef.it//sezione/305/ags/3/t/programmi](http://www.unicef.it//sezione/305/ags/3/t/programmi)).

²¹ Occorre rilevare che oltre 80 Governi, insieme a numerosi partner del settore privato, rappresentanti della società civile e organizzazioni religiose, hanno lanciato "Child Survival - A Call to Action" - un Forum ad alto livello promosso dai Governi di Etiopia, India e Stati Uniti, in collaborazione con l'UNICEF, per portare avanti un impegno globale per salvare la vita dei bambini. Negli ultimi 40 anni, nuovi vaccini, migliori pratiche di assistenza sanitaria, investimenti nel settore dell'istruzione e l'impegno di governi, società civile e altri partner hanno contribuito a ridurre il numero di decessi infantili (0-5 anni) di oltre il 50%. (Programmi-salute-mortalità infantile. Settembre 2012 su [www. http://www.unicef.it//sezione/305/ags/3/t/programmi](http://www.unicef.it//sezione/305/ags/3/t/programmi))

Come è facile immaginare i Paesi considerati sono caratterizzati da densità demografiche abbastanza rilevanti. E pertanto interventi mirati in tal senso devono avere ad oggetto preliminarmente l'accesso ai sistemi sanitari per le fasce meno servite, incluse popolazioni rurali e a basso reddito.

In secondo luogo è necessario procedere a porre in essere soluzioni ad alto impatto, primo tra tutte, affrontare le cinque cause che rappresentano quasi il 60% dei decessi infantili: polmonite, diarrea, malaria, nascite premature e decessi durante il parto. E non per ultimo, al di là dei programmi sanitari, bisogna investire nell'istruzione femminile, nell'emancipazione delle donne e promuovere una crescita economica inclusiva.

6. La strategia complessiva delle vaccinazioni

Negli anni della proficua attività svolta dall'Unicef, è stata individuata un'unica strategia complessiva per la salute infantile: l'immunizzazione attraverso i vaccini. Ogni anno 100 milioni di bambini al di sotto del primo anno di vita non vengono vaccinati, per via di marginalità sociali o geografiche, mancanza di risorse, carenze dei sistemi sanitari o a causa di conflitti.

Occorre rilevare che in questo quadro l'Unicef ha sostenuto importanti programmi di immunizzazione in 8 Paesi nei quali avvengono oltre un quarto di tutte le morti infantili nel mondo: Afghanistan, Angola, Repubblica Democratica del Congo, Ciad, Nigeria, Pakistan, Sudan, Yemen.

La campagna appena sopra citata è stata definita “100% vacciniamoli tutti”²². Grazie a questo fortunato intervento sono stati registrati importanti dati: in particolare sono stati debellati il vaiolo e la poliomelite in India, è notevolmente calata la mortalità per morbillo ed il tetano è stato eliminato in 29 Paesi²³. Del resto, come già sopra accennato, occorre evidenziare che le vaccinazioni hanno costi molto contenuti. Proteggere un bambino per tutta la vita costa meno di 1 dollaro – un vaccino contro la polio costa 33 centesimi, uno contro il morbillo appena 17 centesimi -.

Quel che sarebbe necessario da parte dei governi è stanziare somme adeguate oltre ad incoraggiare le innovazioni. Come si è avuto modo di constatare nel corso della presente analisi, il sostegno politico è risultato rilevante per estendere i benefici dei vaccini ai bambini delle famiglie più povere che vivono nelle comunità più remote.

²² L’UNICEF vuole raggiungere con le vaccinazioni il 100% dei bambini. La campagna internazionale “100% Vacciniamoli tutti” è stata lanciata dall’UNICEF per sostenere le vaccinazioni in 8 paesi dove si verificano oltre un quarto di tutte le morti infantili nel mondo: Afghanistan, Angola, Repubblica Democratica del Congo, Ciad, Nigeria, Pakistan, Sud Sudan e Yemen. In questi paesi circa 6 milioni di bambini non sono ancora vaccinati, molti dei quali vivono in zone remote, senza accesso ai servizi sanitari di base a causa di conflitti, povertà, mancanza di un sistema sanitario o tensioni sociali. L’obiettivo della Campagna è di sconfiggere la polio ed estendere al 100% dei bambini le vaccinazioni di routine entro il 2017. (Programmi-salute-vaccinazioni. Maggio 2014 su [www.
http://www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi](http://www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi)).

²³ Secondo gli United States Centers for Disease Control and Prevention [*il corrispettivo USA del nostro Istituto Superiore di Sanità*]. Le vaccinazioni hanno permesso di conseguire risultati di valore straordinariamente importante per la sopravvivenza e la salute dell’infanzia.

Da parte sua, l'Unicef è l'agenzia per l'approvvigionamento dei vaccini in tutto il mondo. È infatti interessante analizzare la strategia posta in essere dal Fondo delle Nazioni Unite al fine di promuovere la vaccinazione per il maggior numero di bambini che vivono nei Paesi in via di sviluppo. Il programma si basa infatti su una strategia di monitoraggio integrale e sulla sicurezza del vaccino che implica innanzitutto la collaborazione con fornitori preselezionati per scoraggiare posizioni di monopolio. È risultato poi essenziale operare una accurata previsione su scala pluriennale che ha consentito la negoziazione di prezzi vantaggiosi e scorte adeguate.

Infine, ma non per ultima, è stata fondamentale l'opera di distribuzione sicura e tempestiva nei vari Stati, poste altresì le difficoltà nel raggiungimento di villaggi più remoti. E qui che è entrato in gioco il sistema di distribuzione attraverso la catena a freddo, grazie ai numerosi operatori addestrati specificamente nelle vaccinazioni, i quali hanno avuto ed hanno tutt'ora il compito di assicurarsi che tutti coloro che si prendono cura dei bambini capiscano l'importanza delle vaccinazioni e il modo migliore per accedervi²⁴.

7. Considerazioni conclusive

La triste realtà sopra esaminata non deve far però dimenticare che gli ultimi due decenni hanno segnato progressi mai visti finora sul versante della tutela della salute materno infantile nel mondo.

²⁴ Queste misure aggiuntive rappresentano una importante integrazione delle vaccinazioni, tanto da far denominare *Immunization plus* ("Vaccinazione più") una delle priorità del Piano Strategico di Medio Termine dell'UNICEF. (Programmi-salute-vaccinazioni. Maggio 2012 su www.unicef.it/sezione/305/ags/3/t/programmi).

Risulta utile a tal riguardo evidenziare che dal 1990 al 2007 la mortalità infantile nei Paesi in via di sviluppo è calata del 27%; la polio è stata quasi debellata; le disfunzioni da carenza di iodio sono state ridotte di due terzi grazie alle massicce campagne di iodurazione del sale da cucina; i tassi di copertura vaccinale si sono stabilizzati al di sopra del 70% della popolazione infantile globale e i servizi per la salute riproduttiva e la contraccezione hanno raggiunto 700 milioni di donne nel mondo.

Tuttavia ciò che di positivo è stato fatto finora è poca cosa rispetto a quanto sarebbe possibile realizzare grazie alla crescita della ricchezza globale e ai mezzi messi a disposizione dai progressi della ricerca scientifica e tecnologica. La morte per banali malattie di migliaia di bambini ogni giorno è una vergogna da cancellare, per la civiltà ipertecnologica del terzo millennio. Su questo problema la comunità internazionale ha raggiunto un consenso unanime, ponendo la riduzione drastica della mortalità materno-infantile in cima agli Obiettivi del Millennio. La vita e il futuro dei bambini sono importanti non soltanto per loro ma anche per le loro famiglie, le loro comunità e la società intera.

I bambini maggiormente svantaggiati devono essere posti al centro dell'agenda globale dello sviluppo: possiamo identificare chi sono i bambini più vulnerabili ed esclusi e sapere dove si trovano. Rafforzando a livello locale i sistemi sanitari, educativi e di protezione sociale possiamo aiutare un numero maggiore di bambini a sopravvivere e a svilupparsi. Una maggiore equità nelle opportunità

per i bambini di oggi significherà minore diseguaglianza e maggiori progressi a livello globale domani²⁵.

L'approccio comunitario è di primaria importanza per supplire alla fragilità delle infrastrutture e dei servizi sanitari tradizionali, nell'ottica di dare concretezza a quei principi fondamentali alla base di ogni ordinamento giuridico, quali il principio dell'uguaglianza sostanziale e il diritto alla salute.

In tali realtà per nulla distanti dalla nostra, il bene salute deve poi declinarsi in modo proporzionale all'esigenza di assicurare il relativo diritto a quanti ne chiedono in silenzio l'osservanza e il riconoscimento. Pertanto il diritto alla salute non può non essere inteso se non come libero accesso a cure adeguate, a sistemi sanitari efficienti, ad informazioni condivise e ad una prevenzione responsabile.

Tutte strategie di intervento ed obiettivi mirati di cui l'Unicef, nel corso della propria attività di monitoraggio e sostegno, ne ha fatto da sempre il proprio indistinguibile vessillo.

²⁵ È quanto ha dichiarato, auspicandosi il raggiungimento di importanti traguardi su tale fronte, il direttore dell'UNICEF, Antony Lake. (Programmi-salute dei bambini. Su www.unicef.it/doc/2787/salute-dei-bambini.htm).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

MARJANE ORSI HILA

Dallo scontro all'incontro: la mediazione penale minorile tra tutela e auto responsabilizzazione del minore

ABSTRACT- This paper means to focus on victim-offender mediation as response to youth crime. According to the restorative justice's approaches, a criminal act is an offense against a victim within the context of a community, as opposed to a violation against the state. Thus, a criminal act engenders a conflict among people and harms the victim; justice cannot be achieved unless the conflict is solved and harm repaired. Based on this view, the offender along with other individuals affected by the criminal act actively participate in the resolution of the conflict, with the help of a fair and impartial third party. It is rooted in shared values of solidarity, reparation, and a sense of justice, while it holds the promise of becoming an effective measure to reduce and prevent youth crime and to increase citizens' sense of security.

KEYWORDS - victim-offender mediation, youth crime, solidarity, reparation

MARJANE ORSI HILA*

**Dallo scontro all'incontro: la mediazione penale minorile
tra tutela e auto responsabilizzazione del minore****

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Dalla vendetta al perdono responsabile: la giustizia senza spada della "restorative justice"*; 3. *La "nuova punitività": la mediazione penale*; 4. *Dalla devianza alla (ri)educazione: la mediazione penale minorile e la giustizia "formativa"*; 5. *I canali d'ingresso della mediazione nel rito penale minorile*; 6. *Dallo scontro all'incontro: il percorso di mediazione e le sue fasi*; 7. *Considerazioni conclusive*.

*«Un uomo che ha commesso un errore
e non l'ha riparato, ha commesso un altro errore».*
Confucio

1. Premessa

La citazione in epigrafe riassume compiutamente il principio emblematico sotteso non solo alla mediazione penale, istituto emergente nel panorama della giustizia penale minorile, ma anche all'intero modello di giustizia riparativa cui essa fa capo.

La mediazione rappresenta una prassi che negli ultimi anni si è andata affermando in maniera sempre più sistematica in diversi ambiti (civile, scolastico, culturale, etc.) grazie all'efficacia dimostrata quale strumento di convivenza sociale; ma è soprattutto all'interno del

* Dottoressa di ricerca in "Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo", Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare "Diritti del minore e Cooperazione Decentrata" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

sistema penale che essa trova fertile campo di applicazione come valida alternativa per comporre il conflitto generato dalla commissione di un reato.

Concepita come un processo in cui la vittima e l'autore di reato partecipano, liberamente, in modo attivo alla risoluzione dei disagi scaturenti da un illecito grazie all'aiuto di una terza parte imparziale, la mediazione penale sposa il nuovo paradigma di giustizia "*comunicativa*" che, puntando al carattere relazionale del reato, valorizza il ruolo della vittima e promuove l'autoresponsabilizzazione dell'autore.

La necessità di promuovere strumenti riparativi non stigmatizzanti ed in armonia con i principi generali posti a presidio dei minori – specie se autori di reato – ha fatto sì che proprio il sistema di giustizia penale minorile diventasse terreno privilegiato di applicazione della mediazione, quale opportunità di riparazione globale dell'offesa attraverso la riflessione, l'incontro e l'impegno responsabile per la trasformazione del conflitto generato dal reato.

L'esigenza di plasmare una giustizia a misura di bambini e ragazzi è molto avvertita dall'UNICEF, che ha sempre incentivato la creazione ed il rafforzamento di servizi adeguati che possano consentire ai minori di usufruire di strumenti alternativi alla detenzione per fuoriuscire rapidamente dal circuito penale.

Le pratiche conciliative, in effetti, hanno rivelato pienamente la loro efficacia nell'essere, da un lato, veicoli di (ri)educazione e risocializzazione per minori devianti e, dall'altro, validi mezzi di garanzia della protezione sociale.

Ai fini di un corretto inquadramento dell'istituto, tuttavia, occorre muovere le fila dal lento "*processo di umanizzazione*" del diritto penale, avvenuto attraverso la ricerca di tecniche sanzionatorie sempre meno afflittive e più efficaci che, caratterizzando quello che

comunemente viene definito “*il modello della restorative justice*”, costituiscono la risposta – dimostra la prassi – più adeguata alla pretesa punitiva dello Stato.

2. Dalla vendetta al perdono responsabile: la giustizia senza spada della “restorative justice”

Fin dall’antichità gli uomini hanno individuato due forme fondamentali di riparazione di quelli che consideravano crimini: il *sacrificio*, quale forma di rimedio per quei fatti che scuotevano così profondamente la vita della comunità da temere che potessero mettere in discussione la protezione della divinità, e la *vendetta*, quale forma di riparazione ordinaria per quei fatti che mettevano in discussione i rapporti tra famiglie e clan in un tempo in cui l’individuo contava solo come parte di un gruppo¹.

Vendetta e sacrificio, quindi, sono state per lungo tempo le due forme base di riparazione delle offese, costituendo gli strumenti principali della c.d. “*giustizia retributiva*”, ovvero di quella tecnica sanzionatoria che, ispirandosi alla legge del “taglione” prevede la compensazione del male (il delitto) con un altro male (la pena).

La scarsa efficacia deterrente e preventiva della pena intesa come mera punizione all’illecito commesso, mostrava ben presto la crisi di un sistema di giustizia ancorato alla religione o a un mondo di valori etici considerati indiscutibili e cristallizzati nel castigo quale giusta retribuzione per la trasgressione commessa, morale o giuridica che fosse.

¹ M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione e Giustizia*, 2/2015, 66.

L'insoddisfazione per un tale sistema, rigido ed emotivamente "sterilizzato", portò a maturare l'idea della pena come misura rieducativa che deve mirare al reinserimento sociale del reo, sulla base della convinzione per cui il reato (ed il conseguente conflitto che ne scaturisce) si configura come una lacerazione di legami sociali anziché una mera violazione della norma dettata dal diritto.

Spiega bene questa nuova visione Gustavo Zagrebelsky in un articolo pubblicato da *La Repubblica* un po' di tempo fa: "*Diciamo anche che il crimine determina una frattura nelle relazioni sociali. In una società che prenda le distanze dall'idea del capro espiatorio, non dovrebbe il diritto mirare a riparare quella frattura? (...) Si tratta di una prospettiva nuova e antichissima al tempo stesso, che potrebbe modificare profondamente le coordinate con le quali concepiamo il crimine e il criminale: da fatto solitario a fatto sociale; da individuo rigettato dalla società a individuo che continua a farne parte, pur rappresentandone il lato d'un rapporto patologico.*"²

È nel tentativo, quindi, di trovare risposte più vicine alla dimensione umanistica del reato che si tende a valorizzare e preferire forme di giustizia conciliativa, attribuendo al diritto (in particolare, quello penale) l'importante funzione di assicurare l'armonia sociale attraverso il controllo della vendetta.

Differenziandosi dalle precedenti teorizzazioni della pena – che avevano finito sostanzialmente per escludere dal conflitto i reali protagonisti del reato, incentrate com'erano a soddisfare la pretesa punitiva dello Stato – la giustizia riparativa prevede il coinvolgimento attivo della vittima, del reo e della loro comunità di appartenenza per

² G. ZAGREBELSKY, *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, *La Repubblica*, 23 gennaio 2015.

cercare una soluzione che promuova la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e quel senso di sicurezza collettivo perduto. L'obiettivo di questo nuovo paradigma è quello di «*superare la logica del castigo, muovendo da una lettura relazionale del fenomeno criminoso, inteso primariamente come un conflitto che provoca la rottura di aspettative sociali simbolicamente condivise. Il reato non dovrebbe più essere considerato soltanto un illecito commesso contro la società, o un comportamento che incrina l'ordine costituito – e che richiede una pena da espiare – bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alle vittime privazioni, sofferenze, dolore e persino la morte e che richiede, da parte del reo, principalmente l'attivazione di forme di riparazione del danno provocato*». ³

Già impiegata da tempo e con successo in diversi parti del mondo, la giustizia riparativa fonda le sue radici nel c.d. “*esperimento di Kitchener*”, allorché in una cittadina canadese (appunto, Kitchener, nell'Ontario) all'inizio degli anni '70 alcuni educatori proposero al giudice che aveva condannato due ragazzini, responsabili di aver danneggiato – sotto l'effetto di sostanza alcoliche – diverse abitazioni del paese, un programma di *probation*⁴ diverso dal solito.

I due operatori pensarono infatti di sostituire il consueto modulo a base di studio, attività ricreative e qualche colloquio a sfondo psicologico con un serio programma di incontri tra i due giovani e le famiglie colpite dai danneggiamenti, durante i quali i primi consegnarono a queste le somme disposte dal giudice a titolo di risarcimento (e procurate attraverso il lavoro) e le vittime ebbero la

³ A. CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, 2001, 307 ss.;

⁴ Istituto anglosassone della messa alla prova.

possibilità di rivolgere alcune domande ai due ragazzi circa le modalità ed i motivi del reato.

Le reazioni delle vittime all'incontro furono molteplici: mentre alcune di esse si dichiararono soddisfatte per aver ottenuto il risarcimento del danno nonché le scuse di chi lo aveva causato, o comunque mostrarono un atteggiamento comprensivo verso i due giovani, vi fu anche chi si mostrò ostile a tale incontro o ritenne troppo bassa la cifra stabilita dal giudice⁵.

In ogni caso, la valutazione globale dell'esperimento fu positiva e incoraggiò lo sviluppo di programmi analoghi, che si diffusero rapidamente in tutto il Canada, negli Stati Uniti ed in alcuni paesi europei tra cui la Francia.

Questo metodo, identificato inizialmente con la mediazione V.O.M. (*victim-offender mediation*) ovvero con la comunicazione diretta autore-vittima agevolata da un terzo, che esita nella riparazione materiale (nei suoi diversi aspetti del risarcimento e delle restituzioni), si è poi propagato secondo moduli variamente arricchiti da programmi predisposti talora puntando esclusivamente sullo scambio comunicativo tra le parti, talaltra prevedendo anche il coinvolgimento attivo della comunità (dai gruppi familiari alle istituzioni locali).

Tuttavia, per tutta una prima fase la giustizia riparativa si è espressa attraverso pratiche, esperimenti e iniziative locali senza il supporto di basi normative e senza investimenti istituzionali.

Sul finire degli anni '90 in Europa si è però manifestata la necessità di riconoscere le esperienze di giustizia riparativa e, soprattutto, di

⁵ S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale- retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, FrancoAngeli, Milano 1996.

mediazione autore-vittima attraverso testi di legge destinati principalmente alla giustizia penale minorile.

L'istituzionalizzazione ha compiuto un deciso passo in avanti negli anni 2000 in tutta Europa, grazie a due importanti raccomandazioni⁶, alla Dichiarazione di Vienna⁷, oltre che, nel panorama internazionale, grazie alla Risoluzione delle Nazioni Unite sui Principi Base della Giustizia riparativa in ambito penale⁸.

Cass. 9/6/2005 n.12168, 26/11/2004 n.22235, 21/3/2003 n. 4124, da ultimo, 27/03/2017. Solo nel 2012, però, che questo modello riceve definitiva consacrazione istituzionale grazie alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che,

⁶ Raccomandazione n. 19 sulla mediazione in materia penale adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 15 settembre 1999; Raccomandazione n. 20 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 24 settembre 2003, concernente le nuove modalità di trattamento della delinquenza giovanile ed il ruolo della giustizia minorile.

⁷ Adottata a conclusione dei lavori del Decimo Congresso Internazionale delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e sul Trattamento dei Rei, tenutosi a Vienna dal 10 al 17 aprile 2000, contiene la definizione di impegni verso l'introduzione di *"adeguati programmi di assistenza alle vittime del crimine, a livello nazionale, regionale, ed internazionale, quali meccanismi per la mediazione e la giustizia riparatrice"*.

⁸Economic and Social Council delle Nazioni Unite n. 15/2002, che vede nella giustizia riparativa *"(...)una misura dinamica di contrasto alla criminalità, che rispetta la dignità di ciascuno e l'eguaglianza di tutti, favorisce la comprensione e contribuisce all'armonia sociale essendo tesa alla "guarigione" delle vittime, dei rei e delle comunità. Importante l'affermazione che riguarda il fatto che gli interventi di giustizia riparativa danno la possibilità alle vittime di ottenere una riparazione, di sentirsi più sicure e di trovare una tranquillità, e permette altresì ai delinquenti di prendere coscienza delle cause e degli effetti del loro comportamento e di assumersi le loro responsabilità in maniera costruttiva, aiutando anche le comunità a comprendere le cause profonde della criminalità e a promuovere azioni per un maggiore benessere e per la prevenzione della criminalità"*.

istituendo norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, disciplina espressamente i “*servizi di giustizia riparativa*”⁹ sostituendo la meno ampia e articolata Decisione-quadro 2001/220/GAI UE2 «sulla posizione della vittima nel procedimento penale», fatte salve le precedenti direttive per particolari categorie di vittime¹⁰.

3. La “nuova punitività”: la mediazione penale

Lo strumento più significativo di cui si avvale la *restorative justice*, nel quadro appena delineato, è la mediazione penale, meglio definita come “*Victim-Offender Mediation*” secondo il modulo base di incontro diretto tra le parti coinvolte dalla commissione di un illecito, puntando al recupero e alla risocializzazione tramite modalità concrete individuabili caso per caso.

Proprio la Raccomandazione del Consiglio d’Europa n. 19/99 la definisce come «*ogni procedura in cui vittima e autore del reato possono, se lo consentono liberamente, partecipare attivamente alla risoluzione dei problemi che sorgono dalla commissione del reato attraverso l’aiuto di una parte terza imparziale, il mediatore*».

⁹ La Direttiva, all’art. 2, co. 1, d), definisce la “*giustizia riparativa*” come “*ogni procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni sorte dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale*”.

¹⁰ L’Italia non ha provveduto all’attuazione della Decisione Quadro: v. D. SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell’Unione Europea*, in *Dir. un. eu.*, 2013, 613 ss. Per un inquadramento storico della sensibilità europea (e non solo) nei confronti della vittima di cui la Direttiva è vincolante epilogo, cfr. V. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano 1993, 996 ss.

Si tratta di un nuovo modo di gestire la relazione autore-vittima dell'illecito: fondata sulla concezione dinamico-relazionale del reato, la mediazione rappresenta una possibilità offerta ai protagonisti del conflitto generato dall'episodio criminoso di potersi confrontare, liberamente, in uno spazio di ascolto protetto e neutrale alla presenza del mediatore.

Nella cornice di una giustizia "riparativa" che cura e guarisce anziché punire, l'incontro di mediazione – basato sullo schema trilatere conflitto-dialogo (mediazione)-accordo – permette alle persone coinvolte nel conflitto di far emergere il proprio punto di vista e le proprie emozioni e di poterle comunicare all'altro, sentendosi ascoltate.

Il mediatore – grazie anche alla sua diversità rispetto alla figura del giudice, che inevitabilmente richiama la razionalizzazione istituzionale del processo e di un conflitto che non può essere sanato, in cui ciascuna parte è identificata da un ruolo ben preciso – funge da facilitatore di questa comunicazione: egli, in virtù delle sue competenze specifiche¹¹ sa affrontare e gestire le dinamiche di scontro, aiuta le parti a comprendere l'origine del conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a negoziare la riparazione, morale prima ancora che materiale.

Questa modalità comunicativa, che concede tempo all'espressione, al confronto e alla comprensione dell'altro, avvicina le parti aiutandole a

¹¹ Lo statuto di tale figura professionale rimane è ancora poco definito, anche se la Raccomandazione del Consiglio d'Europa (N° R(99)19, offre importanti indicatori di riferimento: "i mediatori dovrebbero essere reperiti in tutte le aree sociali e dovrebbero possedere generalmente una buona conoscenza delle culture locali e comunitarie" (art. 22); - "i mediatori dovrebbero ricevere una formazione iniziale di base e effettuare un training nel servizio prima di intraprendere l'attività di mediazione" (art.24); - i mediatori devono acquisire, attraverso la formazione, "un alto livello di competenza che tenga presenti le capacità di risoluzione del conflitto, i requisiti specifici per lavorare con le vittime e gli autori di reato nonché una conoscenza base del sistema penale (art. 24)".

ricomporre la frattura: abbandonata la rigidità delle proprie posizioni – altrove stigmatizzate nel ruolo di “vittima” e “autore” del reato, come dicevamo – le parti si incontrano come “persone” e diventano protagoniste della possibilità di decidere responsabilmente ed insieme una soluzione che soddisfi entrambe.

In quest’ottica, è la vittima che assume una posizione centrale: ad essa viene riservato uno spazio di attenzione – solitamente non offerto dalla giustizia tradizionale – in cui poter esprimere il proprio vissuto, sentirsi ascoltata e supportata, finalmente coinvolta in un tentativo di rielaborazione dell’accaduto.

Contemporaneamente, all’autore di reato la mediazione offre gli strumenti per una responsabilizzazione rispetto all’offesa arrecata e al danno cagionato, oltre che la possibilità di far emergere le emozioni, gli stati d’animo, i pensieri legati al fatto-reato in un contesto protetto e neutro, permettendo di riflettere inoltre sul valore della riparazione. Proprio il momento della riparazione concede all’autore del reato la possibilità di proporre un’immagine diversa di sé, slegata dall’episodio criminoso e orientata invece verso buone pratiche per riscattarsi agli occhi della vittima e della società attraverso l’attivazione concreta per il ristoro del danno cagionato ed il pieno riconoscimento della sofferenza “umana” procurata alla vittima.

Ciò, in quanto all’interno di questo spazio le questioni fondamentali non sono più: "*chi merita di essere punito?*" e "*con quali sanzioni?*" bensì "*cosa può essere fatto per riparare il danno?*", ed è così che la giustizia riparativa raggiunge i suoi obiettivi originari¹²:

- Il riconoscimento della vittima, perché possa riguadagnare il controllo sulla propria vita e le proprie emozioni, superando

¹² CERETTI, DI CIO', MANNOZZI, *Il coraggio di mediare*, a cura di F. Scaparro, Guerini Editore, Milano 2001.

gradualmente i sentimenti di vendetta e di rancore, ma anche di sfiducia verso l'autorità che avrebbe dovuto tutelarla;

- La riparazione del danno nella sua dimensione globale, che comprende oltre la componente economica, anche la dimensione psicologica ed emozionale dell'offesa, causa anche di insicurezza collettiva;

- L'autoresponsabilizzazione del reo, ovvero riconoscere la propria responsabilità ed avvertire la necessità della riparazione;

- Il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione, nel doppio ruolo di destinataria delle politiche di riparazione e di attore sociale partecipe nel percorso di pace;

- Il rafforzamento degli standards morali attraverso un'adeguata gestione comunicativa e comunitaria del conflitto in oggetto e lo svolgimento di concrete attività riparative;

- Il contenimento dell'allarme sociale, a condizione che le persone che compongono la comunità di riferimento siano coinvolte ed informate rispetto alle operazioni messe in campo per migliorare la percezione della sicurezza¹³.

In buona sostanza, se le inadempienze delle istituzioni e le imperfezioni della giustizia ordinaria possono essere fonte di ulteriori forme di vittimizzazione per la persona offesa, con la mediazione, invece, le sue istanze possono finalmente essere ascoltate, riconosciute ed accolte.

Obiettivo fondamentale della mediazione non è infatti accertare la colpevolezza, ma analizzare e comprendere le concrete ragioni del reato e le esigenze della relativa risposta, mettendo in mano alle parti

¹³ W. WRIGHT, Contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative", Roma, 20-21 aprile 2001.

il potere di gestire in prima persona le conseguenze del fatto, al di là della ricerca delle prove relative alla responsabilità delle persone coinvolte.

4. *Dalla devianza alla (ri)educazione: la mediazione penale minorile e la giustizia “formativa”*

La sperimentazione delle attività di mediazione in Italia è stata avviata, come sovente è avvenuto anche in altri Paesi Europei, in assenza di una disciplina normativa specifica: la diffusione di tale pratica è stata frutto di esperienze pionieristiche, attuate in mancanza di modelli e criteri legislativi uniformemente condivisi.

Il primo e più importante spazio di sperimentazione di percorsi risarcitori nella prospettiva della mediazione e riconciliazione nel nostro paese è stato quello dell’ambito minorile che, per le sue caratteristiche intrinseche, si è dimostrato terreno fertile in cui conciliare tutela del minore autore di reato e tutela della vittima, in un progetto che guardi al futuro per entrambi.

L’intero impianto normativo della giustizia penale minorile è attualmente costituito dal D.P.R. 448/88, permeato da una serie di principi peculiari volti ad impedire che l’intervento della giustizia possa arrecare, mediante processi di “*etichettamento sociale*” e marginalizzazione, danni allo sviluppo psicofisico del minore finito nel circuito penale.

Ragione per cui gli strumenti da adottare, caratterizzati dalla minima offensività, devono tendere alla rieducazione del minore, promuovendo lo sviluppo delle sue capacità autoregolative che gli consentano di costruirsi un diverso percorso evolutivo in prospettiva futura.

Di talché, la prevalente finalizzazione dell'intervento penale al recupero e al reinserimento sociale del minore deviante che caratterizza l'intera articolazione del sistema penale minorile – e di cui i principi di specializzazione del giudice, della centralità dello studio della personalità, della finalità principalmente educativo-preventiva delle sanzioni e della predisposizione di un intervento individualizzato rappresentano i cardini principali – ben si sposa con l'appurata attitudine della mediazione al conseguimento di risultati positivi in ordine alla responsabilizzazione del reo ed alla sua risocializzazione.

Il minore deviante diventa, quindi, il primo destinatario della giustizia riparativa e della mediazione penale, in ragione dei peculiari obiettivi a cui la politica criminale minorile attualmente tende, primo fra i quali la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

In virtù di ciò, nella consapevolezza che il comportamento criminale posto in essere in età giovanile possa costituire espressione di un modo di essere costante del soggetto, ma, al contrario, sia manifestazione di un disagio temporaneo e che la personalità dei minori, se aiutata da opportuni interventi correttivi e di sostegno, possa emanciparsi dalla condotta criminale¹⁴, la mediazione rappresenta una di quelle strategie processuali volte a *“valorizzare le possibili stimolazioni positive insite in un corretto confronto con la società civile e con le sue regole”*¹⁵ rifuggendo, ove ne sussistano i presupposti, dalla soluzione carceraria.

Alla particolare sensibilità, all'interno del processo penale minorile, della personalità *in fieri* del minore – che si traduce nella previsione di una serie di strumenti che impediscano l'effetto stigmatizzante della

¹⁴ L. PICOTTI, *Progetto “Cromlech” modelli di mediazione penale minorile – Programma AGIS 2004, dossier ITALIA consultabile sul sito www.centrostudinisida.it*.

¹⁵ Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, Supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale n. 250 del 24 ottobre 1988, p. 217.

pena classica – fa tuttavia da contraltare la marginalizzazione della persona offesa, che è ancora più accentuata di quanto non lo sia nel processo ordinario: per essa opera infatti il divieto di costituirsi parte civile nel processo penale a carico del minore.

Tale preclusione, che si traduce in un'evidente penalizzazione, finirebbe col relegare la vittima a mera spettatrice di un processo destinato a chiudersi in maniera *soft* per il minore: epilogo percepito come foriero di ulteriore ingiustizia nei suoi confronti o come sostanziale disinteresse dello Stato.

La necessità allora di plasmare una risposta sanzionatoria che, da un lato tenga conto delle esigenze specifiche del relativo destinatario (il minore) e dall'altro soddisfi le aspettative punitive della vittima, sfocia nella predisposizione di modalità d'intervento che includano il confronto tra il reo e la sua vittima e che vedono nella mediazione lo spazio ideale per trovare piena affermazione.

D'altronde, la mediazione è la "*Giustizia delle emozioni*".¹⁶

5. I canali d'ingresso della mediazione nel rito penale minorile

Il D.P.R. 448/88 non contiene alcuna disposizione normativa che espressamente preveda e disciplini l'istituto della mediazione.

Si sono pertanto individuati, sulla base di prassi consolidate, degli interstizi normativi per l'ingresso delle pratiche conciliative nel rito penale minorile.

Il primo *escamotage* è stato di attivarla nell'ambito dei previsti "*accertamenti sulla personalità del minorenni*" di cui all'art. 9 D.P.R. 448/1988¹⁷.

¹⁶ J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, FrancoAngeli, Milano 2003.

¹⁷ (Accertamenti sulla personalità del minorenni) – "*1. Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari,*



Quest'ultimo, nella previsione di cui al comma 1 conferisce al G.I.P. ed al P.M. il potere di acquisire elementi ed informazioni relativi alla personalità del minorenne anche attraverso la consultazione “*di esperti, (...) senza alcuna formalità*”, mentre il comma 2 permette agli stessi soggetti di assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, senza alcuna formalità procedurale.

L'autorità giudiziaria può quindi rivolgersi ad operatori specializzati, richiedendo una specifica valutazione circa la disponibilità del minore ad incontrare la vittima e l'opportunità di esperire, quindi, un tentativo di mediazione nel caso concreto.

Se tale procedura viene espletata, la pubblica accusa od il giudice giungono a disporre di ulteriori elementi ai fini della valutazione della personalità del minore e, conseguentemente, delle determinazioni processuali da assumere: l'esito positivo del percorso di mediazione può costituire elemento fondante – qualora ricorrano tutti i presupposti previsti - per una sentenza di non luogo a procedere ex art. 27 D.P.R. 448/1988¹⁸, ovvero per la concessione del perdono

sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.2. Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità”.

¹⁸ (Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto) –“1. Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne. 2. Sulla richiesta il giudice provvede in camera di consiglio sentiti il minorenne e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato. Quando non accoglie la richiesta il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero. 3. Contro la sentenza possono proporre appello il minorenne e il procuratore generale

giudiziale, ex art. 169 c.p.¹⁹, o l'applicazione delle "sanzioni sostitutive", ex art. 30 D.P.R. 448/1988²⁰.

La riconciliazione tra il minore e la vittima del reato consente, infatti, di considerare il reato stesso "attenuato", venendo in rilievo il comportamento del minore avuto durante la mediazione, ed

presso la corte di appello. La corte di appello decide con le forme previste dall'articolo 127 del codice di procedura penale e, se non conferma la sentenza, dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero. 4. Nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice pronuncia di ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se ricorrono le condizioni previste dal comma 1".

¹⁹(Perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto) - *Se, per il reato commesso dal minore degli anni diciotto la legge stabilisce una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a due anni, ovvero una pena pecuniaria non superiore nel massimo a euro 5 (1) anche se congiunta a detta pena, il giudice può astenersi dal pronunciare il rinvio al giudizio, quando, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati. Qualora si proceda al giudizio, il giudice, può, nella sentenza, per gli stessi motivi, astenersi dal pronunciare condanna. Le disposizioni precedenti non si applicano nei casi preveduti dal n. 1 del primo capoverso dell'articolo 164. Il perdono giudiziale non può essere concesso più di una volta".*

²⁰(Sanzioni sostitutive) - *"1. Con la sentenza di condanna il giudice, quando ritiene di dover applicare una pena detentiva non superiore a due anni, può sostituirla con la sanzione della semidetenzione o della libertà controllata, tenuto conto della personalità e delle esigenze di lavoro o di studio del minore nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali. 2. Il pubblico ministero competente per l'esecuzione trasmette l'estratto della sentenza al magistrato di sorveglianza per i minorenni del luogo di abituale dimora del condannato. Il magistrato di sorveglianza convoca, entro tre giorni dalla comunicazione, il minore, l'esercente la potestà dei genitori, l'eventuale affidatario e i servizi minorili e provvede in ordine alla esecuzione della sanzione a norma delle leggi vigenti, tenuto conto anche delle esigenze educative del minore".*

eventualmente le attività da questo intraprese per riparare le conseguenze del reato.

Del resto, la mediazione, lavorando “dall'interno” del conflitto, ha in sé la capacità di gettare una nuova luce sull'intero fatto-reato e la riparazione, se maturata attraverso tale percorso e se avvenuta prima dell'inizio del dibattimento, riduce significativamente la dimensione del danno, limitando perciò l'efficacia ostativa di uno dei parametri per la valutazione della tenuità del fatto.

Al di là del provvedimento adottato all'esito finale del giudizio – comunque sempre teso al *favor minoris* – l'esperienza applicativa ha dimostrato i molteplici vantaggi di un percorso di mediazione che si attui nelle prime fasi dell'iter giudiziario.

In primis si ammette il minore a beneficiare di un'opportunità di risocializzazione immediata o molto vicina rispetto al reato commesso. È infatti evidente che una sensibilizzazione sulle conseguenze dannose della condotta posta in essere, operata in un momento prossimo al fatto, generi un impatto emotivo di diverso rilievo, rispetto a quello di un intervento analogo ma condotto a distanza di tempo dall'illecito.

In secondo luogo, si evitano gli effetti biasimanti connessi al vero e proprio esercizio dell'azione penale e, di conseguenza, quei processi di stigmatizzazione ed emarginazione che vengono unanimemente riconosciuti quali fattori di stimolo alla conferma della scelta deviante. Inoltre, l'attivazione della mediazione in sede pre-processuale conduce ad un'analisi conoscitiva più efficace e puntuale della personalità del minore, che è un'entità dinamica ed in rapida evoluzione: la valutazione della sua imputabilità o del suo grado di responsabilità potrebbe risultare falsata, se operata – con un difficoltoso percorso a ritroso nel processo di sviluppo della personalità del minore – dopo molti mesi dal fatto di reato, specie se il minore abbia nel frattempo

vissuto l'esperienza, inevitabilmente traumatizzante, dell'inizio e sviluppo dell'azione penale.

Non va, poi, trascurata in tale analisi la posizione della persona offesa o comunque della vittima: l'avvio rapido di un intervento di mediazione può offrire la dimostrazione della pronta reazione dell'ordinamento al fatto illecito, in grado di attenuare quel senso di frustrazione che solitamente si accompagna alla lentezza dell'azione giudiziaria.

Minor spazio sembra avere la possibilità di disporre la mediazione in sede di applicazione ed esecuzione di misure cautelari, ed in particolare delle "prescrizioni" previste dall'art. 20, comma 1, D.P.R. 448/1988²¹, in forza del quale il giudice è ammesso "*ad impartire al minore specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio e di lavoro o di altre attività utili per la sua educazione*".

In tale ambito potrebbe in effetti comprendersi qualsiasi attività di riparazione del danno provocato dal reato, sia essa di carattere sociale oppure direttamente rivolta alla vittima del reato. La mancanza di "volontarietà" di una siffatta attività stride però con il concetto stesso di mediazione in senso proprio.

Maggior spazio di operatività di pratiche conciliative sembra riservato dall'art. 27 D.P.R. 448/1988²², che disciplina l'istituto della "*sentenza*

²¹ (Prescrizioni) – "1. Se, in relazione a quanto disposto dall'articolo 19 comma 2, non risulta necessario fare ricorso ad altre misure cautelari, il giudice, sentito l'esercente la potestà dei genitori, può impartire al minorenne specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili per la sua educazione. Si applica l'articolo 19 comma 3. 2. Le prescrizioni previste dal comma 1 perdono efficacia decorsi due mesi dal provvedimento con il quale sono state impartite. Quando ricorrono esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione, per non più di una volta, delle prescrizioni imposte".

²² v. sub. 17.

di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto”, in base al quale, qualora ricorrano congiuntamente i tre requisiti della tenuità del fatto, dell’occasionalità del comportamento e dell’eventuale pregiudizio derivante dall’ulteriore corso del processo per le esigenze educative del minore, il P.M. è autorizzato a chiedere al giudice di pronunciarsi in tal senso, fin dalla fase delle indagini preliminari.

E la richiesta della pubblica accusa – si ritiene – potrebbe senz’altro essere indotta dall’accertamento dell’avvenuta composizione del conflitto con la vittima, attuata attraverso forme di riparazione o conciliazione, che dimostrino o rendano in concreto il fatto “irrilevante”, elidendone l’offensività.

Diversamente si configura invece l’istituto previsto dall’art. 28 D.P.R. 448/1988²³ che, nel disciplinare la misura della “*sospensione del*

²³ (Sospensione del processo e messa alla prova) – “1. Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all’esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno. Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione. 2. Con l’ordinanza di sospensione il giudice affida il minore ai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato. 3. Contro l’ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l’imputato e il suo difensore. 4. La sospensione non può essere disposta se l’imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato. 5. La sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte”.

processo e messa alla prova”, menziona esplicitamente le pratiche di riparazione e conciliazione tra le possibili ‘prescrizioni’ che possono corredare il progetto d’intervento elaborato dai servizi sociali.

L’istituto in questione consiste nella possibilità di sospendere il processo per sottoporre l’imputato minorenni ad un itinerario educativo assistito, di durata predeterminata, il cui esito positivo è in grado di condurre ad una sentenza di estinzione del reato, in ragione del venir meno della sua predisposizione all’illecito, risultante dal percorso di responsabilizzazione e crescita realizzato anche attraverso l’adempimento di obblighi prestabiliti e finalizzati alla sua risocializzazione.

Un tale risultato è infatti considerato dall’ordinamento quale fattore idoneo a giustificare la rinuncia definitiva dello Stato alla realizzazione della pretesa punitiva.

Il programma relativo alla prova, personalizzato e teso al recupero del minore deviante, viene definito, in confronto dialettico con lui, dai servizi socio-assistenziali degli enti locali e dai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia, i quali, in qualità di responsabili funzionali della prova e di referenti del giudice, gli sottopongono il progetto.

In base al comma 2 dell’art. 28 D.P.R. 448/1988 l’autorità giudiziaria, nel pronunciare l’ordinanza ammissiva della prova, può *“impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato ed a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa”*, configurando così l’unica ipotesi di mediazione penale o ‘processuale’(effettivamente interna allo stesso giudizio).

La “riparazione delle conseguenze del reato” si concreta generalmente nello svolgimento di attività lavorative – dalle quali possono derivare anche proventi per la soddisfazione economica delle pretese della vittima – che devono favorire il processo di maturazione del minore:



tanto che può trattarsi anche di altre attività, aventi un generale carattere di controprestazione, implicanti un suo contributo fattivo.

Per quanto riguarda, invece, la conciliazione con la parte offesa, essa s'identifica con la riappacificazione susseguente ad un'intesa intervenuta tra le parti ed al riconoscimento reciproco.

Considerata la rilevante valenza pedagogica della mediazione, è previsto che la disponibilità del minore a riparare ed eventualmente a riconciliarsi con la vittima possa di per sé esaurire i contenuti del progetto d'intervento, determinando pertanto la conclusione del processo, con sentenza che dichiara l'estinzione del reato.

Di conseguenza, laddove il minore non introietti la portata emotiva ed educativa del percorso, intrapreso eventualmente solo per ragioni utilitaristiche, il progetto rivela un esito negativo ed il processo segue il suo corso ordinario.

Infine, non è mancato chi ha ravvisato anche negli articoli 30²⁴ e 32²⁵ D.P.R. 448/1988 una possibilità di esperire attivare la mediazione

²⁴ (Sanzioni sostitutive) - “1. Con la sentenza di condanna il giudice, quando ritiene di dover applicare una pena detentiva non superiore a due anni, può sostituirla con la sanzione della semidetenzione o della libertà controllata, tenuto conto della personalità e delle esigenze di lavoro o di studio del minorenne nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali. 2. Il pubblico ministero competente per l'esecuzione trasmette l'estratto della sentenza al magistrato di sorveglianza per i minorenni del luogo di abituale dimora del condannato. Il magistrato di sorveglianza convoca, entro tre giorni dalla comunicazione, il minorenne, l'esercente la potestà dei genitori, l'eventuale affidatario e i servizi minorili e provvede in ordine alla esecuzione della sanzione a norma delle leggi vigenti, tenuto conto anche delle esigenze educative del minorenne”.

²⁵ (Provvedimenti) - “1. Nell'udienza preliminare, prima dell'inizio della discussione, il giudice chiede all'imputato se consente alla definizione del processo in quella stessa fase, salvo che il consenso sia stato validamente prestato in precedenza. Se il consenso è prestato, il giudice, al termine della discussione, pronuncia sentenza di non luogo a procedere nei casi previsti dall'articolo 425 del

nell'ambito delle sanzioni sostitutive ed in fase di esecuzione della pena.

Tuttavia l'attivazione di un percorso di mediazione in tali fasi, in cui vi è già stata una statuizione sulla colpevolezza, rischierebbe di alterare la natura e le finalità stesse dell'istituto che, uniformato ai principi di volontarietà del consenso all'adesione di un percorso conciliativo e "neutralità" rispetto alle posizioni processuali dei soggetti coinvolti, perderebbe la sua valenza in una fase in cui il conflitto è stato già risolto da una pronuncia di condanna con la "cristallizzazione dei ruoli processuali". D'altronde, sarebbe una contraddizione in termini, considerando che essa è orientata a favorire la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

codice di procedura penale o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto. 2. Il giudice, se vi è richiesta del pubblico ministero, pronuncia sentenza di condanna quando ritiene applicabile una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva. In tale caso la pena può essere diminuita fino alla metà rispetto al minimo edittale. 3. Contro la sentenza prevista dal comma 2 l'imputato e il difensore munito di procura speciale possono proporre opposizione, con atto depositato nella cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza, entro cinque giorni dalla pronuncia o, quando l'imputato non è comparso, dalla notificazione dell'estratto. La sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. 3-bis. L'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata a carico di più minorenni imputati dello stesso reato rimane sospesa nei confronti di coloro che non hanno proposto opposizione fino a quando il giudizio conseguente all'opposizione non sia definito con pronuncia irrevocabile. In caso di urgente necessità, il giudice, con separato decreto, può adottare provvedimenti civili temporanei a protezione del minorenne. Tali provvedimenti sono immediatamente esecutivi e cessano di avere effetto entro trenta giorni dalla loro emissione".

6. *Dallo scontro all'incontro: il percorso di mediazione e le sue fasi*

La mediazione si articola in una serie di fasi che vedono nell'incontro vittima-autore del reato il fulcro dell'intero percorso da cui ne dipende l'esito.

L'avvio del processo di mediazione si basa sulla richiesta, da parte degli organi preposti, al Servizio di mediazione di valutare l'effettiva possibilità di intraprendere un percorso conciliativo tra i soggetti coinvolti dalla situazione conflittuale generata dal reato.

In questa fase, preliminare, del processo di mediazione si procede dunque alla raccolta ed all'analisi delle informazioni relative alla dinamica del conflitto e del contesto in cui si è sviluppato, allo scopo di verificare la fattibilità o meno del percorso, predisponendo un incontro di "aggancio" nel quale le parti verranno sentite separatamente.

Tale colloquio, in particolare, consente al mediatore di fornire alle parti significative informazioni sulla portata del percorso da intraprendere, rimettendo alle stesse la possibilità di decidere in piena autonomia, consapevolezza e libertà se iniziare o meno la mediazione

Sulla base delle manifestazioni rese dagli interessati, si procede ad una *valutazione della fattibilità*: le parti vengono accolte nella stanza della mediazione ed è il mediatore il primo a prendere parola, introducendo le regole del dialogo che dovranno presidiare l'intero percorso.

Il mediatore prosegue poi con la riformulazione dei contenuti dei due incontri disgiunti: in questa fase egli assume il ruolo di garante e quindi di responsabile delle regole precedentemente dettate attraverso un corretto, equo, imparziale rapporto di comunicazione.

In particolare, il mediatore deve promuovere un clima sereno, assicurando il rispetto reciproco delle parti, favorendone la vicendevole comprensione attraverso tecniche comunicative che sappiano agevolare il dialogo teso, dapprima a fare riaffiorare (e conseguentemente rielaborare) tutte le emozioni negative scaturite dall'episodio criminoso e successivamente a far emergere speranze, aspettative e proposte dei soggetti coinvolti.

È sempre il mediatore, inoltre che, per antonomasia in piena equidistanza, agevola la promozione di accordi riparatori di tipo morale, o progetti di riparazione del danno di tipo simbolico.

Questo momento si conclude con la formulazione delle diverse opzioni per la riconciliazione/riparazione, a cui faranno seguito le considerazioni finali del mediatore/i e l'eventuale accordo riconciliativo o riparativo sottoscritto da entrambe le parti.

7. Considerazioni conclusive

Dall'esame, sin qui condotto, delle caratteristiche peculiari dell'istituto della mediazione, se ne evince la sua attitudine a costituire, nel vigente sistema penale minorile, uno strumento più che efficace nell'evitare gli effetti stigmatizzanti indefettibilmente connessi all'inflizione di una sanzione penale classica.

L'opportunità di scusarsi con la vittima e riparare il danno procuratole, fornisce al minore deviante gli strumenti necessari ad interrompere i processi d'identificazione negativa, da parte del minorenni, e di "etichettamento" del deviante, ad opera della comunità, che costituiscono fattori di conferma della scelta deviante precocemente manifestata.

Essa, infatti, non solo si propone di soddisfare l'esigenza primaria, fortemente avvertita dal legislatore del 1988, di non compromettere, con l'esercizio dell'azione penale, le prospettive future del minore deviante, ma al contempo mira a perseguire gli obiettivi educativi che la giustizia minorile più in generale si prefigge, incrementando le possibilità di rapida fuori uscita del minore dal processo e dal circuito penale.²⁶

Le indagini scientifiche condotte in materia, in effetti, hanno dimostrato che il contatto diretto con la vittima e la presa di coscienza della sofferenza arrecatale costituiscono elementi in grado di innescare nel minore un processo di maturazione e di responsabilizzazione nei confronti delle condotte delinquenziali e dei loro significati relazionali, sociali ed etici.

L'idoneità della mediazione ad intervenire sulla percezione di sé stesso che il minore matura e la capacità di responsabilizzarlo in ordine alla gravità ed alle conseguenze del fatto commesso, oltre all'attitudine a fungere da strumento di gestione dei conflitti e, quindi, di stabilizzazione sociale, evidenziano come l'istituto costituisca in realtà un'efficace risorsa per il conseguimento di quegli stessi obiettivi di prevenzione speciale e generale, tradizionalmente ricercati tramite gli strumenti classici del diritto penale.

La disciplina attuale appare – benché insufficiente – compatibile con i principi generali sottesi alle disposizioni del codice processuale: consentendo di individuare risposte differenziate a seconda delle reali possibilità dell'autore di reato, la mediazione dà concretezza al principio di personalizzazione dell'intervento penale voluto dal rito minorile.

²⁶ L. PICOTTI, *Progetto "Cromlech" modelli di mediazione penale minorile* – Programma AGIS 2004, dossier ITALIA consultabile sul sito www.centrostudinisida.it.

La circostanza poi che il minore non sia coartato all'intrapresa di un percorso di maturazione e responsabilizzazione, essendo la partecipazione al dialogo da parte dei soggetti coinvolti nella vicenda penale assolutamente volontaria, valorizza quei principi di consensualità e corrispondente autonomia decisionale dell'imputato in ordine alla strategia processuale da intraprendere che costituiscono un cardine fondamentale del sistema processuale.

Uno strumento, in definitiva, innovativo e di notevole utilità in una società, quale quella attuale, in cui residuano pochi spazi per la riflessione e che abbisogna di recuperare "l'umanità perduta".



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

JESSICA MAZZUCA

Il diritto di ascolto del minore. Aspetti teorici e profili giuridici

ABSTRACT- The right to listen (the child) is something of a cross right to the other: the premise to the promotion and realization of all areas of well-being, because listening enhances relationships and promotes social growth. The child should be informed, heard, and “must” participate in his social and family context, and the adult should be able to help the child to express a free consent in specific psycho-emotional conditions. The listening of the child right to work as a genuine "respiratory organ" of the legal system, because it can restore the vitality that is physiologically own and to adapt to the natural becoming of social phenomena. Therefore, think about the right to be heard of the child is definitely a way to understand the reasons behind the real phenomenology, with respect to which the right, first saggy and folded in formalistic drift, now seems destined, moved by the need to keep in step with the evolution.

KEYWORDS - Child, Listening, Self-determination



JESSICA MAZZUCA*

Il diritto di ascolto del minore. Aspetti teorici e profili giuridici**

SOMMARIO: 1. *L'ascolto del minore: l'incontro di sé stessi nell'altro*; 2. *Cosa impedisce di "ascoltare"? L'erosione del tradizionale dogma dell'incapacità del minore*; 3. *La "positivizzazione" del diritto all'ascolto del minore: una tentazione contemporanea*; 4. *Per una conclusione.*

«Cosa vuol dire addomesticare.
È una cosa da molti dimenticata.
Vuol dire creare dei legami [...]
Tu sarai per me unico al mondo,
e io sarò per te unica al mondo»

A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Il Piccolo Principe*

1. L'ascolto del minore: l'incontro di sé stessi nell'altro

Viviamo in tempi in cui ci affranchiamo dai bisogni naturali, migliorano le condizioni materiali e sociali, e il benessere e la felicità appaiono sempre più alla portata di mano. Così pensiamo in tanti oggi, abbagliati da progressi tecnici che sembrano rendere l'uomo padrone assoluto del suo destino. Tuttavia, progresso scientifico non vuol dire sempre progresso morale. Non è compito del sapere scientifico

* Dottoranda di ricerca in "Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo", Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare "Diritti del minore e Cooperazione Decentrata" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

insegnarci come bisogna vivere. Abbiamo i mezzi, ma non ci è chiaro per quali fini utilizzarli.

La nostra è l'epoca in cui appare difficile comprendere le strutture della politica e dell'economia, che pure intrecciano quotidianamente le nostre esistenze. Il tempo in cui viviamo esige un profondo rinnovamento culturale, necessario se vogliamo capire le dinamiche dell'incontro-scontro dei diversi modelli di vita, le caratteristiche peculiari delle complesse dinamiche sociali.

È necessario ridefinire dinamicamente le identità sociali attualmente in gioco, spingendo lo sguardo oltre il passato relativamente recente della storia contemporanea, che è giusto che resti centrale, ma riletto nell'incrocio con la storia culturale, sociale e giuridica attuale. Questo favorirebbe la consapevolezza della dimensione morale dell'esistenza, la coscienza della responsabilità che si ha non solo verso i propri cari, ma anche verso coloro che, in quanto soggetti particolarmente vulnerabili, tra questi i minori, hanno bisogno di maggiore attenzione e di ascolto. In questo modo è possibile praticare una solidarietà virtuosa e costruttiva. Certo occorrerebbero, in generale, politiche di più ampio respiro, una regolamentazione che semplifichi gli iter normativi. Tuttavia, da buone intenzioni, accompagnate da sufficiente conoscenza e competenza, possono derivare meccanismi di redistribuzione delle risorse idonei a saldare un forte e stabile legame fra società e Stato.

Proprio in questa prospettiva va colta la possibilità di gettare uno sguardo sul mondo dei minori, che da parte nostra è urgente riconoscere e tutelare, se si vuol tentare di capire come funziona. Tocca a noi scegliere e agire per stabilire una rotta concreta, producendo miglioramenti tangibili, non vuote promesse, difendendo il minore, fragile costruzione umana, dall'indifferenza, dalle prevaricazioni, dagli abusi.

Queste riflessioni si manifestano, oggi, in una dimensione che va ben oltre i confini nazionali e comprende scenari così eterogenei da non poter più essere considerati avulsi rispetto alle “vicende di casa”. In questo panorama la diversità va rispettata e valorizzata mediante un continuo e progressivo confronto con altre e diverse tradizioni culturali. Uno sforzo che spesso non trova nello strumento normativo il giusto alleato, risultando la regola a tratti insufficiente e/o contraddittoria. Pertanto, di fronte a tali esigenze di protezione e di tutela, appare chiaro che la via per l’armonizzazione è da individuarsi nel confronto tra la sfera etica e la sfera giuridica¹, dove, spesso, il linguaggio analitico e pieno tecnicismi sembra arrancare e ci viene utile parlare attraverso la creatività, la visione prospettica, le metafore delle favole che ci aprono gli occhi su una realtà dove, in molti casi, la tradizionale famiglia si frantuma perché a dominare è l’etica dell’utile sfrenato.

Il pensiero corre a Antoine de Saint-Exupéry e al *Piccolo Principe*, una favola poetica, una grandiosa metafora dei nostri tempi, capace di

¹ Lo studio delle relazioni tra sfera etica e dimensione giuridica suggerirebbe una ricerca a parte, che esula dall’economia di questo intervento. Da segnalare lo sforzo di illustri pensatori che hanno offerto un contributo importantissimo sul tema, su tutti J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, (1789), trad. a cura di S. di Pietro, UTET, Torino, 1998; più di recente, nel panorama italiano, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Bari, 2006; G. ZAGRELBESKY, *La virtù del dubbio: intervista su etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007; correlata appare la tematica della contrapposizione tra regole e principi la quale chiama direttamente in causa i rapporti tra diritto e giustizia, in argomento, per l’affermazione del ruolo apicale dei principi si segnala il celebre contributo di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, (1977), Il Mulino, Bologna 2010; su questi temi, con respiro allargato ad altri ambiti tematici, AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M.L. TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, Giappichelli, Torino 2007.

mostrare gli aspetti più profondi ed intimi dei rapporti umani e al contempo di suggerire possibili alternative. L'episodio della volpe è, fra i tanti spunti di riflessione offerti, quello che credo ci aiuti meglio a comprendere e a costruire un rapporto migliore con la realtà. Al centro del racconto c'è la riscoperta dei legami sociali, la consapevolezza e l'accettazione dell'altro, quindi l'esaltazione del dialogo, quale mezzo per abbattere le diseguaglianze e per agire attivamente sulla realtà, rimettendo al centro dei nostri rapporti sociali l'incontro con l'altro. Un dialogo aperto, destinato a diversi e molteplici risultati, ma anche chiaro e strettamente collegato al contesto e ai soggetti che ne costituiscono l'oggetto. E altrettanto ruolo fondamentale è da attribuirsi all'ascolto, quale attitudine al riconoscimento e alla comprensione dell'altro, necessario per agire sulla realtà e per uscire dalla non-società viscosa ed esigente, dove l'individuo è "connesso", non già in relazione con l'altro. In questa prospettiva, l'Autore ci insegna come non possa omettersi di considerare che l'ascolto introduca nella vita di relazione una finalità aggiuntiva, con la quale deve misurarsi la "naturale" finalità di ogni relazione personale. Anche quando l'Altro appare "diverso" da noi, forse anche un po' buffo e bizzarro, come il *Piccolo principe*, che prova e riprova a instaurare un dialogo con gli adulti facendo appello ad un linguaggio che, in fondo, ogni adulto ha fatto proprio, ma molto spesso dimentica.

Quanto detto rende il diritto all'ascolto (del minore) una sorta di diritto trasversale a tutti gli altri: la premessa alla promozione e alla realizzazione di ogni ambito di benessere, perché l'ascolto esalta le relazioni e promuove la crescita sociale. Strettamente correlata all'approfondimento di tali riflessioni si mostra, altresì, la tematica della capacità di discernimento del minore, che appare tanto più marcata nell'attuale congiuntura dominata dalla globalizzazione. La contrapposizione tra capacità e incapacità dei soggetti *ex lege* deflagra,

oggi, nelle contingenze storiche in cui la giurisprudenza prima, e la legislazione positiva dopo, contravvengono ai principi etici che costituiscono il patrimonio comune della coscienza dei popoli. Le regole giuridiche adottate in questo contesto, prima a livello internazionale. poi sul piano del diritto interno, rappresentano, invero, una realtà mutevole nel tempo e nella varietà dei casi cui vengono riferite, ma mai acquisite definitivamente. Questo spiega perché i traguardi normativi gradualmente raggiunti negli ultimi anni lasciano un senso di incompletezza e di frustrazione, mentre in realtà operano in una cornice garantistica, in cui il legislatore si muove seguendo l'evoluzione del minore, che, divenuto soggetto di diritto, da semplice spettatore si è trasformato in protagonista di relazioni sociali. Sono queste le premesse etiche e giuridiche da cui è derivata la recente regolamentazione delle modalità dell'esercizio del diritto di ascolto del minore², che ha delineato la figura di un fanciullo, e soprattutto di un adolescente, in grado di comprendere il significato delle proprie scelte, arbitro del proprio destino. L'audizione nei procedimenti giurisdizionali in cui sono coinvolti si prospetta, pertanto, come un adempimento necessario, ma sempre in ragione delle circostanze e tenuto conto della serenità e dell'equilibrio del minore³.

² Nel dare attuazione alla l. n. 219/2012 (recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"), l'art. 53 del D.Lgs. n. 154/2013 ha introdotto la disciplina sulle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore di cui all'art. 336bis c.c. di nuova creazione.

³ Sottolinea la rilevanza del superiore interesse del minore la Suprema Corte affermando che: «*l'audizione del minore, nei procedimenti giurisdizionali che lo riguardano, è un adempimento doveroso e necessario salvo che il mancato ascolto non sia giustificato dal loro superiore interesse*», così Corte di Cassazione, sent. n. 21662/12.

Lungo la linea teorica così tracciata, un accenno merita la tematica inerente al valore giuridico da attribuire alla manifestazione di volontà del minore in ambito sanitario: chi decide quando i genitori e/o il minore-paziente non accettano la proposta del medico? Il minore paziente? Il genitore esercente la potestà? Il medico? Il giudice? In questo ambito, attesa la peculiare sensibilità e complessità degli interessi in gioco, può accadere che la disciplina di stretta matrice statale e legislativa, improntata ad una visione “adultocentrica”, ceda in favore di una compartecipazione condivisa, per realizzare un’alleanza terapeutica quale perfetta sintesi del principio di autodeterminazione del minore e della tutela del suo superiore interesse.

È oramai in atto da tempo una silente ma profonda rivoluzione, che vede depotenziarsi la concezione della legge come atto imposto dall’alto da chi è al di là delle dinamiche sociali e perciò insensibile alle trasformazioni umane, e riprendere vigore l’idea del diritto come originato dalla conoscenza dei rapporti reali⁴. Ebbene, riflettere sul diritto all’ascolto del minore è sicuramente un modo per comprendere le ragioni che stanno dietro alla fenomenologia del reale ed al suo naturale divenire, rispetto alla quale il diritto, dapprima cedevole e ripiegato nelle derive formalistiche, sembra oggi destinato, mosso dall’esigenza di stare al passo con il percorso evolutivo.

2. Cosa impedisce di “ascoltare”? L’erosione del tradizionale dogma dell’incapacità del minore

⁴ Le relazioni tra diritto-vita sono state oggetto di approfondimento dei recenti studi di P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Edizione Scientifica, Napoli 2012, e *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015.

Si dice che l'avvenimento che segna la formazione della famiglia sia la nascita di un figlio. La sensazione più immediata che se ne trae è quella di un clima di pienezza che carica di significato i giorni a seguire che appaiono interminabili: tutto appare profondamente ispirato dalle prime esperienze di vita che il "neo arrivato" intrattiene con il mondo degli adulti, che non lo abbandonano mai e che fanno sempre ciò che gli accade, o almeno lo credono. Ma chi è questo bambino che "crea" la famiglia, provocando profondi mutamenti e perduranti risonanze già dal momento in cui è atteso, desiderato, prefigurato dai genitori e dalla famiglia estesa? Il tema è complesso e sfaccettato, e coinvolge svariati profili, giuridici, sociali, etici.

Il minore è, prima di ogni cosa, una persona. Un autonomo soggetto portatore di propri diritti, al pari di ogni altra persona umana. I diritti più autentici, quelli che appartengono all'uomo in quanto tale, lo qualificano e lo pongono quale valore primario dell'ordinamento. Si tratta, fra i tanti, del diritto alla vita, alla salute, del diritto all'onore e alla reputazione. Il minore è, quindi, soggetto di diritti e di libertà personali. Il riconoscimento del minore come soggetto di diritto evidenzia il rapporto dinamico tra autorità-potestà dei genitori, intesa come diritto-dovere degli stessi, e libertà dei figli. Diritti che trovano riconoscimento a livello della normativa europea ed internazionale, dove si è affermata la figura del minore come soggetto portatore di diritti e non solo come destinatario di tutela⁵. Richiami normativi che

⁵ È pacifico che le norme di diritto interno (artt. 2, 3, 13, 32 della Costituzione) e le Convenzioni internazionali – specificamente la Convenzione di New York del 1989 (artt. 12, 13), la Convenzione europea di Strasburgo per l'esercizio dei Diritti dei minori del 1996 (artt. 3, 6, 19), la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 con riguardo all'applicazione della biologia e della medicina (art. 6), la Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre

dimostrano che il diritto ha in sé piena capacità di plasmarsi sulla realtà umana, persino nei suoi risvolti più sensibili, vulnerabili e meno oggettivabili, propri del mondo dei minori.

Il diritto della famiglia, e il diritto del minore in particolare, è forse oggi la realtà sociale che maggiormente risente dei cambiamenti sociali, delle ineluttabili variazioni delle categorie spazio-temporali, sintetizzabili in un continuo e dinamico rapporto dialettico con il fenomeno giuridico⁶. Una realtà dove i ruoli sociali appaiono sempre meno consolidati e dagli incerti contorni. Nel contempo la configurazione della famiglia come un'entità sociale, prima ancora che giuridica⁷, che affonda le proprie radici nei canoni naturalistici del vivere in comunione, ci induce a scrutinare a fondo il contenuto stesso del diritto ed il rapporto tra questo e le dinamiche familiari. L'affetto, la solidarietà, il prendersi cura dell'altro, il condividere lo stesso

2000 (art. 24); la *UN Resolution on the rights of the child* (detta anche *Omnibus Resolution*) adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite – sanciscono il diritto del minore di essere ascoltato, di esprimere la propria opinione e di essere coinvolto in tutte le situazioni che lo riguardano, e sottolineano che gli Stati devono promuovere, favorire e sostenere la partecipazione dei minori a qualsiasi livello.

⁶ In particolare, il riconoscimento che l'infanzia e l'adolescenza sono da considerarsi come una vera e propria classe sociale emergente è di acquisizione recente, sebbene ancora oggi l'importanza di questo concetto sia ancora sottovalutata. Nell'medioevo l'idea che l'infanzia fosse una componente strutturale della società non era concepibile: tale consapevolezza si affaccia solo nel XVI secolo. Anche se di vera e propria nascita dell'idea di infanzia si inizia a parlare per la prima volta durante l'età illuministica, che ne afferma alcuni diritti, in verità più teorici che pratici.

⁷ Cfr. in argomento, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, Cap. XXI; diversamente, P. Perlingeri che, sulla premessa della sua natura presociale, riconosce una sfera di autonomia insopprimibile all'istituto della famiglia, senza, tuttavia, accogliere l'idea che essa sia assoggettata a regole naturali: P. PERLINGERI e AA. VV., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014, 1127 ss.

spazio, il crescere i figli, sono regole di diritto naturale, prima che di diritto positivo⁸. Pertanto, in queste situazioni è chiaro che il discorso sui rapporti genitori- figli deve riconoscere logiche diverse da quella classica. Qui, il linguaggio scientifico-analitico rivela i suoi limiti, arranca e segna il passo, e lascia il campo a scelte più ragionevoli: il tempo del “noi”, quale alternativa tra l’individualismo sfrenato e l’ossequio a valori ancestrali, granitici e lontani.

Muovendo da queste riflessioni ci accorgiamo che qui la particolarità risiede nel fatto che l’ordinamento non attribuisce i diritti alla famiglia, ma si limita a riconoscerli come un fatto preesistente al sistema giuridico e, perciò, nel tutelarli, si limita al massimo a regolarne taluni aspetti di natura patrimoniale⁹. Allo stesso tempo, pone le basi per la qualificazione formale dell’istituto, assolvendo un ruolo decisivo in sede di concreta disciplina. Specularmente, una corretta e coerente attuazione dei principi cardine, volti a disciplinare il delicato territorio dei rapporti familiari, si salda con le novità, a volte troppo dirompenti, che spingono l’interprete a volgere lo sguardo oltre gli stretti confini territoriali, ove la ricerca si confronta con nuovi parametri, con nuove frontiere e con nuove sfide¹⁰.

⁸ Arturo Carlo Jemolo definiva la famiglia “*come un’isola che il mare del diritto può solo lambire, ma non sommergere*”, A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in Ann. Sem. Giur. Università di Catania, 1948, III.

⁹ Si pensi all’obbligo alimentare, al diritto successorio, ai regimi patrimoniali, all’impresa familiare.

¹⁰ I modelli tradizionali della famiglia subiscono inevitabilmente il confronto con la rivoluzione dei costumi, con le nuove frontiere della scienza e della tecnica e con quella globalizzazione che fa convergere e scontrare culture e tradizioni affatto diverse. Queste riflessioni, tuttavia, risentono oggi del *novum* normativo frutto del progressivo intervento del legislatore in settori di specifica rilevanza della convivenza, anche al di là della filiazione, dove ogni residua discriminazione è stata abolita dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219. Rilevano, in questo senso, l’art. 199

È, dunque, all'interno della famiglia che il minore inizia a strutturare il suo universo relazionale significativo, un universo che gli consentirà di apprendere i significati che sostanzieranno il suo orientamento nella realtà "altra da sé". La famiglia, il primo spazio dove si fa sentire con toni accesi l'esigenza di protezione del minore: il luogo dove il bambino trova la sua più intima identità, ma dove per certi versi l'adulto è portato ancora a considerare i bambini come esseri incompiuti, che conseguiranno una loro pienezza solo con la maturità, con il raggiungimento dell'età adulta.

Ad ogni modo, in seno alla dottrina più sensibile, nel recepire le istanze assiologiche (articoli 2, 3 e 30, comma 3, Cost.) della dottrina e i moniti da più tempo lanciati dalla Corte di Strasburgo, si è inteso accogliere una figura del fanciullo, e soprattutto dell'adolescente, quale protagonista della propria vita, sicuramente in grado di far valere le proprie scelte esistenziali e di vedere garantito il proprio interesse nei confronti di qualsiasi altro soggetto. Così, messe da parte le aspirazioni sfrenate che creano disuguaglianze¹¹, e adottando una diversa

c.p.p., per la facoltà di astenersi dal deporre, riconosciuta al convivente dell'imputato; ancora, all'art. 6 della L. n. 184/1983, per gli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità dei vincoli ai fini dell'adozioni. Un lavoro di "ammodernamento" che deve alla giurisprudenza costituzionale il merito di aver ricondotto la mera convivenza alle formazioni sociali meritevoli di protezione giuridica, in virtù dell'art. 2 Cost. In questo stato dell'arte si registra, da ultimo, il recente intervento legislativo, siglato con legge n. 76/2016, entrata in vigore il 5 giugno 2016, al quale si deve la prima regolamentazione nazionale delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e una disciplina delle unioni civili (commi 36-65 della legge).

¹¹ Ne costituisce riprova l'avvertita necessità di riconoscere pienezza allo *status* di figlio, al di là delle distinzioni legate al contesto di nascita, soddisfatta di recente dalla l. n. 219/2012, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", mediante la piena parificazione ai figli legittimi (cioè, nati nel matrimonio) dei figli

prospettiva sul mondo dei minori, non più oggetto di tutela, bensì soggetto titolare di autonomi di diritti, ecco che “essere ascoltato” acquista un valore maggiore rispetto al semplice “ricevere attenzione”: significa essere accettato come partner attivo in uno scambio comunicativo.

È vero, non vi sono indicazioni codificate in letteratura in ordine all’età per il coinvolgimento attivo del minore. Tuttavia, in questa direzione ci si è mossi, in dottrina e in giurisprudenza, specie a livello sovranazionale, per promuovere una rivalutazione del concetto di capacità di discernimento del minore. In questi termini la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite di New York del 1989 all’art 12 recita: *«gli Stati garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere la propria opinione su questioni che lo riguardano e la sua opinione va tenuta in debito conto in considerazione dell’età e della maturità»*. Ed ancora, la carta europea sull’esercizio dei diritti dei bambini del 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia nel 2003, riconosce il diritto del minore capace, in base al diritto interno, di discernere ad esprimere la sua opinione all’Autorità Giudiziaria e ad essere consultato.

Nel dare attuazione a questi spunti normativi, tesi a promuovere un concetto di minore come soggetto capace di comprendere e di esprimere la propria opinione, si è arrivati, oggi, ad accogliere una nozione di capacità di discernimento del minore diversa rispetto a quella classica. Sicuramente più ampia di quella tradizionale, agganciata, invece, a parametri meramente formali¹². Coerentemente

nati fuori matrimonio, anche se incestuosi. Parificazione che opera anche rispetto ai figli adottivi (il riferimento contenuto all’art. 2 l. cit. deve essere inteso in relazione alla c.d. adozione piena, ovvero dei minori di età).

¹² Negli ordinamenti di tradizione romanistica, fortemente legati ai concetti di capacità di giuridica e di agire, il diritto ha sempre attribuito rilevanza all’età. Il ogni

al principio della preminente tutela dell'interesse del minore¹³, la nozione di capacità di discernimento non coincide perfettamente con il dato statico e formale dell'età, ma è plasmata da altri fattori che incidono sulla sua consistenza, quali il contesto familiare e sociale in cui il minore cresce, le sue esperienze di vita, l'educazione ricevuta. Tale concetto non è più, quindi, definibile a priori sulla scorta di un astratto ed implicito rinvio al dato anagrafico, coincidente con il raggiungimento della maggiore età del minore, che tale non è più. Ad ogni modo, ciò non significa che al minore "maturo" vada riconosciuta la piena e completa capacità d'agire, ma, al contrario, tenuto conto del naturale relativismo dei concetti giuridici, convenire che in determinate circostanze il minore risulti dotato di un certo grado di autonomia (speciale, specifica, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) che si riflette anche sulle conseguenze degli atti

tempo e luogo non vi è esperienza giuridica che non abbia stabilito specifiche soglie di età nella quale o oltre la quale si possono svolgere determinate attività e esercitare i diritti riconosciuti. Dinnanzi al minore ci si chiede sempre se può esercitare il proprio diritto o si deve individuare chi lo esercita in nome e per conto. Serve porre attenzione sul nuovo concetto di capacità di discernimento adottato nelle convenzioni internazionali, non solo come criterio per il minore di valutare il suo grado di sviluppo in relazione al diritto di esprimere la sua opinione, ma anche come criterio utile a valutare suo grado sviluppo nel compimento di atti in ambito di diritti personali e patrimoniali. Dall'art 2 del nostro codice civile emerge il collegamento tra età e capacità di compiere atti (agire).

¹³ Questo principio si pone alla base del filone giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, che individua nell' «interesse superiore del minore» il fondamento delle regole giuridiche, prospettando la ridefinizione dello *status* di figlio e il superamento delle sue derive formalistiche: evidenziano i pregi del suddetto filone, dando risalto al tema dell'ascolto del minore la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata con l. n. 176/1991 e la CEDU, nonché il Regolamento 03/2201/CE contenente espressi richiami al diritto all'ascolto del minore.

compiuti¹⁴. Questo perché il minore è titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta (il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale), diritti garantiti sia a livello sovranazionale che sul piano della legislazione ordinaria. Il riconoscimento della capacità di discernimento del minore muove, quindi, dalla prospettiva dell'interesse del minore, che appare così affrancato dalle scelte degli adulti, allo scopo di restituirgli la dovuta centralità, perché universalmente riconosciuto e tutelato, sia in quanto soggetto non pienamente formato, ma con una personalità in fieri, che come soggetto portatore di autonomi diritti¹⁵.

Entro questa nuova cornice vengono così rivoluzionati i tradizionali modelli improntati ad una visione unilaterale della famiglia, quella degli adulti, per approdare ad un'inquadratura bilaterale che coinvolge tutti i protagonisti della vita familiare.

Ebbene, fermo il principio di autodeterminazione del minore, si discute sul valore giuridico da attribuire alla manifestazione di volontà del medesimo. Si discute cioè se il minore, dotato di capacità naturale, con capacità di discernimento, sia in grado di esprimere una volontà accettabilmente libera e autonoma e, in caso positivo, a quale età, e se

¹⁴ La capacità di discernimento si differenzia dalla capacità giuridica e da quella di agire perché non è vincolata a un parametro formale, ma va associata a situazioni di fatto che non sono riconducibili a un momento preciso della vita di un individuo, in quanto variano al mutare delle circostanze concrete che coinvolgono il minore. Sicuramente, l'esercizio dei diritti costituzionali da parte del minore, così come la relativa capacità di discernimento, quale concetto ormai invalso nel linguaggio giuridico, non possono che indurre ad una interpretazione evolutiva della disciplina normativa sulla capacità del minore, tenuto conto dei diversi sentimenti di giustizia e degli interessi pratici contrastanti, sempre nel rispetto della *ratio legis*.

¹⁵ Per l'approfondimento delle accennate problematiche: M.C. CAMPAGNOLI, *L'ascolto del minore*, Giuffrè, Milano 2013.

sia legittimo gravarlo di scelte spesso drammatiche. La casistica è ampia e una delle maggiori difficoltà di questo incontro è la molteplicità dei “luoghi” attraversati dalle problematiche di ascolto e comprensione del minore. Si tratta di una “ondata” che sta attraversando da tempo gli studi sociologici, antropologici e filosofici e alla quale non è potuto rimanere estraneo il diritto.

Ad ogni modo, se dal punto di vista sociale e antropologico occorre fare molta attenzione alle modalità con le quali si procede e alle conseguenze che si determinano nei vissuti del minore, dal punto di vista giuridico occorre anche tenere ferma la finalità dell’ascolto, che è quella di consentire al minore di esercitare il diritto di esprimere le proprie opinioni e i propri desideri in relazione alle decisioni che possono essere adottate in quello specifico procedimento. Se oggi si parla di diritto di ascolto del minore è perché questa nuova sensibilità ha incontrato menti pronte ad assimilarla anche nelle logiche asfittiche delle riflessioni giuridiche.

Interessante diviene, quindi, l’esame delle diverse soluzioni e dei criteri di bilanciamento che il vigente ordinamento giuridico offre e che l’interprete è chiamato ad applicare. Sul punto, ci viene naturale pensare ai termini della contrapposizione tra adulto e minore sul piano giudiziario, specie sulla scorta dei recenti interventi normativi di riforma del precedente quadro legislativo nazionale.

3. La “positivizzazione” del diritto all’ascolto del minore: una tentazione contemporanea

Ponendo mente ai termini della relazione minore-ascolto la sensazione più immediata che se ne trae è, per molti aspetti, quella del disallineamento. Diverse e crescenti sono le difficoltà che

caratterizzano l'attuale situazione in tema di diritto di ascolto del minore. Esempi di questa rincorsa, cui il fenomeno giuridico sembrerebbe destinato rispetto al costante ed incessante fluire della vita umana, si traggono dai settori più disparati. Rilevano in questo senso le peculiarità dell'istituto, tanto sul piano processuale che sotto il profilo sostanziale, la cui natura è difficilmente assimilabile ad altri; la crescente complessità delle dinamiche familiari operanti nell'attuale realtà sociale dalle quali scaturiscono doveri di natura sociale e morale; l'originalità dell'"oggetto" della tutela giudiziale, ovvero il minore, che dà motivo di tenere conto della preminenza del criterio del suo superiore interesse; ed ancora, le significative difficoltà di conciliare le modalità di ascolto del minore, in ragione della sua vulnerabilità, e della tutela rafforzata che ciò deve comportare con i principi del contraddittorio e i diritti della difesa; nonché, sul piano puramente tecnico, l'inadeguatezza di mere competenze giuridiche in chi ascolta il minore di età. Una cosa è certa: in materia il percorso normativo, giurisprudenziale e dottrinario è ancora in itinere.

Sicuramente l'approfondimento "positivo" del diritto di ascolto del minore è stato nel corso di questi anni oggetto di plurimi interventi normativi, a partire dal piano internazionale, dove fa da apri pista la già ricordata Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n.176 (art.12)¹⁶, seguita, in campo europeo, dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, siglata a Strasburgo il 25

¹⁶ Ne costituisce riprova l'art. 3 che sancisce la "superiorità dell'interesse del fanciullo", ed ancora l'art. 12, primo comma riconoscendogli, se capace di discernere, il "diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa" e garantendogli "la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentate o un organo appropriato" (art. 12, secondo comma).

gennaio 1996 e ratificata in Italia con legge del 20 marzo 2003 n. 77 (art.6), che regola un vero e proprio “diritto all’ascolto informato” del minore, purché dotato, per la legge nazionale, di capacità di discernimento. Più in particolare, con quest’ultimo intervento si è inteso chiarire che l’ascolto è un diritto del minore, la cui realizzazione passa attraverso il riconoscimento di altri diritti, quali il diritto di informazione e il diritto di rappresentanza¹⁷, laddove, invece, un ascolto superfluo contrasterebbe con l’interesse del minore, in quanto cedevole rispetto all’asimmetria di “potere” in cui si trova l’adulto nei suoi confronti.

Dalla lettura di questi testi normativi emerge che la riflessione sul diritto all’ascolto del minore implica il riconoscimento a questo soggetto di una pluralità variegata di esigenze e bisogni collegati al suo sviluppo evolutivo, che presuppone, però, la loro conoscenza e la loro comprensione, per poter, quindi, essere ascoltati e di seguito adeguatamente soddisfatti. La libertà di opinione del fanciullo trova cittadinanza anche nella nota Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, che, all’art. 24, comma 1, sancisce: “ *I bambini hanno diritto alla protezione e alla cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità*”¹⁸.

¹⁷La disciplina convenzionale prevede che il diritto all’ascolto informato consista: nel ricevere informazioni, essere consultato ed esprimere la propria opinione nel corso della causa che lo riguarda, nonché il diritto a conoscere le possibili conseguenze derivanti dalle sue manifestazioni di volontà (art.3); nel diritto di richiedere la nomina di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardino che lo aiuto, tra l’altro, ad esprimere la sua opinione (art.4).

¹⁸ Questi principi sono stati consacrati a livello del diritto europeo con la “comunitarizzazione” della Carta di Nizza, avvenuta con l’entrata in vigore il 1°

L'impatto di tali strumenti nell'ordinamento interno non ha tardato a farsi avvertire. È presente in molte disposizioni della legge sull'adozione (legge 4 maggio 1983, n. 184) come obbligo per il giudice, prima di assumere provvedimenti, di sentire "il minore che ha compiuto 12 anni e anche il minore di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento"¹⁹. Sul versante processuale sono sicuramente rilevanti gli interventi del Giudice delle Leggi adottati nei procedimenti *de potestate*²⁰ e della giurisprudenza di legittimità in materia di opposizioni allo stato di adottabilità²¹. Il legislatore nazionale ha progressivamente accresciuto il proprio intervento in settori di specifica rilevanza della filiazione, pervenendo all'adozione della legge n.54/2006 (recante "Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli") che all'art. 155*sexies* c.c (oggi abrogato dall'art. 106, D. Lgs. n. 154/2013 che, però, ha aggiunto l'art. 336*bis* "Ascolto del minore") ha riconosciuto il potere del giudice di procedere all'ascolto del minore, nei giudizi che lo riguardano, ove capace di discernimento.

dicembre 2009 del Trattato di Lisbona e che all'art. 24 prevede "*in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*".

¹⁹ In particolare l'art. 4 con riguardo ai fini dell'affidamento familiare; l'art. 10, comma 5, in sede di provvedimenti provvisori da parte del tribunale nel corso del procedimento per la dichiarazione di adottabilità; l'art. 15, comma 2, prima della dichiarazione di adottabilità; l'art. 22, comma 6, prima dell'affidamento pre-adoztivo; l'art. 23 prima della eventuale revoca dell'affidamento pre-adoztivo; l'art. 25 prima della decisione sull'adozione per la quale, peraltro, il minore che abbia compiuto 14 anni deve esprimere il proprio espresso consenso; gli artt. 45 e 52 per l'adozione in casi particolari.

²⁰ Corte cost. 30/1/2002 n.1.

²¹ Così, Cass. 9/6/2005 n.12168, 26/11/2004 n.22235, 21/3/2003 n. 4124, da ultimo, 27/03/2017 n. 7762.

Nel solco già tracciato dalla mano del legislatore si è mossa anche la giurisprudenza²² con l'intento di spostare la centralità del sistema sul minore, anche in sede di giudizi di separazione e divorzio e di quelli correlati alla rottura di convivenze more uxorio. Degna di nota è anche la recente istituzione dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, con la legge n. 112 del 12 luglio 2011, che, deputata ad

²² Determinanti sono stati gli interventi resi dalla Cassazione, Cfr.: Cass., sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238, (in materia di separazione e sottrazione minori) “*sussiste violazione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, ratificata dalla legge n. 77 del 2003 e dell'art. 155 sexies c.c., introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l'omesso ascolto [...] costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, censurato in questa sede, nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione*”; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281 che analizza il tema dell'audizione del minore all'interno della procedura sull'affidamento condiviso affermando che “*[...] proprio questo percorso è stato intrapreso di recente dalla legge 54 del 2006 sull'affidamento condiviso in relazione ai poteri di autodeterminazione o di partecipazione alla vita familiare, anche qui recependo le disposizioni della Convenzione di Strasburgo, in quanto introducendo il nuovo art. 155-sexies cod. civ., ha previsto che il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*”. Come acutamente osservato dalla dottrina più accorta, queste pronunce evidenziano per la prima volta l'apprezzabile sforzo di considerare l'ascolto del minore come dato indefettibile, pena la nullità del procedimento, rilevabile d'ufficio per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo nel quale l'audizione non sia stata disposta senza la valutazione della capacità di discernimento del figlio e dell'eventuale pregiudizio che dall'audizione potrebbe scaturire al preminente interesse del minore.

assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi dei minori, va ad incidere direttamente sui temi della giustizia minorile e familiare.

In questo contesto si inserisce la l. n. 219/2012, in cui viene sancita l'eliminazione di ogni residua discriminazione tra i figli (art. 1, e art. 315 c.c. come sostituito dalla l. cit.) e coniato il concetto di responsabilità genitoriale (art. 316), introducendo altresì nel codice civile l'art. 315*bis*, che riconosce una maggiore "centralità" al ruolo del minore, sia all'interno del processo, con l'estensione delle possibilità di ascolto in tutti i procedimenti che lo riguardano, sia nella relazione con i genitori. A completare il quadro normativo è l'intervento del Governo che, dando attuazione alla legge delega n. 219/2012, ha adottato il Decreto legislativo n. 154/2013 che prevede, tra l'altro, le modalità di esercizio del diritto di ascolto del minore previsto nell'art. 336*bis* di nuova creazione. La disposizione, la cui portata deflagra inevitabilmente anche sul piano processuale, chiarisce che l'ascolto è un diritto del minore, dal quale non deriva un obbligo per il giudice, poiché in ogni caso occorrerà valutare, oltre all'età e alla capacità di discernimento, che l'audizione non possa nuocere al suo superiore interesse.

L'ascolto del minore in seno ai giudizi è quindi finalizzato all'esercizio del diritto del minore di esprimere la propria opinione al fine di garantire la giusta rilevanza al suo interesse all'interno dei congegni processuali e al contempo di evitare che la macchina di rappresentanza dei propri interessi sia inibita nel suo funzionamento. Formulati in questi termini di cornice generale, tali principi paiono in grado di elevarsi rispetto alle formulazioni di dettaglio, così rispondendo al paradigma della tutela e rispetto dell'interesse del minore. Seguendo questi insegnamenti, sul piano delle fattispecie civilistiche, diverse e diffuse sono dunque le previsioni normative inerenti il tema

dell'ascolto del minore. E, pur nella diversità che contraddistingue gli approcci ermeneutici, le impostazioni metodologiche e le finalità dei riti processuali, non vi è dubbio che tali fattispecie siano accomunate – nell'intenzione di ritrovare e saldare il nesso tra sfera etica e dimensione giuridica – da una forte attenzione per l'interesse del minore nel tessuto giuridico e sociale. Emblematica in tal senso è la circostanza che la partecipazione “attiva” del minore ai riti civilistici diversamente declinati (giudizi in materia di adozione, *de potestate*, di separazione e divorzio e così via) non assume mai il carattere della testimonianza, in quanto non è un mezzo di ricerca della verità, ma uno strumento per assumere le opinioni del minore, da prendere debitamente in considerazione nel momento della decisione e da in sede di motivazione. L'audizione del minore nel rito civile non è dunque un mezzo istruttorio, ma il suo esatto contrario, in quanto non è diretto alla ricerca della verità processuale²³, ma ad attuare una giustizia a misura di bambino, capace di garantire e attuare i suoi desideri in tutte le circostanze in cui la decisione da adottare incide sulla sua vita.

La realtà penale postula invece il ricorso all'audizione del minore in termini di “fonte di prova”. Accade qui che il legislatore predisponga i mezzi per proteggere il minore vittima dello “strapotere degli adulti” o testimone di un reato. Lo scarto che si crea fra i due paradigmi processuali, ritagliato sulle peculiarità dei fatti concreti, appare, d'altra parte, pienamente giustificato dalla necessità di garantire al minore una tutela pienamente corrispondente agli interessi oggetto di

²³ Sul tema del confronto dialettico tra verità e processo, per il complesso respiro storico, critico e ricostruttivo, nonché per la problematica individuazione dei diversi ruoli che di volta in volta il concetto di verità assume nelle molteplici e variegata categorie processuali, si segnala il contributo di A. INCAMPO, *Verità e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012

composizione. E, a ben vedere, i criteri elaborati per l'audizione del minore in sede penale non sono affatto estranei a tali finalità, in quanto concepiti non quali meri canoni formali connotanti l'iter procedurale, bensì come regole che appaiono affrancarsi dai limiti e la rigidità del precetto regolamentare²⁴. Alla base di questi parametri elaborati per promuovere un ascolto in piena rispondenza agli interessi oggetto di tutela c'è la Carta di Noto, che detta le principali modalità di audizione del minore vittima di abusi²⁵.

L'impiego di questi molteplici e diversi strumenti giuridici sottolinea la necessità di una riflessione "a tutto tondo" sui meccanismi dell'ascolto, che tenga conto della sua rilevanza in diverse realtà processuali – civile, penale, minorile, tutelare – con variegata

²⁴ Il pericolo sovente evidenziato dagli studi di settore è quello di un surrettizio affiorare di suggestioni esterne che finirebbero per attribuire valore ad eventi o a sensazioni esistenti solo nelle mente del fanciullo. A tale preoccupazione si replica rilevando l'attività dell'ascolto come correttamente assimilata a quella dell'interprete, stante la necessità di decodificare il linguaggio dei bambini così da portare realmente la loro voce all'interno del processo. Questo impegno si concretizza in un'indagine di tipo peritale volta ad approfondire la relazione tra genitori e figli, previa separata audizione dei genitori, al fine di comprendere la sua condizione ed il suo vissuto. L'autorità giudiziaria valuterà la modalità e i luoghi dell'ascolto più adeguati alle esigenze del caso concreto: da qui la rilevanza della videoregistrazione, dell'incidente probatorio, la prassi del "vetro specchio", quali strumenti che consentono di bilanciare gli interessi del minore con quelli dell'imputato.

²⁵ La Carta di Noto, redatta nel 1996 e implementata dal Protocollo di Venezia del 2007, ha portata meramente programmatica, non precettiva, in quanto volta a dettare delle linee guida da seguire nelle audizioni dei minori, la cui inosservanza non è motivo di nullità processuale. In questo ambito, coerentemente ai principi espressi, l'Italia ha inteso ratificare la Convenzione di Lanzarote del 2007, con legge n. 172/2012, continuando in tal modo a migliorare le tutele e le garanzie poste a presidio dell'interesse del minore nel giudizio penale.

sfaccettature: ascolto della persona offesa nel processo penale come testimone, ascolto nei procedimenti in cui si discute della crisi matrimoniale, ascolto nei procedimenti incidenti sulla sfera personale e patrimoniale del minore e sulla potestà dei genitori.

È, però, singolare notare come in tutti questi casi sia proprio il ricorso a manifestazioni di opinioni e di emozioni, piuttosto che a norme di tipo regolamentare, a garantire meglio al diritto la sua capacità di essere adeguato rispetto agli interessi oggetto di composizione e di bilanciamento. Anche nei settori più tradizionali, come quello penale, la rigida forma giuridica si rivela cedevole rispetto alla cifra del reale: inadeguata, nella sua staticità, rispetto alle dinamiche delle vite. Ciò in quanto il solo richiamo alle regole priva l'istituto dell'ascolto della flessibilità, per tramutarlo in prodotto normativo tendenzialmente rigido e pesante e, pertanto, arretrato rispetto alla realtà. I complessi profili di rilevanza interna ed esterna che l'istituto del diritto all'ascolto investe postulano il ricorso ad una teoria delle fonti articolata e composita e ad un sistema giuridico che di tale concorso risulti fecondo precipitato²⁶.

Sintetizzando suggestioni e proposte che vengono negli ultimi tempi diffondendosi negli studi giuridici sul tema, non sembra azzardato pensare che il diritto di ascolto del minore opera quale vero e proprio

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 183 rimarca che «*le esigenze dei casi valgono di più della volontà del legislatore*». L'Autore per un verso esalta l'opera dei giudici, riducendo l'interpretazione giuridica a quella giudiziale; per altro, svaluta l'interpretazione in astratto, ossia l'interpretazione per antonomasia, in termini di attribuzione di significato ai testi giuridici. Dal canto suo l'obiettivo è quello di dare priorità al "caso concreto rispetto alla regola", sicché l'interprete deve procedere dal caso alla norma, non viceversa, perché «*i fatti sono muti, non hanno pretese*», G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1992, 84.

“organo respiratorio” del sistema giuridico, perché in grado di restituire quella vitalità che gli è fisiologicamente propria e di adeguarsi al naturale divenire dei fenomeni sociali.

4. Per una conclusione

Diversi e molteplici sono ancora i punti che suscitano perplessità allorquando ci si sofferma sul tema dell’ascolto del minore. Sebbene si debba riconoscere che sono stati fatti grandi passi nella direzione di una maggiore tutela per il minore, tuttavia non si può sottacere che in molti casi permane ancora il più alto ossequio alla rigida formalità della legge. Se ci soffermiamo su alcune questioni poste dall’attualità, ci si accorge facilmente che sono state affrontate e risolte su un terreno affrancato dal dialogo con il minore.

Emblematica, ad esempio, la regolamentazione dell’ambito sanitario. In questo ambito ci si avvede immediatamente come continua a persistere una visione “adultocentrica”, nel senso che l’esperienza di malattia e i problemi del minore di fronte alla sofferenza sono campi riservati agli adulti. Rilevano, in questi termini, una tendenza alla rimozione, al diniego della soggettività del bambino di fronte alla malattia, per la paura che attanaglia l’adulto o per il desiderio di protezione di cui l’adulto si sente portatore assoluto. Tali riflessioni danno il senso dell’affanno in cui ancora versa il diritto (all’ascolto del minore) in questa rincorsa (perdente) rispetto all’evoluzione della vita umana.

Non vi è dubbio che il pregiudizio alla base di tali disarmonie relazionali ed educative è quello secondo il quale il mondo degli adulti è portato a considerare i bambini come esseri incompiuti. Tuttavia, non si può dimenticare che nella legislazione italiana, come in quella

di altri Paesi europei, il ruolo del figlio è cambiato ed ha acquisito il rango di soggetto portatore autonomo di diritti. Anche in un contesto sociale così delicato, come quello sanitario, dove è difficile apprezzare la maturità e la capacità di manifestare un libero consenso da parte del minore, si registrano significativi cambiamenti di rotta, tesi a promuovere un processo di decisione condivisa tra “volontà concorrenti” (medico-paziente, minore-genitore) per realizzare “l’alleanza terapeutica”²⁷.

²⁷ La volontà del minore è valorizzata in diversi interventi del nostro Legislatore: l’art. 2 della Legge 27 maggio 1874, n. 194 sull’interruzione volontaria della gravidanza, prevede la possibilità per i minori di richiedere la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile, escludendo ogni ingerenza dei genitori in una sfera che, pur involgendo il diritto all’integrità fisica, è ritenuta esclusivamente di pertinenza della ragazza; in caso di contrasto con la volontà del genitore, prevale la volontà della minore; inoltre, L’art. 12 stabilisce, quale criterio generale per l’interruzione della gravidanza da parte di donna avente età inferiore ai 18 anni, l’assenso di chi esercita la potestà o tutela; tuttavia nei primi 90 giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà, oppure qualora queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri difformi, il giudice tutelare, sulla base della relazione medica trasmessagli dagli organi sanitari, “sentita la donna e tenuto conto della sua volontà” può autorizzarla, con atto non soggetto a reclamo, a decidere l’interruzione della gravidanza. La Corte costituzionale con sentenza 19 luglio 2012 n. 196 ha sottolineato/esplicitato che il provvedimento di autorizzazione a decidere” del giudice tutelare ha contenuto “unicamente d’integrazione della volontà della minore per i vincoli gravanti sulla sua capacità di agire” e rimane quindi “esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per poter procedere all’interruzione gravidica”; sicché, “una volta che i disposti accertamenti siano identificati quale antecedente specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene”; “il compito del giudice tutelare di autorizzazione a decidere non può

Il riconoscimento del minore come soggetto di diritto evidenzia il rapporto dinamico tra autorità-potestà dei genitori, intesa come diritto-dovere degli stessi, e libertà dei figli, con il corollario che il genitore non è il garante esclusivo della salute del figlio, diritto personalissimo stabilito dalla Costituzione con riferimento agli artt. 13 (“La libertà personale è inviolabile”) e 32 (“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”). Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge [...]. Quindi, il minore *deve* essere informato, *deve* essere coinvolto nel processo di “codecisione” con il medico e l’esercente la potestà, *deve* esprimere il proprio consenso. Il consenso informato traduce e sintetizza i principi costituzionali di libertà e autodeterminazione (artt. 13 e 32 della Costituzione) e deve essere considerato uno strumento all’interno della relazione terapeutica.

Il concetto di “alleanza” è la sintesi del principio di autodeterminazione del minore e di benessere per il suo superiore esclusivo interesse; in questo modo le decisioni non sono il prodotto di una prospettiva unilaterale, quella dell’adulto, ma il frutto di una rinnovata dialettica. Ciò permetterà di escludere che quanto da lui

configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa soltanto alla responsabilità della donna”.

Ed ancora, l’art. 95 della legge 22 dicembre 1975 n. 685 (sulla disciplina delle sostanze stupefacenti e psicotrope e sulla prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), oggi confluita nel Testo unico della legge in materia di stupefacenti approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, riconosce la possibilità di chiunque faccia uso personale non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope di chiedere ai presidi sanitari locali di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e a interventi terapeutici e riabilitativi (comma 1 prima parte); al comma 2 precisa che, qualora si tratti di persona di minore età o incapace di intendere e di volere, la richiesta d’intervento può essere fatta personalmente dall’interessato.

dichiarato non sia da ritenere valido, o in certi casi inattendibile, solo per via della sua minore età, come affermato dall' art. 73 delle "Linee guida del Consiglio d'Europa" (2010)²⁸.

All'interno di questa cornice generale, seguendo le linee tracciate dalla Convenzione Internazionale dei diritti del fanciullo e analizzando i risvolti pratici avuti sul piano nazionale, emerge come la definizione di fanciullo, e dunque anche la costruzione del suo paradigma identitario, stia progressivamente andando di pari passo con la direzione dello sguardo sull'uomo, rendendo il minore padrone degli stessi poteri su di sé. Appare dunque chiaro come sul piano "positivo" si stia col tempo abbandonando definitivamente una visione paternalistica dei rapporti familiari, in cui al perseguimento dell'interesse del bambino concorrono solo le opinioni dei "grandi", per approdare ad una diversa visione in cui vale finalmente il principio secondo cui l'interesse del minore, la sua felicità ed il suo benessere non possono essere utilmente perseguiti senza che l'opinione del bambino abbia uno spazio espressivo.

Alla luce di queste indicazioni, ritornano di attualità le verità poetiche contenute nel *Piccolo Principe*. Come quella che proviene dalla volpe, ormai "addomesticata", che, al momento del distacco, decide di rivelare al piccolo amico il segreto dell'esistenza umana, che consiste nel fatto che «*l'essenziale è invisibile agli occhi*²⁹». Ebbene, se questa

²⁸ Nel 2010 il Consiglio d'Europa, sulla scia delle convenzioni internazionali aventi ad oggetto la tutela della infanzia, quali la Convenzione ONU sulla protezione dei diritti del fanciullo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la Convenzione de L'Aja 1993 in materia di adozione e la Convenzione di Strasburgo 1996 sull'ascolto informato, ha dettato a livello europeo le *Linee Guida per una giustizia a misura di bambino*, le cui specifiche finalità sono quelle di rafforzare e migliorare l'accesso del bambino alla giustizia e il trattamento che lui viene riservato.

²⁹ A. DE SAINT-EXUPERY, *op. cit.*, 101

riflessione disvela un paradosso, essa è anche un segno di quanto sovente le convinzioni degli adulti, saggiate rispetto alla loro capacità di conformare la realtà, si mostrino inadatte. Nella dimensione del minore, lo sguardo sui fatti della realtà diviene più acuto e perspicace, proprio perché non è compromesso dalla visione troppo ravvicinata al caos della vita quotidiana, che alimenta, invece, le passioni degli adulti e ne turba l'esercizio della ragione e dell'intelligenza critica. Come ci insegna anche Calvino, che sceglie il giovane Pin come protagonista del *Sentiero dei nidi di ragno*³⁰, per narrare, attraverso l'innocenza di un bambino, il tema della guerra partigiana.

Ascoltare (il minore) consente, quindi, di promuovere quella dialettica degli estremi, scevra da alcuna veste formale, azzerando ogni sovrastruttura, per riportare al primato della realtà il dialogo, perché solo sforzandosi di capire il pensiero degli altri, per quanto bizzarro e lontano dal nostro, si possono creare le condizioni per creare legami. È questo l'incontro che non si può eludere, non per un generico altruismo, ma all'opposto, per una più compiuta affermazione dell'interiorità.

³⁰ In quest'opera, *Il sentiero dei nidi di ragno*, Einaudi, Torino, 2002, Calvino procede all'analisi di alcune vicende umane guardandole da una certa "distanza", per poter giudicare meglio e riuscire a rimanere sempre a contatto con la realtà. Uno sguardo che vive in tutte le sue novelle (come nel *Barone rampante*, dove il barone Cosimo Piovasco per protesta contro un piatto di lumache servitogli a tavola, sale sugli alberi e non ne discende più, seguendo con occhio divertito tutte le vicende umane) come segno di denuncia e del rifiuto di compromesso con l'attualità.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

FEDERICA NANCI

Il fenomeno dell'evergreening tra diritto alla salute e copertura brevettuale dei farmaci

ABSTRACT – The pharmaceutical industry plays an important role in human health. For this reason, the legislator is interested in encouraging it. Patents are a means to achieve this. The balancing between the right to health, freedom of science and the author's interest is represented by the prediction of a term over the duration of patents. However, industry practitioners tend to prolong the duration of the privatization by requesting patents covering secondary aspects of the same drug. This practice, known as evergreening, is likely to alter the aforementioned balancing. It also may be an abuse of dominance. The lawyer is therefore called upon to make a solution.

KEYWORDS – Health, drugs, patents, evergreening, abuse.



FEDERICA NANCI*

Il fenomeno dell'evergreening tra diritto alla salute e copertura brevettuale dei farmaci**

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione dell'oggetto d'indagine; – 2. Il farmaco come risultato della ricerca scientifica. Sua brevettabilità; – 3. L'impatto del diritto di proprietà intellettuale sugli altri diritti. L'esigenza di un bilanciamento; – 4. L'esclusiva sui prodotti farmaceutici e l'accordo TRIPs; – 5. Le limitazioni volte ad attenuare la portata escludente della privativa, nell'ottica di un contemperamento tra i diversi interessi coinvolti: scadenza del brevetto e commercio di farmaci generici; – 6. Condotte dirette a prolungare l'esclusiva oltre la scadenza: il fenomeno dell'evergreening, tra normativa brevettuale e disciplina della concorrenza; – 7. Il caso del farmaco Glivec in India: la valorizzazione del parametro dell'incremento dell'efficacia terapeutica al fine di contrastare le pratiche di uso strategico dei brevetti; – 8. Conclusioni: il monito verso un maggiore rigore rivolto ai soggetti coinvolti nella valutazione intorno ai requisiti di brevettabilità.

1. Premessa e delimitazione dell'oggetto d'indagine

L'industria farmaceutica svolge un'importante funzione rispetto alla salute dell'uomo. L'individuazione di nuove sostanze medicinali consente di contrastare patologie più o meno note e, con ciò, di contribuire al benessere dell'umanità.

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

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare “Diritti del minore e Cooperazione Decentrata” organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università “Magna Graecia” di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

L'attività di ricerca e sviluppo di un nuovo farmaco, dal canto proprio, è un processo complesso, costoso, sovrastato dall'incertezza. La possibilità di ottenere una privativa, in questo contesto, sembra incentivare il settore. E tale dato non è stato trascurato.

Superate le resistenze iniziali, difatti, dubbi oramai non residuano, circa la brevettabilità dei medicinali.

Ciò nonostante, condotte si registrano, nella pratica, ad opera di taluni operatori, dirette a prolungare oltremodo la durata dell'esclusiva.

Simili contegni suscitano perplessità. Essi, in astratto, si presentano conformi al diritto. Tuttavia, un impatto notevole è riscontrabile, sul piano della concorrenza. Ricadute non mancano, in ordine al diritto alla salute. La stessa accessibilità ad un determinato farmaco rischia di essere seriamente compromessa.

Questioni si affacciano, ancora una volta, all'orizzonte del giurista. Ed il presente lavoro s'inserisce, appunto, nel solco così tracciato, individuando possibili soluzioni, nell'ottica di un temperamento degli interessi evidenziati.

2. Il farmaco come risultato della ricerca scientifica. Sua brevettabilità

Un'indagine intorno alla copertura brevettuale dei medicinali richiede alcune premesse.

La prima è che i farmaci¹ sono il risultato della ricerca scientifica.

¹ Alla parola «farmaco» il legislatore ha preferito il termine «medicinale» (E. MONTELLONE, *Farmaci e persona nel diritto privato*, Morlacchi editore, Perugia 2008, 16). Una definizione espressa di quest'ultimo si trova nell'art. 1, lett. a, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (c.d. Codice dei medicinali), il quale attribuisce al concetto una duplice accezione. Esso, dunque, designa, per un verso, ogni sostanza o

La seconda è che quest'ultima, di regola, si risolve in un'attività diretta verso una scoperta².

La terza è che la libertà della scienza, contemplata finanche nella Carta costituzionale³, assicura alla collettività la possibilità di beneficiare dei trovati⁴.

Ed in effetti, norme non mancano, all'interno dei diversi ordinamenti nazionali, le quali escludono che scoperte, teorie scientifiche e metodi matematici, considerati in quanto tali, possano formare oggetto di brevetto⁵.

associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; per altro verso, ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica. Tale seconda accezione è intesa come una «definizione funzionale» (E. MONTELIONE, *op. cit.*, 18).

² M. BASILE, *Ricerca scientifica (contratto)*, in *Enc. dir.*, XL (1989), 412 s.

³ La Costituzione italiana considera sia la «ricerca scientifica» che la «ricerca tecnica», ma una definizione e dell'una e dell'altra non si trova nel testo della Carta (S. ZANZI, *Il personale addetto alla ricerca scientifica nel settore pubblico : problematiche attuali e prospettive future*, CEDAM, Padova 2007, 38). I due poli intorno a cui è costruita la disciplina giuridica dell'attività di ricerca, entrambi contemplati nella medesima, sono, da un lato, la libertà di ricerca; dall'altro, la necessità di interventi pubblici per la promozione e lo sviluppo della stessa (F. MERLONI, *Ricerca scientifica (organizzazione)*, in *Enc. dir.*, XL (1989), 394). La tutela della libertà di ricerca, sancita all'art. 33, denota una connessione con la libertà di insegnamento, lasciando spazio a qualche perplessità intorno ai problemi relativi alla tutela dei ricercatori dediti professionalmente all'attività di ricerca, ma senza una connessione necessaria con l'insegnamento (in questo senso, F. MERUSI, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali (art. 1-12)*, Zanichelli, Bologna-Roma 1975, 434).

⁴ M. BASILE, *op. cit.*, 420.

⁵ S'inserisce in questo solco l'art. 45, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. Codice della proprietà industriale). E, prim'ancora, l'omologo art. 12, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127

È ben plausibile, però, che un diritto di esclusiva interessi le predette entità. Il che si verifica allorché il ritrovato non rilevi in quanto tale, ma sia connotato da taluni caratteri, ossia: novità, attività inventiva e applicazione industriale⁶.

La collettività, in buona sostanza, s'imbatta nell'esclusiva in favore dell'autore, ogniqualvolta il risultato dell'attività investigativa presupponga uno sforzo creativo specifico e si traduca in un'opera dell'ingegno oppure in un'invenzione.

I medicinali, in quanto risultato di ricerca scientifica, non fanno eccezione a questa regola⁷.

Difatti, superate le resistenze iniziali⁸, anche grazie alla spinta di teorie economiche⁹, si ammette che private possano essere attribuite alle

(legge invenzioni). Il decreto citato, difatti, ha introdotto nel sistema italiano una disciplina organica in materia di proprietà intellettuale, mediante un riordinamento e un accorpamento di numerosi atti normativi tra leggi e provvedimenti, conseguenti all'adeguamento delle norme italiane ai regolamenti comunitari e alle convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito.

⁶ La conoscenza può tradursi, quindi, in una «scoperta-invenzione». In questi termini, G. GUGLIELMETTI, *La brevettazione delle scoperte invenzioni*, in *Riv. dir. ind.*, I, 3/1999, 97.

⁷ Ed anzi, si reputa che il settore farmaceutico sia tra i principali utenti del sistema brevettuale (cfr. *Comunicazione della Commissione europea, Sintesi della relazione relativa all'indagine sul settore farmaceutico*, COM (2009)351 def. dell'8 luglio 2009, in www.ec.europa.eu).

⁸ Nell'ordinamento italiano il brevetto per i prodotti farmaceutici era escluso dalla l. 12 marzo 1855, n. 782, emanata dal parlamento subalpino ed estesa, in seguito, a tutto il territorio nazionale. Il divieto era stato ribadito con il r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, per essere, poi, caducato per via dell'intervento della Corte costituzionale (Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 20, in www.iusexplorer.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma primo dell'art. 14, r.d. 1127/1939).

⁹ W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge Massachusetts 2003, 294 ss. Osserva M. DRAGONI, *Accordo Trips*,

società farmaceutiche, le quali presentano una certa estensione tanto sul piano spaziale quanto su quello temporale. Il tutto mediante la concessione dei brevetti¹⁰.

Il quadro fin qui tratteggiato evidenzia la presenza di una pluralità di attori. Vi è l'inventore, latamente inteso, spesso rappresentato da centri di ricerca pubblici o università, che lavora sulla scoperta e sulla messa a punto del nuovo farmaco. Vi sono i pazienti, e, più ampiamente, le popolazioni nonché gli Stati cui esse appartengono. In posizione intermedia si collocano le grandi industrie farmaceutiche. Esse investono nella ricerca e si candidano alla titolarità del brevetto. Interessi differenti, talvolta confliggenti, fanno capo a ciascuno dei soggetti in parola.

In questo contesto matura un contrasto che può essere così descritto. Per un verso, si riscontra una spiccata tendenza universalizzante. Essa conduce ad enunciare solennemente il diritto alla salute, ed a riconoscere il medesimo tra i diritti umani fondamentali. Per altro verso, le istanze economiche delle case farmaceutiche, connotate da intrinseco particolarismo, reclamano un'esclusiva. E sembrano trovarla.

brevetti e resistenze interne in India. Uno scenario frastagliato, in *Kervan – Rivista internazionale di studi afroasiatici*, 13/14, luglio 2016, 155, come la garanzia di un diritto di esclusiva su un bene essenziale per la sopravvivenza e/o il miglioramento della salute dell'uomo possa apparire, quantomeno a prima vista, quasi paradossale. L'a., tuttavia, rileva come un'analisi più accurata del fenomeno sia idonea a far emergere quanto sia semplicistica, o meglio parziale, una visione del fenomeno «brevetazione del medicinale» come qualcosa di deleterio per la salute dell'umanità.

¹⁰ W.M. LANDES, R.A. POSNER, *op. cit.*, 294 ss.

Ciò in quanto, la protezione delle invenzioni, in questo settore più che mai, assume rilievo come forma di incentivo alla ricerca¹¹, esprimendo, di riflesso, un interesse pubblico alla tutela della salute¹².

3. *L'impatto del diritto di proprietà intellettuale sugli altri diritti.
L'esigenza di un bilanciamento*

Il diritto di proprietà intellettuale, appare a questo punto dimostrato, produce un impatto su altri diritti, taluni dei quali fondamentali¹³.

L'ingerenza rilevata, in maniera inevitabile, richiede che un bilanciamento sia operato.

Ed in verità, l'art. 15, Patto dell'ONU¹⁴, riconosce a ciascun individuo un diritto, in ordine al godimento dei benefici connessi al progresso scientifico, nonché alle relative applicazioni.

¹¹ Sulle teorie intorno alla funzione del brevetto, fino alla tesi che assegna all'istituto la funzione di stimolo del progresso tecnico, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7^a ed., Giuffrè, Milano 2012, 377 ss. Ricerca e produzione farmaceutica, per tale via, sono soggette a buona parte delle regole che disciplinano i rapporti tra privati. Il processo di «privatizzazione» della ricerca si avvia tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX (S. ZANZI, *op. cit.*, 78 ss.). Da allora, un mutamento è stato innescato nell'equilibrio tra la quantità di ricerca pubblica e la misura di quella svolta dai privati, che ha condotto a un incremento di quest'ultima, favorito dall'introduzione della legislazione in materia brevettuale. Le invenzioni, di conseguenza, si presentano come beni economicamente rilevanti e ciò favorisce l'indipendenza economica della scienza.

¹² L. BRICENO, in M. SCUFFI, M. FRANZOSI (a cura di), *Diritto industriale italiano. Diritto sostanziale*, Cedam, Padova 2014, 692.

¹³ Sul punto, P. CULLET, *Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era*, in *Human Rights Quarterly*, 29/2007, 404.

¹⁴ «Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali», concluso a New York il 16 dicembre 1966. Il testo della disposizione riproduce quasi fedelmente

Lo stesso, al contempo, accorda una protezione al diritto dell'autore, rispetto agli interessi morali e materiali i quali scaturiscono dalla produzione scientifica, letteraria o artistica.

L'articolo, quindi, impone un temperamento tra diverse istanze giuridicamente rilevanti. Tale esigenza s'avverte, ancor più, alla luce del comma successivo. Ivi, rispetto alle misure che gli Stati firmatari sono chiamati ad adottare, per conseguire la piena attuazione del diritto dell'autore, si prevede che le stesse siano funzionali al mantenimento, allo sviluppo, alla diffusione della scienza e della cultura.

La necessità di operare un bilanciamento, sul piano internazionale, trova posto altresì nell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)¹⁵.

quello dell'art. 27, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948.

¹⁵ L'accordo TRIPs è un allegato all'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), sottoscritto il 14 aprile 1995 a Marrakech e vincolante per tutti gli Stati aderenti all'accordo principale (l'Italia vi ha dato attuazione con d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198). Tale atto inserisce la proprietà industriale nel GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) e riunisce in un solo strumento globale la proprietà industriale nonché quella attinente al diritto d'autore, la prima già disciplinata dalla Convenzione di Parigi per la Protezione della Proprietà Industriale del 1883, la seconda dalla Convenzione di Berna per la Protezione delle Opere Letterarie ed Artistiche del 1886. Il testo si articola in sette parti, che riguardano, rispettivamente, l'applicazione dei principi fondamentali (parte I, artt. 1-8), le norme sull'esistenza, l'estensione e l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (parte II, artt. 9-40), i mezzi e le procedure per la loro tutela (parte III, artt. 41-61), l'acquisizione e il loro mantenimento (parte IV, art. 62), la prevenzione e il regolamento delle controversie (parte V, artt. 63-64), disposizioni transitorie (parte VI artt. 68-72).

In tema di farmaci, rileva più nello specifico anche la Dichiarazione sull'Accordo TRIPs e la salute pubblica, adottata nel 2001 durante la quarta Conferenza ministeriale dell'OMC, a Doha (*World Trade Organization, Declaration on the*

L'accordo si propone, appunto, di promuovere l'innovazione tecnologica, il trasferimento e la diffusione della tecnologia. Ciò a reciproco vantaggio dei produttori e degli utilizzatori di conoscenze tecnologiche, in modo da favorire il benessere sociale ed economico nei Paesi membri del WTO (*World Trade Organization*), nonché l'equilibrio tra diritti e obblighi (art. 7).

4. *L'esclusiva sui prodotti farmaceutici e l'accordo TRIPs*

Il TRIPs non contempla una disciplina brevettuale specifica, riguardo ai prodotti farmaceutici. Nondimeno, la formulazione dell'art. 27, nel fissare l'oggetto del brevetto, si mostra sufficientemente ampia¹⁶. Tanto che, i medicinali possono essere ricompresi nella sua sfera applicativa.

TRIPs Agreement and Public Health, November 20, 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, in *www.wto.org*). Quest'atto, difatti, ribadisce la piena libertà dei Paesi dell'OMC di adottare qualsiasi misura idonea a salvaguardare la salute pubblica, e autorizza, per tale via, a interpretare e applicare l'Accordo TRIPs in modo da promuovere l'accesso ai farmaci per tutti, anche limitando i diritti conferiti dai relativi brevetti. La lettura del paragrafo 4 della medesima dichiarazione lascia emergere come l'obiettivo sia, appunto, quello di incentivare gli Stati membri a implementare le politiche favorevoli alla non facile coesistenza tra gli interessi sottesi alla disciplina brevettuale e la tutela di interessi pubblici, in particolar modo del diritto alla salute. Si vuole, con ciò, evidenziare la flessibilità dell'Accordo (G. GHIDINI, *Il futuro della proprietà intellettuale: un universo in espansione*, in *Il Diritto Industriale*, 2 / 2011, 201.), così da consentire agli Stati membri di riuscire a garantire la tutela della salute pubblica, promuovendo, in particolare, l'accesso ai medicinali, senza però violare le prescrizioni del TRIPs.

¹⁶ La norma, difatti, estende la propria portata su ogni campo della tecnologia.

Anche in ragione dell'Accordo, pertanto, i farmaci risultano brevettabili. È necessario, però, che il trovato presenti i tradizionali caratteri all'uopo richiesti (novità, attività inventiva o «inventive step», applicazione industriale)¹⁷.

5. Le limitazioni volte ad attenuare la portata escludente della privativa, nell'ottica di un contemperamento tra i diversi interessi coinvolti: scadenza del brevetto e commercio di farmaci generici

Un dato, a questo punto, trova conferma: un bilanciamento è auspicato da più parti. Esso è imposto dalla coesistenza di principi, i quali sono volti a tutelare tanto il diritto umano alla salute, unitamente al diritto riconosciuto alla collettività di fruire dei risultati dell'attività investigativa, quanto il diritto dell'autore, rispetto al godimento dei benefici morali e materiali delle invenzioni¹⁸.

¹⁷ I medesimi requisiti si rinvencono nell'art. 52 della Convenzione sul brevetto europeo, conclusa il 5 ottobre 1973 a Monaco, ivi riveduta il 29 novembre 2000, il quale, ai fini della brevettabilità, allude a tutte le invenzioni: i) suscettibili di applicazione industriale; ii) nuove; iii) associate ad uno sforzo inventivo. A livello centrale, il vaglio intorno ai requisiti in parola, ai fini della concessione del brevetto europeo, è demandato allo *European Patent Office* (EPO), ossia all'Ufficio Europeo Brevetti. L'EPO è altresì incaricato dei procedimenti di opposizione e di ricorso aventi ad oggetto brevetti già rilasciati.

¹⁸ Quest'ultimo è riconosciuto allo scopo di incentivare la ricerca e la produzione industriale che ad essa si accompagna. In tal senso, G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale: innovazione, creatività, informazione, dinamiche conflittuali, esperienze di condivisione*, Giuffrè, Milano 2015, 117, il quale, mediante l'individuazione e la valorizzazione delle limitazioni in parola, intende operare come una sorta di «rasoio di Ockham», rispetto a determinate configurazioni della portata dell'esclusiva accolte da molti giudici e studiosi, che l'a. ritiene «eccessivamente estensive».

Margini da investigare residuano, in ordine alle modalità attraverso le quali tale contemperamento possa essere realizzato.

Significativa, in proposito, è la previsione di talune limitazioni oggettive, rispetto alla concessione dei brevetti e alle annesse prerogative. Esse sono dirette ad attenuare la portata escludente della privativa, a fronte di usi non autorizzati dal titolare.

Tra queste, ai fini della presente indagine, un rilievo è senz'altro assunto dalle restrizioni di carattere temporale.

Orbene, la tutela brevettuale, di norma, si esaurisce nell'arco di un ventennio. Di modo che, trascorso tale lasso di tempo, il titolare non può più impedire che uno sfruttamento dell'invenzione avvenga, ad opera di terzi.

In campo farmaceutico, tuttavia, tale termine, sul piano pratico, accusa una drastica riduzione.

Difatti, l'arrivo di un nuovo medicinale sul banco di una farmacia richiede un periodo di circa 10-12 anni. Siffatto termine include il tempo necessario ad ottenere l'apposita autorizzazione al commercio¹⁹. Il che implica la presentazione di una documentazione, in rapporto ai risultati delle sperimentazioni chimiche.

¹⁹ Nell'ambito dell'ordinamento comunitario, l'Autorizzazione in commercio (AIC) è un requisito imprescindibile per la commercializzazione di un farmaco all'interno di uno Stato membro. La concessione dell'AIC è subordinata alla trasmissione di documenti, quali i risultati delle prove cliniche, ed ha una validità di cinque anni, rinnovabile per ulteriori cinque anni su domanda presentata almeno tre mesi prima della scadenza (Direttiva 65/65/CEE del Consiglio, del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in GU 22/369, 9 febbraio 1965, sostituita dalla direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in GU L 311/67, 28 novembre 2001).

In definitiva, solo 8 anni residuano all'azienda, affinché questa possa recuperare le spese per la sperimentazione, dopo aver presentato la predetta documentazione.

Non stupisce, quindi, che ulteriori forme di tutela siano state approntate, in favore degli operatori del settore in esame.

Fortemente rappresentativo, al riguardo, è il certificato di protezione supplementare dei farmaci, preso in considerazione dal TRIPs²⁰.

Esso si traduce in un titolo che consente un prolungamento dell'esclusiva brevettuale, in relazione ad un prodotto medicinale o fitosanitario. Ciò, appunto, in considerazione dell'arco temporale, necessariamente esteso, che intercorre tra la data della domanda di brevetto e l'autorizzazione all'immissione in commercio del prodotto²¹.

²⁰ Nell'ordinamento italiano, l'apertura verso la brevettabilità dei prodotti farmaceutici è avvenuta, come si è detto sopra, nel 1978. In seguito, con d.P.R. 22 giugno 1979, n. 338, dapprima, e con l. 19 ottobre 1991, n. 349, in un momento successivo, è stato istituito il Certificato di Protezione Complementare (CPC), poi abrogato dal Regolamento (CEE) n. 1768/92 del Consiglio, del 18 giugno 1992 e sostituito con il *Supplementary Protection Certificate* (SPC). La differenza tra i due istituti è rintracciabile, appunto, nella durata massima dell'estensione concessa in relazione alla durata della protezione. Il CCP, difatti, contemplava un'estensione notevole, in quanto consentiva di prolungare tale prerogativa fino a 18 anni. Il tetto previsto dal SPC, invece, è nettamente inferiore: infatti, la validità del SPC non può andare oltre i 5 anni.

²¹ La dottrina guarda con approvazione al prolungamento della copertura brevettuale, nell'ambito del settore in esame (rappresentativa, al riguardo, è la posizione di M. FRANZOSI, in M. SCUFFI, M. FRANZOSI (A CURA DI), *Diritto industriale italiano*, cit., 531). Sul punto, taluno puntualizza come la proroga dei certificati non possa essere considerata come una deroga vera e propria, poiché essa viene concessa allo scopo di consentire un recupero dei tempi non utilizzabili per lo sfruttamento della privativa (cfr. G. GHIDINI, *op. ult. cit.*, 117 s., nt. 62). Diversamente, la riduzione temporale subita dal titolare di un brevetto farmaceutico sfocerebbe in una ingiustificata disparità di trattamento fra le imprese operanti nel settore

Il certificato conferisce al titolare gli stessi diritti derivanti dal brevetto, estendendosi a qualsiasi impiego del trovato²².

Scaduto anche l'eventuale certificato, le aziende concorrenti sono autorizzate a commercializzare una copia del prodotto innovatore, rispetto alla quale si prevede una semplificazione della procedura di registrazione²³.

Ne deriva che, il settore farmaceutico si presenta diviso tra imprese innovatrici (*research-based*) e imprese generiche (*generics-based*). Le prime investono in ricerca e sviluppo, allo scopo di brevettare nuovi farmaci; le seconde si dedicano alla produzione e alla commercializzazione dei «generici», non più coperti da brevetto²⁴.

In dottrina, anche una sorta di proroga di fatto, rispetto alla situazione di esclusività, è stata evidenziata. Infatti, i terzi, fino alla scadenza del brevetto, non possono offrire il bene sul mercato. Ai medesimi, però, è precluso altresì lo svolgimento della correlata attività produttiva. Di

farmaceutico e quelle operanti negli altri settori della tecnica (in questo senso, P. FRASSI, *Alcune osservazioni in margine alla legge 91/349*, in *Rivista di diritto industriale*, 1/1991, 405 ss).

²² Corte Giust. UE, 9 febbraio 2012, causa C-442/11, *Novartis AG c. Actavis UK Ltd.*; Corte Giust. UE, 24 novembre 2011, causa C-322/10, *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, par. 39; Corte Giust. UE, 24 novembre 2011, causa C-422/10, *Georgetown University e altri c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, par. 32.

²³ Ciò in quanto i generici, come i loro medicinali di riferimento, contengono un principio attivo ottenuto per sintesi chimica, che può essere completamente caratterizzato mediante metodi analitici. È possibile, perciò, che sia prodotta una copia con la medesima composizione qualitativa e quantitativa in sostanze attive dello stesso farmaco.

²⁴ I c.d. generici sono i preparati che utilizzano le stesse formule oggetto di brevetti scaduti (G. GHIDINI, *op.ult. cit.*, 133).

modo che, colui il quale produca il farmaco equivalente in vigenza della privativa brevettuale incorre in un'ipotesi di contraffazione²⁵.

Un lasso di tempo non trascurabile, in definitiva, residua. Esso va dalla data di avvio della produzione industriale a quella in cui l'impresa è in condizione di offrire il medicinale sul mercato. In tale periodo, il titolare può godere di un supplemento di posizione esclusiva. La sua estensione, nel caso dei farmaci, può risultare notevole²⁶.

Tale dato non sembra essere sfuggito al legislatore, in particolare a quello europeo. Un *favor* si riscontra verso il compimento di atti preparatori, necessari alle imprese di generici per predisporre a entrare nel mercato, in modo da agevolare l'immediato ripristinarsi di un assetto concorrenziale, una volta cessati gli effetti del brevetto. Significativa, al riguardo, è la vicenda del comma 1-bis, art. 68 c.p.i.²⁷. La disposizione abilitava le aziende interessate *alla produzione di specialità farmaceutiche al di fuori della copertura brevettuale ad avviare la procedura di registrazione del prodotto contenente il principio attivo, con un anno di anticipo rispetto alla scadenza della copertura brevettuale o, se concessa, di quella complementare.*

Un'ipotesi di contraffazione, di conseguenza, era integrata dall'avvio della procedura di AIC da parte del produttore di generici

²⁵ E. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda Ratiopharm – Pfizer*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2/2014, 408, nt.16.

²⁶ G. GHIDINI, *op. ult. cit.*, 119.

²⁷ L'art. 68, co. 1 bis disciplinava la procedura di registrazione del farmaco generico. In argomento, V. DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e modelli*, in *Il Codice Civile, Commentario Schlesinger*, artt. 2584-2594, Giuffrè, 2012, 3^a ed., 55 ss.; F. MASSIMINO, *I farmaci generici fra concorrenza e tutela brevettuale*, in *Il dir. ind.*, 2009, 407 ss.

anteriormente al periodo considerato, ossia prima dell'anno antecedente la scadenza dei diritti di brevetto.

Tale previsione è stata soppressa su impulso delle istituzioni comunitarie mediante l'art. 83 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante, giustappunto, disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività²⁸.

6. Condotte dirette a prolungare l'esclusiva oltre la scadenza: il fenomeno dell'evergreening, tra normativa brevettuale e disciplina della concorrenza

Si può rilevare, in sintesi, come l'estensione del concetto di brevettabilità al settore farmaceutico abbia incontrato resistenze derivanti dall'assoluta rilevanza rivestita dai medicinali rispetto alla salute umana. D'altra parte, in considerazione del ruolo acquisito dall'industria, nell'ambito della ricerca in esame, a seguito degli elevati costi, si è palesata la necessità di tutelare gli investimenti effettuati tramite la concessione di un brevetto, così da evitare che l'invenzione potesse essere sfruttata in maniera parassitaria dalle concorrenti dell'impresa innovatrice.

Il compromesso tra istanze privatistiche e pubblicistiche sembra essere rappresentato dalla previsione di un termine ben definito per la

²⁸ L'intervento del legislatore è stato dettato dall'intento di evitare sanzioni. Ciò in quanto, la Commissione europea aveva avviato una procedura di infrazione contro il comma in questione, reputandolo in contrasto con la direttiva 2001/83/Ce recante un codice relativo ai farmaci per uso umano, la quale non contempla alcuna limitazione di carattere temporale, in pendenza di un brevetto, per l'avvio di un procedimento di AIC. L'Italia, all'esito della riferita procedura, era stata messa in mora (decisione del 14 marzo 2011, relativa al procedimento n. 2010/4188).

durata della privativa, spirato il quale l'oggetto del brevetto torna ad essere fruibile da parte della collettività. L'esistenza di un termine all'esclusiva brevettuale fa inoltre sì che la posizione «monopolistica»²⁹ sia destinata a estinguersi e l'invenzione farmaceutica a cadere in pubblico dominio. Da quel momento, chiunque può sfruttarla per la produzione di farmaci generici senza opposizione da parte dell'ex titolare.

L'equilibrio descritto può essere turbato da una serie di comportamenti intrapresi dalle aziende farmaceutiche, allo scopo di estendere il più possibile la vita dei brevetti, in relazione al mercato di uno o più farmaci³⁰.

²⁹ L'uso dell'aggettivo, in questo contesto, è da intendersi in senso atecnico. Difatti, il carattere monopolistico dell'esclusiva attribuita dal brevetto è dibattuto. Parte della dottrina ritiene che l'esercizio in sé del brevetto non sia idoneo a costituire in favore del titolare situazioni definibili come «monopolistiche» in senso proprio. Ciò perché, la portata essenziale della privativa si ridurrebbe alla protezione del titolare rispetto allo specifico rischio di perdite derivanti dal *free riding* economicamente significativo, ossia, quello industriale. Da questo punto di vista, ogni altro rischio economico graverebbe sul titolare stesso. Inoltre, la protezione si presenta limitata a una specifica soluzione tecnica, descritta e rivendicata dal titolare. Essa, insomma, non riguarda un tipo di funzione utilitaria, né un settore di attività, a differenza di quanto accade per i diritti di monopolio. In argomento, G. GHIDINI, *op. cit.*, 91 ss.

³⁰ Non sfugge la preminenza dei diritti di proprietà intellettuale nel settore farmaceutico, ove la mera titolarità dei brevetti per invenzione industriale è sufficiente, talvolta, a ingenerare una posizione quasi monopolistica. In questo senso, E. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda Ratiopharm – Pfizer*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2/2014, 405, nt. 4, la quale, però, ricorda come la mera detenzione di un diritto di proprietà intellettuale non conferisca mai, di per sé, un potere monopolistico nell'accezione microeconomica del termine, ossia, un'esclusiva che attribuisca il controllo di un intero mercato di prodotto. Difatti, come puntualizzato da G. GHIDINI, *op. ult. cit.*, 92, nt. 28, i rischi di monopolizzazione non sono insiti all'esercizio del brevetto in sé; essi sono ascrivibili, piuttosto, a certi «usi» del potere escludente

Tali pratiche divergono l'una dall'altra e non sempre sono legate allo strumento brevettuale³¹.

Si fa leva, per esempio, su possibili scappatoie individuabili in previsioni legislative, come le procedure di *patent linkage*, disciplinate da alcune legislazioni interne e dirette a stabilire un legame necessario tra l'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco generico e la previa verifica dello status brevettuale del prodotto da cui origina.

Si segnala, altresì, un uso strategico delle procedure di contenzioso brevettuale³².

proprio della tutela brevettuale. L'a., in proposito, attribuisce risalto al concorso sinergico di particolari circostanze «ambientali» economiche e/o giuridiche, le quali consentono al titolare della privativa di oltrepassare i limiti necessari e sufficienti al conseguimento della funzione protettiva essenziale.

³¹ L'uso strategico della proprietà intellettuale è un fenomeno da sempre oggetto di attenzione all'interno del sistema statunitense, dove si discute di *misuse doctrine*, in relazione all'opportunità di impedire ai soggetti che abbiano realizzato un impiego improprio della normativa brevettuale di intentare una causa per violazione del proprio diritto di esclusiva, rendendolo dunque *unenforceable* (in argomento, M. COLANGELO, *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso AstraZeneca*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 4/2013, 596, nt. 57). A testimonianza dell'attenzione riservata in quel contesto alle pratiche di brevettazione strategica, L.J. GLASGOW, *Stretching the Limits of Intellectual Property Rights: Has the Pharmaceutical Industry Gone Too Far?*, in *IDEA: The Journal of Law and Technology*, 41, 2/2001, 227-258; R. WEISSMAN, *Victory and Betrayal: The Evergreen Patent System of Pharmaceutical Company Tactics to Extend Patent Protections*, in *Multinational Monitor*, 6/2002, www.multinationalmonitor.org; K. ROOX, J. PIKE, A. BROWN, S. BECKER, *Barriere all'ingresso dei farmaci generici nel mercato dell'Unione Europea legate al sistema dei brevetti*, 2008, in www.assogenerici.org (sito dell'Associazione nazionale industrie farmaci generici).

³² Si sofferma sull'uso strategico delle controversie legali (c.d. *sham litigation* o *vexatious litigation*) da parte delle compagnie produttrici di farmaci innovativi a

Allo stesso scopo, le imprese titolari del brevetto tentano di realizzare fusioni con case farmaceutiche concorrenti per continuare a vantare l'esclusiva, oppure, ricorrono di frequente a campagne pubblicitarie e allo sviluppo di marchi per sbarrare l'ingresso ai produttori di generici. Tale fenomeno, conosciuto come *product hopping* o *switching*, rappresenta un esempio tipico di *regulatory gaming*, espressione riferibile a pratiche dirette a sfruttare regolamentazioni di per sé neutre o procompetitive per realizzare finalità escludenti. Difatti, tramite condotte di *product hopping*, le aziende farmaceutiche cercano di trasferire i pazienti da un vecchio farmaco di successo, prossimo a perdere la copertura brevettuale, a un prodotto nuovo, protetto da privativa, pressoché identico a quello precedente, in modo da ridurre le opportunità di mercato per le versioni equivalenti del primo medicinale³³.

Un'altra tendenza desta particolari timori, la quale consiste nell'intraprendere condotte indirizzate a ritardare di molti anni l'immissione in commercio dei farmaci generici³⁴, mediante il deposito di brevetti che hanno ad oggetto protezione di aspetti ulteriori del prodotto, quali la composizione, la somministrazione ovvero la formulazione dello stesso e che sono, perciò, definiti come «secondari» o «dipendenti» ovvero *follow-on*. Ne deriva una fitta rete o *cluster* di brevetti in relazione a un medesimo farmaco, capace di

scapito delle imprese di generici, V. GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector*, in *European Competition Journal*, 7, 3/2011, 455 ss.

³³ M. COLANGELO, *op. cit.*, 598.

³⁴ L.J. GLASGOW, *op. cit.*, 227 s.; S. BASHEER, *Limiting the patentability of pharmaceutical inventions and microorganisms: a TRIPs compatibility review*, London, 2005, 30 ss.; M. DRAGONI, *op. ult. cit.*, 152 s.

osteggiare in maniera significativa l'affermazione del generico o equivalente³⁵.

Il brevetto su un prodotto si trasforma, in tal modo, in una sorta di «sempre verde»; non a caso, il fenomeno descritto è designato col termine «*evergreening*»³⁶.

Si allude, con tale espressione, alla prassi, seguita da molte case farmaceutiche, consistente nel deposito strategico di brevetti che hanno ad oggetto meri equivalenti di quello principale, di cui si

³⁵ Secondo la Comunicazione della Commissione europea dell'8 luglio 2009, 6, termini come «brevetti primari/secondari», «brevetti difensivi» e «*cluster* di brevetti» o «gineprai di brevetti» (*patent thickets*), non avrebbero connotazioni di per sé negative. Difatti, argomenta il report, il diritto dei brevetti stabilisce le condizioni per ottenere un brevetto, a prescindere dalle eventuali intenzioni poco nobili di coloro che chiedono di ottenere diritti di brevetto o i modi in cui i brevetti vengono configurati nei documenti strategici interni delle aziende. La nozione di «brevetto secondario», quindi, non dovrebbe conferire a tali brevetti una qualità o un valore inferiore. Essa, piuttosto, dovrebbe semplicemente servire a esprimere una diversità sotto il profilo temporale, essendo il brevetto secondario richiesto in un momento successivo, rispetto a quello «primario». Analogamente, ammoniscono dal concludere che tutti i brevetti *follow-on* siano necessariamente invalidi, L. BRICEÑO MORAIA, *La decisione Pfizer: profili critici in tema di brevetti divisionali e facoltà esclusive*, in *Rivista di diritto industriale*, 6/2012, II, 596, secondo la quale, il mero deposito di una o più domande divisionali non può rappresentare in quanto tale un abuso di posizione dominante; K. ROOX, J. PIKE, A. BROWN, S. BECKER, *OP. CIT.*, 13, I QUALI, PERÒ, RILEVANO LA CONCESSIONE DI BREVETTI INAPPROPRIATI CHE, IN SEGUITO A UNA VALUTAZIONE RIGOROSA IN CONFORMITÀ AI CRITERI STABILITI, NON SI SAREBBERO MAI DOVUTI CONCEDERE.

³⁶ In argomento, L. L. OUELLETTE, *How Many Patents Does It Take to Make a Drug? Follow-On Pharmaceutical Patents and University Licensing*, in *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 17, 299/2010, 305 ss.

appressa la scadenza, ovvero di domande divisionali³⁷, il tutto allo scopo di estendere l'esclusiva oltre i limiti di legge³⁸.

Ciò avviene, per esempio, quando il titolare del brevetto principale deposita una domanda avente ad oggetto una versione leggermente modificata di un farmaco, già brevettato da quell'azienda e del quale si vuole ottenere l'estensione dell'esclusiva la cui scadenza è imminente. Di conseguenza, se quelle leggere modifiche si riscontrano anche in un medicinale equivalente pronto ad entrare nel mercato, quest'ultimo non potrà essere lecitamente immesso in commercio, poiché sarà valutato come la contraffazione di un brevetto esistente.

Un altro esempio di brevetto secondario è offerto dal c.d. brevetto di selezione. Tale strumento consente di tutelare una «piccola famiglia» di composti, ovvero una singola molecola, riconducibile alla formula

³⁷ La domanda divisionale deriva direttamente da una domanda di brevetto già depositata, c.d. «principale». Ad essa si riferisce l'articolo 76 della Convenzione di Monaco. Tale domanda può essere presentata volontariamente dallo stesso inventore, oppure, in ragione principio dell'unità dell'invenzione (art. 161 c.p.i.), è possibile che sia lo stesso Ufficio a richiederlo, allorquando, nell'esaminare una domanda di brevetto, si avveda della presenza di materiale e informazioni atti a fondare più invenzioni. La «divisionale», in ragione del legame con la «principale», mutua da quest'ultima la parte descrittiva, la data di deposito e quella di scadenza della protezione, sebbene essa sia stata presentata in un momento successivo, secondo quanto disposto dall'art. 161, c.p.i. (in argomento, G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, 3^a ed., Giuffré, Milano 2011, 273 ss.). Le rivendicazioni che definiscono l'ambito di tutela dell'innovazione, invece, sono differenti. E. AREZZO, *op. cit.*, 406, nt. 8, al riguardo, sottolinea come il ricorso a domande divisionali sia consentito soltanto rispetto a elementi già descritti nell'ambito del brevetto principale, i quali, benché certamente collegati a quest'ultimo, siano tali da poter costituire oggetto di invenzioni autonome e separabili dalla prima.

³⁸ G. GHIDINI, *op.ult.cit.*, 132.

generale di una «grande famiglia», ma dotata di effetti terapeutici originali³⁹.

Allo stesso modo, il c.d. brevetto di procedimento, permette di proteggere un particolare processo di sintesi di una determinata molecola.

Si consideri, ancora, il caso dell'associazione di singoli farmaci, allorché un medicinale A, somministrato in associazione con un farmaco B, produce un effetto terapeutico maggiore di quanto ci si aspetterebbe dalla somministrazione di ciascuna delle due sostanze in questione.

Un'ipotesi ulteriore è quella del brevetto di indicazione, relativa alla brevettabilità di una nuova indicazione per un farmaco attualmente in uso.

Ancora più problematico, infine, appare il c.d. brevetto di formulazione. Si propone, in questo caso, una differente forma di somministrazione, in relazione a un prodotto già coperto da esclusiva. La questione principale, sollevata dal diffondersi di queste pratiche, risiede nel carattere lecito che contraddistingue le condotte, considerate isolatamente, se raffrontate alle norme che regolano i diritti di proprietà industriale.

In verità, si tratta di contegni autorizzati dal diritto brevettuale; e tuttavia, essi sono indirizzati all'uso strategico delle procedure che governano l'attribuzione della privativa; sicché, un contrasto si profila rispetto alla normativa antitrust.

³⁹ Rappresentative, al riguardo, sono le benzodiazepine, cui sono riconducibili gran parte degli ansiolitici e dei sonniferi. Quando fu brevettato il clordiazepossido, che è, appunto, una benzodiazepina, la futura famiglia non fu brevettata. Dunque, sostituendo un atomo o un gruppo di atomi ad una molecola di partenza non brevettata, sono state ottenute altre benzodiazepine, brevettate da aziende diverse.

Tali pratiche di brevettazione strategica (*patent filing strategies*) hanno attratto, infatti, l'attenzione delle istituzioni comunitarie per la loro attitudine a ostacolare la concorrenza, nella misura in cui si traducano nell'abuso⁴⁰ di una posizione dominante *ex art. 102 TFUE*. La commissione europea, dopo aver tratteggiato una panoramica delle condotte sopra illustrate, ha espresso preoccupazione circa gli annessi rischi anticoncorrenziali⁴¹.

L'applicazione della normativa antitrust, in quest'ottica, potrebbe essere preclusa dalla presenza, nella disciplina a tutela della protezione brevettuale, di norme che consentono di sanzionare condotte ad esse contrarie.

Nessuna violazione, tuttavia, è riscontrabile nei casi in esame, sul piano della disciplina della proprietà intellettuale.

L'assenza di difformità delle condotte descritte, in relazione alla normativa brevettuale, rappresenta un ostacolo che la Corte di giustizia ha ritenuto di dover oltrepassare⁴².

In occasione del caso AstraZeneca, i giudici hanno affermato che l'analisi sulla liceità o illiceità di una condotta unilaterale ai sensi

⁴⁰ Discorre di «comportamenti abusivi», M. DRAGONI, *op. ult. cit.*, 156.

⁴¹ Comunicazione della Commissione europea, 8 luglio 2009, cit., 11 ss.

⁴² Corte Giust. U.E., C-457/10, *AstraZeneca e AstraZeneca plc c. Commissione Europea*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4/2013, 569 ss. Si tratta della prima pronuncia con la quale una casa farmaceutica è stata condannata per abuso di posizione dominante. Per la prima volta, in questo caso, è stata affrontata la questione sul se l'uso strategico delle procedure davanti agli uffici brevetto possa essere considerato come violazione del diritto antitrust. In questo senso, J. DREXL, *AstraZeneca and the UE Sector Inquiry: When Do Patent Filings Violate Competition Law?*, in *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper*, 2/2012, 1 s., il quale ritiene che il caso AstraZeneca possa rivelarsi un importante precedente rispetto alla problematica dibattuta relativa all'uso strategico dei brevetti.

dell'art. 102 TFUE debba prescindere dalla valutazione della sua eventuale conformità rispetto ad altre normative⁴³, di modo che, l'assenza di una violazione della disciplina settoriale non sarebbe idonea, di per sé, a sbarrare la strada alle norme sulla concorrenza.

Tale tesi troverebbe un fondamento nella divergenza che connota le prospettive nonché le finalità proprie delle normative in questione. Difatti, tra i requisiti contemplati nella Convenzione sul brevetto europeo, ai fini della concessione dello stesso, alcun cenno è fatto a valutazioni circa il possibile utilizzo anticoncorrenziale che il richiedente intenda fare del titolo ottenuto.

Eventuali usi lesivi della concorrenza non sono oggetto di vaglio da parte degli uffici brevettuali.

Tali profili, piuttosto, restano di stretta pertinenza della disciplina posta a presidio della concorrenza.

Rilievi critici, ad ogni modo, sono stati mossi rispetto alla descritta impostazione, accolta e ulteriormente sviluppata in pronunce successive.

È stato osservato, in particolare, come una strategia escludente sia per sua natura insita nella richiesta di una privativa brevettuale, sicché, ai fini dell'illecito antitrust sarebbe necessaria una violazione delle regole che governano la legittima concessione della privativa.

Il fatto di valersi delle norme brevettuali per espungere altre imprese dalla competizione, insomma, non sarebbe di per sé sufficiente a integrare un illecito antitrust, essendo richiesto, invece, un elemento ulteriore, idoneo a connotare l'illiceità del contegno considerato⁴⁴.

⁴³ M. COLANGELO, *op. cit.*, 593, evidenzia la diversità di quest'orientamento rispetto alla tendenza predominante all'interno dell'ordinamento statunitense.

⁴⁴ In questo senso, M. MAGGIOLINO, M.L. MONTAGNANI, *AstraZeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR*

L'orientamento manifestato dalla Corte, all'esito della vicenda citata, ha inoltre destato timori in tema di incentivi all'innovazione nel settore farmaceutico⁴⁵.

Riflessioni intorno all'ammissibilità delle strategie di *evergreening*, dunque, ripropongono questioni oramai familiari. Da un lato, il brevetto è pensato per una tutela limitata nel tempo. Dall'altro, tali contegni costituiscono un incentivo alla ricerca, che, seppur non direttamente riconducibile alla *ratio* che accompagna la normativa in materia di privativa, sembra trovare posto tra le pieghe della legge.

V'è chi, al riguardo, auspica un intervento del legislatore, invocando una modifica del diritto brevettuale⁴⁶.

Un rigore particolare, in ordine alla normativa richiamata, del resto, sembra essere incoraggiato dall'Accordo TRIPs, così da sbarrare l'ingresso a pratiche qualificabili in termini di *evergreening*, le quali possono essere riguardate alla stregua di forme di abuso della protezione brevettuale.

Ciò in quanto, in dette ipotesi, si realizza il prolungamento di una situazione di «monopolio» senza che vi siano miglioramenti considerevoli per la tutela della salute e l'innovazione scientifica nonché tecnologica.

In questo senso sembra deporre l'art. 8 del citato Accordo, là dove si prevede che misure appropriate possano rendersi necessarie, al fine di impedire l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale da parte dei rispettivi titolari.

Misuse, in 34 *World Competition*, 2011, 248; G. SENA, *Esclusiva brevettuale e strategia escludente*, in *Riv. dir. ind.*, 6/2012, II, 628.

⁴⁵ E. AREZZO, *op. cit.*, 420 s. I medesimi timori, già all'indomani della pronuncia sul caso Astrazeneca, sono stati espressi da J. DREXL, *op. cit.*, 28.

⁴⁶ E. AREZZO, *op. cit.*, 422.

Nelle more, tuttavia, problemi in cerca di soluzioni si affacciano all'orizzonte del giurista, il quale, sovente, non disdegna un ricorso alla figura dell'abuso del diritto. Il sintagma riassume una categoria controversa, capace di porsi, al contempo, come un'agevole via da percorrere, allo scopo di porre rimedio alle storture generate dal sistema⁴⁷.

Esplicativo, in proposito, è il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato, a chiusura di una complessa vicenda nota come caso *Ratiopharm v. Pfizer*⁴⁸.

Nel dettaglio, un gruppo di imprese operanti nel settore della produzione e commercializzazione di medicinali per la cura delle malattie oftalmiche, aveva acquisito il controllo di una casa farmaceutica titolare di un brevetto su un principio attivo concesso nel 1994 e con scadenza nel 2009. Questa società non aveva nazionalizzato la tutela in Italia, di modo che, un'impresa concorrente aveva sviluppato un prodotto generico a base del medesimo principio attivo. Tuttavia, la titolare dell'esclusiva aveva ottenuto un brevetto divisionale, riuscendo a nazionalizzare la privativa anche in Italia. Per tale via, mediante un certificato di protezione complementare, la tutela era stata estesa fino al luglio 2011.

La concorrente e le altre produttrici di generici, di conseguenza, erano state costrette a procrastinare il loro ingresso nel mercato. La prima,

⁴⁷ Insuperabili, sul punto, le conclusioni di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 290, in *Rivista di diritto civile*, 1965, secondo il quale la dottrina dell'abuso, nei suoi limiti e nella sua vocazione, finisce «col testimoniare l'antica miseria del diritto e la pena del giurista che cerca di riscattarla».

⁴⁸ Cons. Stato, 12 febbraio 2014 n. 693. In merito alla vicenda, E. AREZZO, *op. cit.*, 404 ss. In relazione alla decisione del Consiglio di Stato, G. GHIDINI, G. CAVANI, P. F. PISERÀ, *Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 3/2014, 133 ss.

però, successivamente, aveva inviato una segnalazione all'AGCM, avente ad oggetto i comportamenti della titolare del brevetto originario, in quanto indirizzati a ritardare l'ingresso dei medicinali equivalenti.

L'autorità adita ha rilevato nel caso in esame la sussistenza di un abuso di posizione dominante (ex art. 102 TFUE)⁴⁹, e ha irrogato una

⁴⁹ AGCM, 11 gennaio 2012, n. 23194, in *Rivista di diritto industriale*, 6/2012, II, 529 ss. Secondo l'Autorità, si configura un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, quando vi sia una strategia escludente indirizzata a estendere artificiosamente la durata temporale della protezione brevettuale tramite la richiesta di un brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare, i quali siano ascrivibili unicamente al fine di ritardare l'ingresso nel mercato di specialità equivalenti. Nel caso di specie, si è ritenuto che la posizione dominante sul mercato italiano della titolare del brevetto originario, ossia la Pfizer, fosse costituita sulla base dei seguenti elementi: a) l'elevata quota di mercato detenuta nel 2002 e mantenuta fino all'ingresso dei medicinali equivalenti a base di latanoprost nel 2010; b) la scarsa concorrenza effettiva sul mercato rilevante, fino al maggio 2010, costituita unicamente dagli altri due farmaci appartenenti alla classe degli analoghi delle prostaglandine; c) l'impossibilità della concorrenza potenziale da parte dei generici fino alla scadenza brevettuale del settembre 2009; d) la presenza di barriere strategico-reputazionali ad un efficace ingresso sul mercato di altri prodotti anche a seguito della scadenza della tutela brevettuale. Secondo quanto rilevato dall'Autorità, le condotte intraprese da Pfizer sono riassumibili in un'unica e complessa strategia escludente costituita dai seguenti elementi: i) la richiesta ad EPO del brevetto divisionale nel 2002; ii) la validazione dello stesso solamente in Italia, [omissis] al fine di chiedere in tali Paesi il CPC su Xalatan così da allinearne la durata della tutela brevettuale a quella in vigore nel resto d'Europa; iii) l'intervento presso AIFA al fine di impedire il rilascio delle AIC ai produttori di generici, nonché successivamente il loro inserimento in lista di trasparenza; iv) l'invio alle società produttrici dei generici di Xalatan di lettere di diffida alla loro commercializzazione prima della scadenza brevettuale del luglio 2011; v) l'instaurazione di contenziosi civili e amministrativi per scoraggiare o rendere maggiormente onerosa la vendita dei generici a base di latanoprost (anche attraverso la richiesta di ingenti risarcimenti del danno) ovvero interdirla direttamente la commercializzazione; vi)

sanzione pecuniaria cospicua, in ragione della gravità e della durata delle infrazioni riscontrate, pari a più di dieci milioni di euro da corrispondere alla società istante.

Avverso il provvedimento, la titolare del brevetto ha proposto ricorso davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio⁵⁰, ottenendo una pronuncia favorevole.

Il Tar, al riguardo, ha riscontrato una lacuna nel percorso argomentativo seguito dall'Autorità, al fine di poter qualificare come abusivo l'insieme dei comportamenti intrapresi dalle ricorrenti. Il complesso di contegni, per essere considerato tale, avrebbe dovuto essere accompagnato da un *quid pluris*, così da poter permettere di escludere che si fosse in presenza di una «mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario». Ma il riferito *quid pluris*, a detta dei giudici amministrativi, non era rintracciabile nel caso esaminato.

La fine della vicenda è stata segnata dall'intervento del Consiglio di Stato, il quale, ribaltando la decisione del Tar, ha confermato la legittimità del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM.

Il Consiglio, a sostegno della ricostruzione operata dall'Autorità, ha osservato come l'esistenza di un diritto, il cui uso sia orientato a finalità diverse rispetto a quelle per il quale l'ordinamento lo ha riconosciuto,

la richiesta della successiva estensione brevettuale a seguito di sperimentazione pediatrica, onde prolungare ulteriormente la protezione brevettuale di Xalatan fino a gennaio 2012.

⁵⁰ Tar Lazio, 3 settembre 2012, n. 7467, in *Rivista di diritto industriale*, 6/2012, II, 597 ss.

si presti a configurare, in presenza di effetti lesivi della concorrenza, un illecito ex art. 102 TFUE⁵¹.

Secondo il giudice amministrativo, l'abuso di posizione dominante non sarebbe altro se non «una specificazione» della categoria più ampia dell'abuso del diritto vigente all'interno dell'ordinamento.

Il ricorso alla riferita figura, rispetto alla pratica dell'*evergreening*, non appare particolarmente problematico, alla luce della normativa europea e di quella vigente all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione. Previsioni specifiche si riscontrano, valide a sanzionare l'abuso di una posizione dominante, di là dalla vigenza di un presunto principio generale.

Ciò posto, occorre in ogni caso porre l'accento sulla necessità che un maggiore rigore sia adottato, in sede di valutazione dei requisiti di brevettabilità.

Anche da questo fronte, difatti, può venire un contributo valido, nell'ottica di un contrasto alle pratiche di brevettazione strategica illustrate.

Difatti, allorquando un turbamento negli assetti concorrenziali non fosse riscontrabile, difficilmente le norme antitrust troverebbero applicazione.

Da questo punto di vista, il richiamo alla categoria più generale dell'abuso del diritto, operato dal Consiglio di Stato, appare forse strategico, lasciando una questione aperta sulle possibili conseguenze di un contegno «abusivo», sì, ma non tale da ricadere nell'alveo della più specifica ipotesi dell'abuso di posizione dominante⁵².

⁵¹ Nel caso di specie, la diversa finalità è stata riscontrata nel fatto che la società farmaceutica avesse artificiosamente creato una barriera all'ingresso del mercato di riferimento, così da ostacolare la concorrenza delle imprese produttrici di generici.

⁵² La tesi sostenuta a partire dal caso AstraZeneca lascia aperte diverse questioni. Sul punto, J. DREXL, op. cit., 24 ss.

Una soluzione alternativa, quindi, dev'essere prospettata, sebbene ciò richieda una precisazione.

Non si vuole assegnare agli uffici brevettuali il compito di effettuare una valutazione, in relazione al possibile utilizzo anticoncorrenziale che il titolare possa fare della privativa. Ad essi, però, è demandata una verifica dei requisiti non più solo formali, ma anche sostanziali, previsti dalla legge⁵³. E proprio una valutazione più stretta intorno alla sussistenza dei predetti requisiti, talvolta, condurrebbe a rigettare la domanda.

Un maggiore rigore nell'esame può interessare, ancora più da vicino, i tribunali, nel vaglio che compete loro in sede di giudizio intorno alla validità del brevetto. Significativo, altresì, è il ruolo svolto dalle autorità statali deputate al rilascio dell'autorizzazione di immissione in commercio. Ad esse, infatti, è riservata l'analisi circa l'efficacia dei trovati, sulla base di precisi riscontri scientifici che devono essere offerti dall'impresa richiedente⁵⁴.

⁵³ La necessità di un maggiore coinvolgimento degli Uffici brevettuali, in relazione alla valutazione dei requisiti di brevettabilità, del resto, è stata avvertita dal legislatore. Il nuovo testo dell'art. 170.1b, c.p.i., difatti, esprime in forma positiva l'obbligo di condurre l'esame preventivo (l'Ufficio deve accertare se «*l'oggetto della domanda sia conforme a quanto previsto dagli artt. 45, 50 e 82, inclusi i requisiti di validità*»). Il testo, nella versione precedente, escludeva espressamente i requisiti di validità dal vaglio degli Uffici, ai quali era demandato un controllo meramente formale. Spettava invece ai giudici, in sede di giudizio, il compito di valutare la sussistenza dei requisiti di validità di cui all'art. 45 c.p.i. Sul procedimento di brevettazione, nell'ambito dell'ordinamento italiano, ampiamente G. SENA, *I diritti sulle invenzioni*, cit., 254 ss.

⁵⁴ G. GHIDINI, *Profili evolutivi*, cit., 134, nt. 94. La procedura trova una disciplina nella Direttiva 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, attuata nell'ordinamento italiano mediante d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

7. *Il caso del farmaco Glivec in India: la valorizzazione del parametro dell'incremento dell'efficacia terapeutica al fine di contrastare le pratiche di uso strategico dei brevetti*

Un contributo, nell'ottica tracciata, proviene dal raffronto con l'esperienza indiana, a proposito delle traversie che hanno interessato il farmaco Glivec.

L'esame della vicenda richiede una premessa intorno all'istituto della privativa all'interno dell'ordinamento in questione.

Un sistema brevettuale, difatti, è stato introdotto in Paesi come l'India, il Brasile, l'Argentina e il Messico solo tra il 1960 e il 1970. Tale mossa legislativa ha rappresentato per gli Stati citati una precondizione per poter accedere alle tecnologie dell'Occidente⁵⁵. Essi, tuttavia, nell'adottare il predetto sistema, hanno tentato di discostarsi, quanto più possibile, dai modelli occidentali, prevedendo regole particolari per la durata del brevetto e per la relativa estensione.

Si è cercato, più in generale, di concedere ai titolari dei brevetti un quantitativo di prerogative nettamente inferiore se raffrontato ai livelli di tutela approntati dai sistemi allora esistenti⁵⁶, in favore di altri interessi collettivi, come quello diretto al godimento dei benefici dell'innovazione.

La debolezza del sistema di proprietà intellettuale nei Paesi in via di sviluppo ha finito con l'agevolare l'accesso ai farmaci in tali Paesi, attraverso l'importazione dei generici.

⁵⁵ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *op. cit.*, 383.

⁵⁶ Taluno, in un atteggiamento siffatto, intravede una tendenza volta alla «erosione del brevetto» (sul punto, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *op. loc. cit.*).

Una notevole pressione, di conseguenza, è stata esercitata dai Paesi industrializzati per arrivare alla firma del TRIPS⁵⁷, allo scopo di ottenere una maggiore protezione dell'innovazione ottenuta nei propri territori.

In India, nello specifico, la brevettabilità delle invenzioni era stata preclusa rispetto ad alcuni settori, tra i quali spiccava, appunto, l'ambito farmaceutico.

La *section 5* del *Patent Act* del 1970, nel dettaglio, escludeva che i farmaci potessero essere oggetto di privativa.

Un mutamento della situazione descritta, connotata dalla presenza di una tutela molto flebile della proprietà intellettuale, si è registrato a partire dalla seconda metà degli anni Novanta.

L'India, difatti, in quanto membro fondatore del World Trade Organization (WTO), ha assunto l'impegno di rimuovere buona parte degli ostacoli al commercio internazionale.

Un intervento era stato richiesto rispetto alla disciplina brevettuale, in ragione della tendenza dell'Accordo TRIPs verso un rafforzamento delle prerogative offerte dal brevetto al suo titolare⁵⁸.

Le resistenze interne, ciò nonostante, non si erano attenuate.

Proprio il settore della proprietà intellettuale ha rappresentato la parte più difficile della riferita apertura economica indiana⁵⁹, in particolare

⁵⁷ M. BRONKERS, *The impact of TRIPs: Intellectual Property Protection in Developing Countries*, in *Common Market Law Review*, 31, 6/1994, 1273 ss.

⁵⁸ Su tale tendenza, G. FLORIDIA, *Dal Codice del 2005 al Codice del 2010 le ragioni di continuità*, in *Il Diritto Industriale*, 1/2011, 5 ss.

⁵⁹ Sul procedimento multi-fasico di adeguamento agli accordi internazionali M. DRAGONI, *L'India e la tutela della proprietà industriale: la nuova disciplina delle invenzioni farmaceutiche tra aperture e resistenze*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2011, 1007 ss.; A. LOLLINI, *Proprietà intellettuale, bilanciamento degli interessi e farmaci low-cost: i casi di India e Sudafrica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2009, 115 ss. Quest'ultimo, rispetto al caso indiano, ascrive le suddette

per quanto concerne l'introduzione di una protezione brevettuale per i prodotti agricoli, alimentari e farmaceutici.

Le summenzionate resistenze affondavano le proprie radici anche in campo culturale⁶⁰. Il rafforzamento della protezione dei diritti di proprietà intellettuale ha imposto alla popolazione indiana di rapportarsi al sapere in una maniera del tutto differente rispetto al passato. Ciò in quanto, la tradizione indiana ha sempre assegnato un'importanza cruciale alla conoscenza, considerata come qualcosa di prezioso e di non mercificabile⁶¹.

Aperture significative, in ogni caso, si sono avute, benché sia stato necessario attendere fino al 2005.

In quell'anno il *Patent Act* del 1970 è stato modificato tramite il *Patent (Amendment) Act*, al fine di armonizzare le relative previsioni con gli Accordi internazionali TRIPs.

Caduto il divieto di brevettare farmaci, tuttavia, la clausola 3(d) della nuova normativa ha incluso nel novero delle «*inventions not patentable*» la mera scoperta di una nuova forma relativa a una

resistenze a fattori ulteriori. Tra questi, vi sarebbe l'attitudine protezionista della posizione dominante detenuta dall'industria farmaceutica indiana di generici. Tale tendenza, dunque, si celerebbe dietro l'interesse a interpretare quanto più estensivamente i criteri di limitazione della proprietà intellettuale, così da consentire un incremento della produzione di farmaci equivalenti. L'a., al riguardo, ribaltando la classica prospettiva che contrappone all'egoismo dei Paesi occidentali il solidarismo di quelli in via di sviluppo, individua una contrapposizione tra «egoismi diversi», alludendo alle posizioni difese dagli attori economici e dai governi dell'area nord-americana ed europea, da una lato, e a quelle espresse dai Paesi in via di sviluppo, dall'altro (A. LOLLINI, *op. cit.*, 118 ss.).

⁶⁰ In argomento, M. DRAGONI, *Accordo Trips*, cit., 148.

⁶¹ Al riguardo, M. DRAGONI, *op. loc. ult. cit.*, evidenzia come il primo posto, nelle categorie sociali dell'India tradizionale, sia occupato, appunto, dai *brāhmaṇa*, ossia dai custodi del sapere.

sostanza conosciuta la quale non comporti l'aumento dell'efficacia già nota della stessa⁶².

L'efficacia della sostanza, dunque, è stata posta come criterio discriminante ai fini della concessione della privativa: la scoperta può essere brevettata solo laddove si registri un aumento del parametro in questione.

La disposizione in esame mostra l'inclinazione della legislazione indiana a rendere non brevettabili talune scoperte. Le quali ultime, in Paesi differenti, possono formare oggetto di esclusiva, seppur con le perplessità connesse al fenomeno dell' *evergreening*.

Essa si presta a contrastare le pratiche di brevettazione strategica, in assenza di ulteriori «anticorpi», quali potrebbero essere, in ambito europeo, le norme che consentono una dilazione dell'esclusiva e la disciplina antitrust, al netto delle annesse problematiche.

Il contesto normativo descritto fa da sfondo alle vicende del caso sopra citato caso Glivec⁶³.

Nella specie, una nota azienda multinazionale con sede in Svizzera aveva depositato una domanda di esclusiva presso l'ufficio brevetti di Chennai per la molecola del farmaco in questione.

Una volta concessa la privativa, a partire dal 2003, le società indiane di generici avevano dovuto interrompere la vendita della loro versione

⁶² Letteralmente, la disposizione è così formulata: «*the mere discovery of a new form of a known substance which does not result in the enhancement of the known efficacy of that substance or the mere discovery of any new property or new use for a known substance or of the mere use of a known process, machine or apparatus unless such known process results in a new product or employs at least one new reactant*».

⁶³ Si tratta di un farmaco essenziale per la terapia contro il cancro, in particolare contro la *myeloid leukaemia*, poiché, pur non rappresentando una vera e propria cura della malattia, consente di prolungare la vita del paziente, mediante una forma di controllo sull'azione cellulare che permette al cancro di svilupparsi.

del farmaco Glivec (*imatinib mesylate*) nel mercato interno e avevano dovuto far cessare le esportazioni dello stesso in altri Stati in via di sviluppo.

Nel settembre 2005, tre case farmaceutiche indiane, nell'interesse della *Cancer Patients Aid Association*, avevano depositato un'opposizione pre-concessione, sulla base della sopra menzionata previsione 3(d) del *Patent (Amendment) Act*.

Le opposenti avevano evidenziato come la domanda di esclusiva in questione non fosse meritevole di accoglimento, in ragione dei parametri fissati dalla nuova normativa indiana. Ciò perché, la domanda concerneva la modificazione di un medicinale già esistente, senza che vi fosse un incremento dal punto di vista della sua efficacia. Era stata lamentata, altresì, una violazione dei diritti costituzionali indiani riferibili ai pazienti stessi, poiché la concessione del brevetto avrebbe precluso l'accesso al farmaco a un numero non trascurabile di pazienti.

La casa farmaceutica elvetica, per superare le predette riserve, quindi, avrebbe dovuto dimostrare l'aumento dell'efficacia conosciuta del prodotto in esame.

L'*Assistant Controller of Patents and Designs*, però, non aveva riscontrato alcun aumento significativo d'efficacia, e aveva accolto le riserve espresse dalla case farmaceutiche indiane.

La società soccombente aveva depositato due opposizioni contro il rigetto della domanda di brevetto Glivec e avverso la stessa legge brevettuale indiana, contestando l'incostituzionalità e l'incompatibilità della sezione 3(d) rispetto agli Accordi TRIPs.

Con riferimento alla costituzionalità la *High Court of Judicature* di Madras, ponendo fine alla vicenda, ha ritenuto che la clausola in questione non fosse in violazione della Costituzione indiana, dal momento che essa non discriminava (e non discrimina, tuttora) il

settore farmaceutico, limitandosi, piuttosto, a effettuare una «giustificata differenziazione».

Quanto alla questione della brevettabilità del farmaco, la *Supreme Court* indiana ha statuito definitivamente sul punto⁶⁴, concludendo per il diniego.

L'aspetto più interessante della decisione, come sopra anticipato, è quello relativo al concetto di efficacia.

La Corte, nell'attribuire un significato al termine, ha fatto leva sulla lettera del medesimo.

Essa, col richiamarsi al dizionario di Oxford, ha definito «efficacia» quella capacità di produrre un risultato desiderato ovvero voluto.

Da questo punto di vista, il test dell'efficacia nell'ambito della clausola 3(d) si connota diversamente, in base ai risultati che il prodotto desidera o intende conseguire.

Punto di riferimento, insomma, sembra essere rappresentato dall'utilità e dagli scopi del prodotto stesso.

Di conseguenza, in ambito farmaceutico, tale test richiede di considerare l'efficacia terapeutica.

La Corte, per tale via, è giunta ad affrontare la questione dei vantaggi e dei benefici cui fare riferimento per valutare l'aumento del parametro controverso, ossia per stabilire quando si possa parlare di un incremento dell'efficacia terapeutica tale da autorizzare al rilascio del brevetto.

Sul punto, è stato chiarito come l'esame debba essere condotto in maniera rigida e scrupolosa.

⁶⁴ *Supreme Court of India*, Novartis AG v. Union of India & Others, Civil Appeals Nos. 2706-2716, 2728 and 2717-2727 of 2013, sentenza del 1° aprile 2013 (decisione integrale in www.judis.nic.in).

Si è specificato come non tutte le proprietà vantaggiose e benefiche del trovato dipendente possano assumere rilievo a tale scopo, dovendosi considerare solo quelle che siano direttamente collegate all'efficacia terapeutica.

In definitiva, le pur diverse forme del prodotto degradano a mere modificazioni del farmaco, non abilitando alla privativa, a meno che esse non inducano un incremento nei livelli di efficacia terapeutica del medesimo.

Nel caso del Glivec, le proprietà isolate sono state repute benefiche, in quanto capaci di garantire una migliore stabilità termodinamica, e tuttavia, non connesse all'efficacia terapeutica, quindi, non tali da integrare il requisito di cui alla clausola 3(d).

8. Conclusioni: il monito verso un maggiore rigore rivolto ai soggetti coinvolti nella valutazione intorno ai requisiti di brevettabilità

Al termine della disamina, giova, in conclusione, trarre un bilancio.

Si è visto come un argine al fenomeno dell'evergreening possa essere rappresentato dalla normativa in tema di abuso di posizione dominante. Fattispecie, però, residuano, le quali, ancorché non riconducibili alla riferita disciplina specifica, si mostrano idonee a prolungare oltremisura la durata dei brevetti.

L'attenzione, allora, può essere spostata sul terreno della più generale categoria dell'abuso del diritto.

Le insidie che si annidano in tale figura, tuttavia, palesano l'opportunità di uno sforzo ulteriore.

In questa direzione, gravidanza è assunta dal momento valutativo, in ordine ai requisiti, la ricorrenza dei quali risulta imprescindibile, al fine di ottenere la concessione del brevetto⁶⁵.

Nella ricerca di un parametro che consenta di verificare la sussistenza dei riferiti presupposti, un contributo significativo potrebbe essere dato dal riferimento all'efficacia terapeutica, per come valorizzato nell'ambito dell'esperienza giuridica indiana.

Di guisa che, modifiche le quali non si traducano in un incremento di tale dato non sarebbero idonee a garantire la brevettabilità del trovato. Carente, in particolare, risulterebbe in quest'ottica il carattere della non-ovvietà.

Che la vicenda della Repubblica d'India consegni una lezione interessante, nell'ottica di un contrasto alla pratica dell'*evergreening*, però, è una conclusione che necessita di qualche precisazione.

In particolare, le verifiche dirette e approfondite, richieste dalla legge indiana, non possono essere lasciate agli Uffici brevetti, ma devono essere ripartite tra tutti gli attori coinvolti nella procedura⁶⁶.

Tali soggetti e, tra questi, in maniera assai più intensa, i tribunali, in sede di giudizio intorno alla validità del brevetto, sono chiamati ad adottare parametri più stringenti, circa la sussistenza dei requisiti previsti dalle diverse discipline.

⁶⁵ Raccomanda all'interprete una «manica più stretta» rispetto alla valutazione di non-ovvietà, G. GHIDINI, *op. ult. cit.*, 133, il quale sintetizza in questi termini la lezione del caso Glivec.

⁶⁶ G. GHIDINI, *op. ult. cit.*, 134, il quale precisa come, opinando diversamente, si rischierebbe di estendere in maniera arbitraria e pericolosa, le attribuzioni degli Uffici. Difatti, spiega l'a., essi non sono né istituzionalmente preposti per questo tipo di verifiche; né si può dire che gli stessi siano all'uopo tecnicamente attrezzati. Agli uffici brevetti, dunque, è demandato il compito di valutare il carattere inventivo; al Ministero della Sanità spetta quello di valutare l'efficacia di un nuovo farmaco.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

CLAUDIA ATZENI – LEONARDO MELLACE

“Brexit. Ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?”

Roma, Università degli studi “La Sapienza”,
Centro Congressi, 23/06/2017

CLAUDIA ATZENI* – LEONARDO MELLACE**

“Brexit. Ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?”

Roma, Università degli studi “La Sapienza”, Centro Congressi, 23/06/2017

Un Convegno denso di relazioni e concetti quello organizzato dalla Università “La Sapienza” di Roma (Dipartimento di Scienze Politiche), dalla Rivista *federalismi.it* e dall’Osservatorio sui processi di governo, lo scorso 23 giugno, ad un anno dal referendum che ha sancito la volontà del popolo britannico di abbandonare l’Unione Europea. Il titolo, “*Brexit. Ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?*”, è sufficiente per comprendere come la finalità di questo convegno di studi sia stata quella di esaminare i diversi aspetti di questo *exit*¹.

Secondo Beniamino Caravita, a cui è affidata l’apertura dei lavori, è di *scommessa costituzionale* che si deve parlare. Una Europa che non ha una costituzione *formale*, su modello dei moderni stati di diritto, piuttosto una costituzione *materiale*, composta da tre testi fondamentali (TUE, TFUE e Carta dei diritti) i quali, costituendo lo scheletro giuridico della Unione, rispondono alle funzioni tipiche di una costituzione².

* Dottoranda di Ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo, presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Dottorando di Ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo, presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ La presente cronaca prende in esame i contributi delle prime due sessioni, riguardanti le trattative e la situazione geopolitica, entrambe in divenire. Unicamente per esigenze di spazio, si tralasceranno invece i brevi interventi della terza sessione, quelli attinenti ai diversi settori della vita associata (trasporti, università, contratti, ricerca scientifica ecc.).

² Secondo l’Accademico, infatti, tali Trattati si compongono di norme di principio che attengono ai rapporti tra autorità e tra autorità e cittadini.

L'Europa ha dunque costruito una importante comunità di diritto, prima ancora che politica³.

Si stanno aprendo scenari nuovi: un *exit* che, differentemente da quanto successo in Grecia, potrebbe effettivamente realizzarsi – questo il monito del professore Caravita⁴.

L'Europa, seppur entrata capillarmente nelle nostre realtà, rappresenta un modello di integrazione sovranazionale ancora in evoluzione – questa la riflessione iniziale di Moavero Milanesi. Un'opera di costruzione, funzionalista che avrebbe dovuto progressivamente unire il Continente, sia da un punto di vista politico che commerciale. Saremmo tuttavia di fronte ad una costruzione fragile, perché fragili sono i rapporti tra aspetto giuridico ed economico, mentre forti sono le divisioni di carattere politico. Il Brexit sarebbe il risultato di queste tensioni.

Interessante è ancora la riflessione sull'articolo 50 TUE⁵. Moavero Milanesi evidenzia come tale norma, che disciplina l'uscita *volontaria* di uno stato membro⁶, per molti anni fu usata dagli inglesi come spauracchio per controbilanciare la dialettica europea, minacciando l'uscita se la discussione

³ Sul punto, Caravita ricorda come il rispetto dei criteri di Copenaghen sia decisivo sia per gli stati che intendono aderire alla Unione, sia per quelli che hanno l'intenzione opposta, come nel caso della Gran Bretagna.

⁴ È questo il motivo per il quale, secondo Caravita, saremmo innanzi ad una vera e propria *secessione* intesa, questa, come strumento di autodeterminazione di un popolo. Il professore auspica che a vincere sia un condiviso progetto europeo, frutto di una riflessione collettiva tanto forte da sospingere verso il basso un dato democraticamente acquisito quale, appunto, è quello del Brexit.

⁵ Se secondo Caravita esso fu pensato come un diritto di difficile azionabilità, secondo Moavero Milanesi fu proprio il Regno Unito il paese che più di tutti ha premuto per ottenere la sua introduzione nei Trattati.

⁶ Moavero Milanesi sottolinea come dubbi siano sorti relativamente alla possibilità di ritirare una domanda già presentata. Secondo la sua analisi uno stato, nelle more del procedimento di uscita, continuerebbe ad essere un membro a tutti gli effetti, ragion per cui sembrerebbe del tutto innegabile la possibilità per lo stesso di “cambiare idea” e di ritirare, dunque, la domanda di uscita presentata.

non fosse stata orientata secondo principi loro maggiormente graditi. È secondo tale ricostruzione che si giustificherebbe la recente adozione del *Fiscal Compact* come Trattato di diritto internazionale. Un Paese dunque che, in più di una circostanza, ha evidenziato la sua riluttanza per una *ever closer union*; basti ricordare il “no” alla Carta dei diritti, al Trattato Schengen ed all’Unione monetaria.

Una disamina più strettamente socio-demografica, che spiega la distribuzione dei voti tra favorevoli e contrari all’uscita dall’Unione Europea, è stata proposta da Stefano Ceccanti⁷. Questi spiega come la leadership di Theresa May sia ancora relativamente troppo forte per essere sostituita, ma troppo debole per mantenere tale ruolo per l’intero mandato e quindi ripresentarsi alle prossime elezioni. Da qui i dubbi circa una concreta attività negoziale, efficacemente concretizzata da un Governo sorretto da una maggioranza troppo precaria.

Particolare attenzione al tema dei negoziati è stata invece prestata da Carlo Curti Gialdino. L’avvio della procedura di recesso è stata portata avanti a partire da marzo, momento che curiosamente ha coinciso con i festeggiamenti per i 60 anni dai Trattati di Roma. Tuttavia, mentre la Gran Bretagna ha ritenuto essenziale far andare di pari passo il negoziato con lo sviluppo delle condizioni di un futuro partenariato, la *governance* europea ha ritenuto che tale questione debba essere affrontata *step by step*, ossia procedendo prima al recesso e poi, eventualmente, alla creazione di un futuro sistema di relazioni.

Ampio spazio Curti Gialdino dedica infine al ruolo rivestito dalla Gran Bretagna nel processo di integrazione europea⁸. Lo studioso evidenzia infatti come essa abbia sempre cercato una negoziazione con Bruxelles che

⁷ Essa non si limita ai giorni immediatamente successivi al voto ed alle conseguenti dimissioni del Primo Ministro Cameron, ma pone attenzione alla situazione attuale.

⁸ Secondo Curti Gialdino, gli inglesi avrebbero frenato tale processo, specialmente negli ultimi anni con tutti i loro *niet*.

portasse a deroghe maggiormente incisive circa l'applicazione del diritto europeo, sotto la minaccia dell'“altrimenti andiamo via”.

Edoardo Boria si concentra, invece, sugli equilibri geopolitici del Brexit, partendo da due assunti di base: il primo, secondo cui la geopolitica si basa sul peso dei fattori geografici che incidono sull'aspetto politico; il secondo, in base al quale la geopolitica fonda la propria analisi su fattori di lungo periodo, ossia sulla loro costanza nel tempo. Con riguardo al dato geografico, Boria segnala tre fattori a cui prestare attenzione: *il possesso delle risorse naturali* (uno stato privo di determinate risorse avrà, rispetto a chi le possiede, un peso minore a livello internazionale); *la posizione relativa* (eventuali posizioni strategiche di controllo nel rapporto con gli stati confinanti); *la posizione assoluta* (sarà molto più semplice per un tedesco sentirsi europeo piuttosto che per un inglese, confinato quasi fuori dai confini geografici europei). A tal proposito, non dimentica di considerare il ruolo decisivo delle importazioni sull'economia inglese⁹. Questo ultimo dato viene poi messo in relazione con le scelte politiche e strategiche dello stato, volte a mantenere una situazione che assicuri produttività e stabilità economica. Sarebbe questo il motivo per il quale, secondo tale disamina, il popolo inglese sarebbe da sempre refrattario all'idea di una *ever closer union*, percependo il Continente europeo più come una *minaccia* che come una *risorsa*¹⁰. Il Brexit, dunque, non sarebbe un *incidente di percorso* quanto, piuttosto, una conseguenza largamente prevedibile.

Adriana Ciancio si sofferma invece sul ruolo del Parlamento Europeo, prestando specifica attenzione alla discussione circa l'opportunità giuridica di sospendere gli europarlamentari britannici. L'autorevole relatrice,

⁹ Sul punto, Boria evidenzia come la gran parte delle merci in entrata arrivi via mare e come, dunque, la posizione geografica incida sulle scelte politiche ed economiche.

¹⁰ Secondo Boria può avere inciso, in tal senso, un sentimento nazionalistico da sempre forte e prevalente, lo stesso che oggi minaccia altri stati europei, su tutti Germania, Francia ed Italia.

tuttavia, evidenza come gli europarlamentari siano rappresentanti dei *cittadini* e non dei *popoli* europei, motivo per il quale non sarebbe possibile, in termini di diritto, tale sospensione¹¹. La relazione in esame, inoltre, non dimentica di considerare le eventuali conseguenze che ne scaturirebbero nel caso in cui il 29 marzo 2019 si dovesse formalizzare il *leave* da parte della Gran Bretagna. Sul punto, sarebbe innanzitutto opportuno ragionare sulla *perdita* dei 73 seggi a questa assegnati. Sul punto, si potrebbero profilare diverse ipotesi. La prima è quella di distribuirli fra i 27 stati rimanenti, soluzione che pare essere giuridicamente impraticabile se non al prezzo di modificare il Trattato, prevedendo quest'ultimo un numero massimo di europarlamentari per ciascun paese; tale soluzione, inoltre, pare anche politicamente inopportuna perché alimenterebbe uno squilibrio tra i paesi demograficamente più consistenti e quelli demograficamente più deboli. Altra ipotesi attiene all'idea di decurtare dal numero totale di europarlamentari i seggi britannici; ipotesi giuridicamente possibile perché il Trattato fissa in 750 il numero massimo, non stabilendo un numero minimo; tale opzione appare però politicamente inopportuna, in quanto tradirebbe le ragioni a sostegno dell'integrazione europea.

Rafforzare l'Europa si può, a patto di partire da elezioni europee che abbiano natura e dimensioni sovranazionali, con materie di confronto europee e candidati in grado di uscire da un ferreo localismo ed abbracciare dunque tematiche e problematiche di più ampio respiro. È solo in questa ottica dunque che il Brexit può rappresentare un'occasione – queste le battute finali di Adriana Ciancio.

Le conclusioni sono affidate al Prof. Andrea Biondi, il quale, alla luce delle riflessioni svolte, sottolinea come il Brexit potrebbe paradossalmente rappresentare un'occasione di riscatto per l'Unione europea, piuttosto che

¹¹ L'occasione è propizia per sottolineare come il rapporto rappresentativo europeo soffra alcune debolezze: le elezioni infatti, secondo la professoressa Ciancio, sarebbero *europee* solo nel risultato finale, ma ancora troppo *nazionali* in termini di temi, partiti e sistemi elettorali.

un suo fallimento e come il merito di convegni di studi come quello in analisi sia di affrontare la questione Brexit nelle sue varie sfaccettature, approfondendo tematiche troppo spesso tralasciate dalla letteratura e dagli studiosi.

La discussione sul Brexit deve essere intesa come una occasione di riflessione collettiva sulla validità e sulla portata del diritto europeo. Solo così si potrà uscire dal *buio della notte*.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

ANTONINO CINTORINO

**Il costituzionalismo garantista e le aporie della
democrazia e della politica italiana.**

L. FERRAJOLI: *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione
con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 189.

ANTONINO CINTORINO *

Il costituzionalismo garantista e le aporie della democrazia e della politica italiana

L. Ferrajoli: *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 189

Luigi Ferrajoli è certamente uno dei filosofi del diritto italiano più conosciuti e studiati in questo momento. Ha scritto saggi fondamentali che hanno definito una nozione complessa di garantismo, non solo come sistema di divieti e obblighi a carico della sfera pubblica a garanzia di tutti i diritti fondamentali – investendo, nondimeno, sia i diritti di libertà che i diritti sociali – ma anche come sistema di divieti e obblighi a carico dei poteri privati del mercato.

Nel libro-intervista in commento vi è una continua ed appassionante dialettica con un altro grande protagonista della filosofia del diritto moderna, Mauro Barberis, quest'ultimo nella incalzante veste di “intervistatore” di Ferrajoli. Il libro è diviso in tre parti, ovviamente in continua osmosi argomentativa: Giustizia e legalità, diritti e garanzie, democrazia e politica.

I temi toccati sono molti, tutti affrontati con argomentazioni normative, tutti col *focus* di svelare le aporie e le distonie fra il garantismo propugnato dal filosofo fiorentino e il *corpus* normativo attuale e, soprattutto, la superficialità del *modus operandi* del legislatore degli ultimi vent'anni, indipendentemente dal colore politico.

* Dottorando di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo.

Secondo l'A., il "costituzionalismo garantista" s'identifica in «una scelta di campo a sostegno dei soggetti più deboli, come impongono i principi di giustizia sanciti dalla Costituzione», a differenza di quanto inopinatamente (e, forse, volontariamente) sostenuto dai politici investiti dall'uragano tangentopoli nei primi anni novanta del secolo scorso, secondo i quali il garantismo si identificava, sostanzialmente, con la propria intangibilità in qualità di parlamentari, come acutamente sottolineato (v. pag. 13) dal Prof. Barberis.

Il tema del garantismo, viene toccato e modellato a più riprese discorsivamente dai due filosofi, partendo dal "motto" incastonato nel piatto inferiore del libro: «Rifondare la legalità: la buona giustizia dipende dalla buona politica, non viceversa». Infatti, prendendo le mosse dalle diverse dimensioni da cui deriva la democrazia costituzionale, Ferrajoli ridefinisce sostanzialmente le categorie delle garanzie e dei diritti caratterizzanti lo Stato di diritto. Dalle dimensioni formali della democrazia, basate sull'autodeterminazione della sfera pubblica e privata, derivano i diritti politici e i diritti civili. Con riferimento a questi ultimi l'Autore, distaccandosi dalla tradizione liberale che li configurava come mere libertà, ne sottolinea la capacità di interferire con l'altrui sfera giuridica, fondando su ciò la loro sottoposizione a norme formali sulla produzione, volte a garantire l'autonomia e la libera determinazione di tutte le parti.

Dalla dimensione sostanziale, relativa al «che cosa» delle decisioni pubbliche o private, derivano, nella visione dell'A., i diritti fondamentali e il requisito della coerenza delle decisioni del legislatore con le regole e i principi costituzionali, che l'Autore definisce norme «sostanziali» sulla produzione. Le violazioni dei precetti costituzionali così sanciti daranno luogo ad antinomie (nel caso di aspettative negative-diritti di libertà) ovvero lacune (nel caso di aspettative positive-diritti sociali). L'insieme delle norme

costituzionali sostanziali costituisce nella teoria di Ferrajoli la sfera del non decidibile: limite e vincolo per ogni maggioranza e per lo stesso potere sovrano del popolo. Pertanto, la rigidità costituzionale non costituirebbe un impedimento all'autodeterminazione delle generazioni future e quindi ai principi della democrazia politica, bensì lo strumento di permanente e costante salvaguardia della sovranità popolare, che si esprime attraverso i diritti. Allora, partendo da una definizione della struttura delle disposizioni opposta a quella normativista (per cui i soggetti sono esclusivamente destinatari degli effetti ovvero della sanzione della disposizione), Ferrajoli giunge ad affermare che l'eguaglianza rappresenta la cifra dell'ordinamento democratico. L'A., ribadendo un concetto oramai consolidato nella sua teorica, riscrive quindi il significato di garantismo, nel senso di una necessaria evoluzione del costituzionalismo e come condizione di effettività della democrazia. Quello che più colpisce è l'incisività delle posizioni di Ferrajoli – anche sul delicatissimo terreno della riforma della giustizia – che sfidano alcuni tabù della sinistra. Difende la separazione delle carriere tra giudice e Pm, ferma restando l'assoluta indipendenza dei pubblici ministeri dal potere politico («la sinistra è caduta in un equivoco, anche perché all'epoca di Craxi la separazione fu proposta con l'intento di assoggettare i pm all'esecutivo»). Difende ed anzi caldeggia l'idea dell'indulto, come istituto giuridico non politicizzato, in collegamento alla necessità di svuotare le carceri si tratta di un sospetto tanto velenoso quanto infondato. Naturalmente spetta al Parlamento evitare che a beneficiare dell'indulto siano i reati di corruzione o frode fiscale, e, ricorda l'A., che a chi si oppone al provvedimento bisognerebbe ricordare che la criminalità dei colletti bianchi è di fatto assente dalle carceri. Le celle sono piene di povera gente, tossicodipendenti e immigrati clandestini. Sarebbero, quindi,

loro a trarne vantaggio. Tale argomento viene puntellato dal Professore ed ex magistrato fiorentino brandendo puntuali riferimenti normativi, partendo dall'art. 27 della Costituzione, secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato e richiamando due storiche pronunce della Corte Costituzionale (1974 e 1983) sulla incostituzionalità della pena perpetua.

Nondimeno, in questo suo prezioso libro-intervista con Mauro Barberis, sono contenuti giudizi originali anche sulla crisi della politica e della democrazia, di cui il tema della giustizia è parte essenziale. A cominciare dal "populismo penale" in voga nel dibattito pubblico. Infatti, utilizzando le stesse espressioni dell'A., «è il protagonismo dei pubblici ministeri poi passati alla politica. Sono rimasto colpito dall'esibizionismo e dal settarismo di alcuni magistrati, sia durante i processi che in campagna elettorale. Ho proposto anche una sorta di codice deontologico che richiama ai principi di sobrietà e riservatezza, oltre che al dubbio come costume intellettuale e morale. Temo molto quando il magistrato inquirente è portato a vedere nella conferma in giudizio delle ipotesi accusatorie una condizione della propria credibilità professionale. Cesare Beccaria lo chiamava "il processo offensivo", nel quale il giudice anziché essere un "indifferente ricercatore del vero" diviene "nemico del reo"».

Nel volume, a più riprese si sottolinea il carattere "terribile", "odioso", del processo penale che, come sostenevano Montesquieu e Condorcet, è il potere dell'uomo sull'uomo, capace di rovinare la vita delle persone. Viene sottolineato come talvolta i titolari di questo potere possono cedere alla tentazione di ostentarlo. Nondimeno, Barberis fa notare come il populismo penale, nella forma del

dispotismo giudiziario è di fatto l'opposto del garantismo, proprio nel senso ferrajoliano del termine.

Il libro prosegue con la disamina di quello che viene identificato come il vero problema oggi. La totale assenza di un "sistema" normativo organico ed organizzato. Com'è noto, il nostro ordinamento dispone di leggi che – secondo l'A., risultano incomprensibili perfino ai giuristi, «mentre la chiarezza è l'unica condizione della loro capacità regolativa, sia nei confronti dei cittadini che nei confronti dei giudici. Per prima cosa il Parlamento dovrebbe far bene il proprio mestiere, ossia scrivere le leggi in modo chiaro e univoco. È questo il solo modo per contenere l'arbitrio del potere giudiziario. Un obiettivo che non si raggiunge certo riducendo l'autonomia dei giudici e dei pubblici ministeri a vantaggio del potere esecutivo».

Pertanto i due filosofi, tirando le somme di una applicazione normativa sempre più "emergenziale" e sempre meno sistematica da parte del legislatore, soprattutto in ambito penale, sono accomunati dalla medesima equazione argomentativa, ossia che è sempre meglio adottare politiche legislative forti e nell'immediato (appunto, emergenziali, per la paura dell'elettore medio) piuttosto che adottare riforme sistemiche, lungimiranti e ad ampio respiro. Tutto ciò dà luogo ad un cortocircuito ideale in cui l'eguaglianza formale del diritto penale è diventato il luogo della massima diseguaglianza. Quella che viene più facilmente colpita è la delinquenza di strada, con la sostanziale impunità dei potenti. Tali tesi vengono sempre corroborate da dati statistici di spessore. Come quelli secondo cui il 90 per cento delle condanne per fatti di corruzione negli ultimi vent'anni è stato inferiore ai due anni, con conseguente sospensione condizionale della pena. E, invece, l'evasione fiscale di fatto resta impunita.

Il potere politico, così come quello giudiziario, nondimeno, lasciati senza limiti e controlli, tendono a concentrarsi e ad accumularsi in forme assolute: a tramutarsi, in assenza di regole, in poteri selvaggi. Di qui la necessità non solo di difendere, ma anche di ripensare e rifondare il sistema delle garanzie. Solo un rafforzamento della democrazia costituzionale, attraverso l'introduzione di nuove e specifiche garanzie dei diritti politici e della democrazia rappresentativa, consente infatti di salvaguardare e di rifondare sia l'una che l'altra. L'idea elementare che il consenso popolare sia la sola fonte di legittimazione del potere politico mina alla radice l'intero edificio della democrazia costituzionale. Ne derivano insofferenza per il pluralismo politico e istituzionale; svalutazione delle regole; attacchi alla separazione dei poteri, alle istituzioni di garanzia, all'opposizione parlamentare, al sindacato e alla libera stampa; in una parola, rifiuto del paradigma dello Stato costituzionale di diritto quale sistema di vincoli legali imposti a qualunque potere.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

IVAN VALIA

Una riflessione su sicurezza e libertà

M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà.*

Il fallimento delle politiche antiterrorismo, Il Mulino,

Bologna 2017, pp. 136

Una riflessione su sicurezza e libertà

M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna 2017, pp. 136

Oggi, più che mai, ha senso riflettere sul rapporto tra libertà e sicurezza e sul modo in cui esso incide sulle dinamiche di carattere politico, economico, culturale. Gli attentati terroristici sono ormai all'ordine del giorno e la difficoltà di identificare il *nemico* di turno non fa altro che acuire il senso di incertezza che caratterizza la nostra epoca.

In *Non c'è sicurezza senza libertà* Mauro Barberis entra nel profondo del problema attraverso una puntuale analisi che parte dalla ricerca dell'origine dell'intreccio tra *securitas e libertas* per arrivare, al termine dell'indagine, a decretare in modo netto il fallimento delle politiche antiterrorismo degli ultimi anni. Per fare ciò l'Autore segue un percorso sicuramente complesso, all'interno del quale riesce però a districarsi abilmente, senza mai trascurare le tappe decisive che hanno segnato i confini di quella strada. Il riferimento al pluralismo dei valori, al neo-costituzionalismo ed al bilanciamento dei valori risulta in tal senso doveroso. Pur trattandosi di temi ampiamente trattati dalla teoria del diritto contemporanea, l'approccio di Barberis consente di farli rivivere sotto una luce nuova. In un modo mai banale le problematiche connesse alla sicurezza e alla libertà vengono analizzate correlativamente alle vicende del costituzionalismo postbellico, del quale vengono lentamente svelate tutte le debolezze.

Sicurezza e libertà, se intesi come "valori", nascono in epoca moderna. Le nozioni, infatti, erano già note alle civiltà classiche greca e romana, ma possedevano un significato totalmente differente rispetto a quello

* Dottore di Ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico europeo, presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

contemporaneo. Ciò innanzitutto perché la storia dell'umanità è legata alla guerra come condizione di normalità: solo nell'ultimo settantennio il conflitto può essere considerato una eccezione. Sul punto Barberis evidenzia come nel mondo tardo-antico libertà e sicurezza potessero configurarsi come due entità alternative, mentre nel senso moderno «non sono compatibili, ma si sovrappongono parzialmente» (p. 13).

Il tema ritorna nella modernità politica, in particolare nell'ideale di Machiavelli, grazie al quale *securitas* e *libertas* sembrano avvicinarsi tra loro ed in quello di Hobbes in cui la *libertas* scompare, o meglio viene assimilata all'esigenza superiore della *securitas*. Ma la libertà comincia ad assumere una dignità diversa nell'opera di Locke: essa diventa parte centrale del suo progetto politico, poiché intimamente connessa al diritto lockiano per eccellenza, quello di proprietà (pp. 14-16).

Allargando la prospettiva, dalla lettura del testo si comprende come sia stato il pensiero liberale nel suo complesso a profondere le maggiori energie per cercare di dare armonia al binomio, tentando di legare in maniera sempre più salda i due elementi. Ciò accade con Montesquieu, secondo cui «la libertà politica, in un cittadino, consiste di quella tranquillità di spirito che proviene dalla convinzione, che ciascuno ha, della propria sicurezza»¹, con Adam Smith, che ritiene che la libertà di ogni individuo è legata alla «sensazione che ognuno ha della propria sicurezza»² e con Bentham che afferma che «la libertà politica è un altro ramo della sicurezza»³.

La tappa successiva del viaggio nel quale Barberis ci accompagna, riguarda la formalizzazione della libertà e della sicurezza all'interno dei documenti costituzionali, di cui esse costituiscono quasi un *pedigree di validità*, i

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Utet, Milano 1952, vol. I, p. 276 (xi, 6).

² A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence* (1762-63), Liberty Fund, Indianapolis 1982, pp. 405, 412, 540.

³ J. BENTHAM, *Principles of the Civil Code*, in *Works*, I, William Tait, Edinburgh 1843, pp. 307-307.

principi cardine su cui si sono edificati gli ordinamenti democratici contemporanei. Ciò si può dire già per *La dichiarazione della Virginia (1776)*, oltre che per *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789)*, e per *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)*. Finalmente libertà e sicurezza possono essere considerati diritti a tutti gli effetti, in quanto proclamati solennemente e connessi in maniera indissolubile col fine ultimo di qualunque carta fondamentale, la tutela della dignità umana (pp. 19-21).

Ma alla loro istituzionalizzazione, che trova un passaggio fondamentale nel costituzionalismo postbellico, raramente è corrisposta un'adeguata ed effettiva tutela per gli individui. Infatti la storia recente dell'occidente è caratterizzata da un «aumento esponenziale e reale, non solo percepito, dell'insicurezza» (p. 27) e ciò nonostante (o forse a causa di) politiche neoliberiste che avrebbero dovuto garantire maggiore sicurezza. Infatti «[...] più interessante ancora, dal punto di vista della sicurezza, è la crescita dell'insicurezza di massa. Contro le loro pretese di neutralità e di oggettività, infatti, i processi di razionalizzazione neoliberisti aumentano il rischio reale, non solo quello percepito» (p. 28).

Viviamo, ahinoi, nel secolo dell'incertezza, economica, demografica, sociale. Lo Stato sembra ormai incapace – continua Barberis – di fornire le giuste garanzie, tant'è che al sentimento di insicurezza si accompagna sempre di più quello dell'angoscia. L'immagine che raffigura meglio la nostra paura ed il nostro segno di smarrimento è certamente il crollo delle Torri gemelle. Da quel momento, con esse, sono crollate le nostre certezze. Ne risulta uno scenario all'interno del quale neanche il quadro dei principi costituzionali sembra essere esente dalle minacce del nuovo terrorismo (pp. 29-30).

La storia del costituzionalismo postbellico viaggia di pari passo col tema del pluralismo dei valori e con la necessità del loro bilanciamento, data la loro molteplicità, conflittualità, incommensurabilità ed indeterminazione. Sicurezza e libertà di certo non sfuggono alle logiche del bilanciamento,

alla necessità della scelta tragica della vittoria dell'uno sull'altro, una scelta «che comporta sempre una perdita» (p. 37).

All'interno degli ordinamenti contemporanei i valori-principi costituzionali, nella pratica, hanno diretta applicazione nell'attività dei legislatori e dei giudici costituzionali mentre, a livello teorico, trovano la loro sede ideale proprio nella teoria del bilanciamento perfettamente «teorizzata da Alexy in termini consequenzialistici». (p. 42).

Per ciò che attiene alla dimensione operativa, risulta decisivo il ruolo del giudice costituzionale dato che è il custode delle leggi a dover specificare il contenuto di valori quali la sicurezza, la libertà e la dignità. Osserva infatti Barberis «che il menu dei principi costituzionali è formulato in termini generici, di libertà, sicurezza, dignità e simili, essi constatano che tocca poi a legislatori e giudici, anche costituzionali, stabilire di quale libertà, di quale sicurezza, di quale dignità si tratti» (p. 47). È a questo punto che l'Autore svela il vero limite delle tecniche argomentative a disposizione dei giudici costituzionali, ossia che il loro è (e non potrebbe che essere) un controllo *ex post*. Un controllo che secondo molti è inefficace dato che interviene «solo in seconda battuta, dopo che gli esecutivi e, nei casi migliori, i legislativi, hanno provveduto all'emergenza» (p. 77). Forse l'unica forza che la corte può vantare sul tema delle politiche securitarie e su quello della connessa questione della libertà, è quella di rendere meno opaco il funzionamento delle istituzioni, cercando di fare luce sull'intricatissimo rapporto che vi è tra governi, *governance*, politica ed economia.

L'approfondimento sul tema del bilanciamento libertà-sicurezza continua e Barberis non si esime dal segnalare anche le posizioni critiche, come quella di Jeremy Waldron che, in linea con la propria teoria, rifiuta l'idea secondo cui si possa pervenire alla composizione delle frizioni tra i due valori per via giudiziale, per mezzo del *judicial review* (p. 69). Waldron ritiene che la sicurezza collettiva è «solo un'astrazione statistica, irriducibile alla nostra sicurezza individuale» (p. 71) ed è dunque

impossibile «bilanciare tra fra loro valori incommensurabili quali la libertà (individuale) e sicurezza (collettiva)» (p. 72).

A seguito della precisa ricostruzione storica e teorica, Barberis può finalmente evidenziare in maniera più diretta «l'impotenza del costituzionalismo» di fronte allo strapotere delle decisioni dell'esecutivo. Ciò costituisce, se non il fine ultimo dell'autore, quanto meno uno dei passaggi più importanti dell'intera opera. Emblematico, in tal senso, è quanto avvenne negli USA a seguito dell'undici settembre 2001 per mezzo del *Patriot Act* «più volte prorogato e ancora in vigore, benché molte sue disposizioni siano state ritenute incostituzionali [...]. La più nota e contestata subordinazione dei diritti di libertà alle esigenze della sicurezza, d'altra parte, è stata operata dal presidente Bush nel caso dei prigionieri di Guantánamo» (p. 50). Ciò che avviene nella base militare di Guantánamo è la prova lampante di quanto sia indifferente chi si imprigiona, di quanto deboli a volte appaiano le garanzie costituzionali, ma, soprattutto, è la certificazione di quanto ciò che alla fine realmente conta è la certificazione del dominio assoluto esercitato da un Paese (in questo caso gli Usa), al di là della tutela dei valori della libertà e della sicurezza. Le politiche neoliberiste sono riuscite ad andare nel senso contrario rispetto al percorso tracciato con enormi difficoltà, nel corso di decenni, dalle garanzie previste all'interno delle carte nazionali ed internazionali (p. 53).

La vicenda di Guantánamo consente a Barberis di parlare apertamente di «regressione istituzionale». «L'orologio dei diritti» è stato portato indietro di secoli, e la insidiosa genesi della *governance* neoliberista ci ha ricollocato nell'epoca della concentrazione dei poteri nelle mani dell'esecutivo. La sensazione che ne deriva è di amarezza, angoscia, desolazione. Tutto sembra ormai fuori controllo e pare che la nostra insicurezza possa essere costantemente alimentata da questa totale assenza di garanzie giuridiche e protezioni politiche.

L'Autore non può non ritornare sulla vicenda decisiva dell'11 settembre, che ha costituito un punto di svolta nella relazione tra libertà e sicurezza,

sia per ciò che attiene al “nuovo terrorismo”, sia per la rivoluzione mediatica che ne è scaturita e per le pericolose derive istituzionali che ne sono seguite.

Se vi è un elemento realmente innovativo nell’attacco al World Trade Center esso è costituito dal fatto che è stato portato direttamente nel territorio “nemico”. Le “modalità organizzative” dell’attentato hanno fatto comprendere il suo “carattere globale” e hanno ingenerato la convinzione per cui da quel momento non si potesse più evitare la diffusione su scala mondiale del terrore.

Ed un ruolo decisivo nell’amplificazione del terrore lo hanno giocato i media che sono colpevoli, tra le altre cose, di spettacolarizzare il dramma e di assecondare l’inutilità delle reazioni antiterroristiche che si sono susseguite nell’ultimo quindicennio. Insicurezza, angoscia e morte vivono ormai da tempo nelle dirette televisive. La loro forza di penetrazione nelle nostre vite ha poi assunto un senso ancora più drammatico a causa della nostra perenne connessione alla rete globale.

Insieme a Barberis siamo testimoni inermi dell’orrore mediatico che si fa realtà, spettatori che assistono impotenti al «maledetto bisogno» del potere USA di riattribuirsi quel ruolo centrale ed imperiale che aveva perso durante la guerra fredda.

È pressoché impossibile, da questo momento in poi, trovare all’interno del testo pagine in cui ci sia spazio per la speranza, non possiamo più illuderci, ed è per questo che Barberis rivolge al lettore una domanda: se non c’è nulla di razionale, se tutto ormai sfugge a qualsiasi forma di controllo, come si può pretendere di trovare un luogo in cui sicurezza e libertà possano finalmente coniugarsi?

Se è possibile le derive di natura politica sono poi ancora più drammatiche. Le nuove forme di terrorismo legittimano e autorizzano i *commanders in chief*, i quali a loro volta proclamano la «guerra totale» al terrore (vi è l’esplicito riferimento ai conflitti in Afghanistan e in Iraq oltre che alle

parole di Hollande pronunciate a seguito degli attentati di Parigi di poco meno di due anni fa: «noi siamo in guerra»⁴ (pp. 61-62).

Il potere, spostatosi nelle mani dell'esecutivo, ha creato un nuovo leader carismatico, una sorta di Leviatano che sembra sfuggire persino al controllo della Corte Suprema. Infatti «la guerra al terrore non è prevista dalla Costituzione, allora il presidente dovrà decidere lui come proteggere gli americani» (p. 64). È la dottrina Bush, che non appare molto distante dalla teoria costituzionalista schmittiana. Tant'è che, richiamando il *Patriot Act*, Barberis parla esplicitamente di «legislazione motorizzata di schmittiana memoria». Un atto nato per l'emergenza, ma che vive e va ben al di là dell'emergenza stessa. L'eccezione si fa regola, le misure di emergenza assumono la dimensione della permanenza e della stabilità (p. 68).

Ma il complesso di queste misure possiede il tratto comune dell'inefficienza: piuttosto che aumentare la dose di sicurezza esse servono più che altro a rassicurare la popolazione, sono uno strumento di controllo della cittadinanza. Anzi, in accordo con Waldron, possiamo arrivare a sostenere la loro quasi inutilità dato che «la probabilità che ognuno di noi ha di morire in un attentato terroristico, benché vari da persona a persona, resta paragonabile alla probabilità di essere colpiti da un fulmine. Qualsiasi misura antiterrorismo diminuisce tale probabilità di una percentuale tanto infinitesimale che tanto varrebbe limitarsi a fare gli scongiuri» (p. 76). In definitiva, la maggior parte delle volte, la libertà personale è sacrificata in nome di ragioni squisitamente simboliche.

Più si va avanti nella lettura del libro, più si perdono le poche certezze che pensavamo di avere sul tema. Così Barberis non si astiene dall'avvicinare terrorismo e politiche antiterrorismo sotto il profilo della loro incapacità

⁴ Per un approfondimento sulla posizione che Hollande ha assunto a seguito degli attentati di Parigi del 13 novembre 2015 si veda http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/16/hollande-la-france-intensifiera-ses-operations-en-syrie_4811147_4809495.html.

nel distinguere tra le persone: se per chi compie attentati le vittime sono tutte le stesse, così l'antiterrorismo «si accontenta di capri espiatori ai quali far pagare colpe altrui» (87).

Certo è che "sicurezza", già di per sé, è un concetto che può ingenerare confusione, dato che la si può intendere oltre che in senso collettivo, anche in senso individuale (come diritto riconosciuto dalle costituzioni e spettante ad ogni persona). A rendere ancora più complessa la questione vi sono altre declinazioni del termine, che Barberis passa in rassegna: sicurezza sociale, sicurezza nazionale (tra le dottrine citate viene nuovamente richiamato Schmitt e l'idea del sovrano che decide nello stato di eccezione), pubblica sicurezza (pp. 98-101). All'interno del complesso scenario che ne deriva sembra che non vi sia alcuna soluzione realmente spendibile a favore della sicurezza pubblica-nazionale. Anzi, quanto più si va avanti con le misure tipiche del nuovo antiterrorismo, tanto più cresce in modo esponenziale l'insicurezza. Siamo violati nella nostra intimità, nei nostri diritti fondamentali, soggetti ad una doppia minaccia: da un lato i rischi del terrorismo, dall'altro l'incertezza e l'aleatorietà delle politiche securitarie (p. 105).

Nell'ultimo dei cinque capitoli l'Autore conferma con convinzione l'idea per cui le misure antiterrorismo, con riferimento al bilanciamento tra sicurezza e libertà, non soddisfano né il controllo di proporzionalità né quello di adeguatezza e che sono sovente irrazionali. Vista la loro quasi inutilità, sorge un legittimo dubbio. È forse possibile – si chiede il Professore genovese – che tali misure siano prese solo per fini strumentali, ossia per aumentare il consenso politico? (p. 107). Credo che, giunti ormai all'epilogo del testo, la risposta sia lapalissiana.

La complessità del tema della sicurezza e del suo collegamento con il valore della libertà, così ben descritto nei precedenti capitoli, sembra faciliti il potere non solo nel ricorrere a misure che nella migliore delle ipotesi sono solo simboliche (Guantánamo), ma, di più, a speculare sulle tragedie che oggi affliggono il pianeta. La gestione dell'emergenza

migratoria è il caso più emblematico di questa situazione volutamente caotica.

La scarsa efficacia delle politiche securitarie viene letta da Barberis anche grazie al ricorso ad alcune fallacie tipiche in tema di sicurezza che, tra l'altro, evidenziano «l'isteria securitaria» sfruttata dai governi. Un esempio è chiarificatore in tal senso. «[D]opo l'Undici settembre circa un milione e mezzo di persone decisero di andare in vacanza in auto invece che in aereo. Ma guidare l'auto è sessantacinque volte più pericoloso che prendere l'aereo: sicché si produsse un migliaio di incidenti stradali in più» (p. 109). Secondo un'altra fallacia le misure securitarie riguarderebbero solo i presunti terroristi. L'esito, tuttavia, è quello di cercare un capro espiatorio e di ingenerare nella gente la convinzione che certe minoranze siano vicine a cellule terroristiche. Infine vi sono fallacie legate alla inutilità di misure tese a limitare la libertà personale e che servono, semmai, a stigmatizzare il dissenso, ma sempre all'interno di un contesto in cui la sensazione diffusa è che ormai nessuno riesca più a governare o a controllare nulla.

Vengono poi riportati i più classici esempi relativi al bilanciamento libertà/sicurezza: legittima difesa, tortura ed emergenza costituzionale (pp. 112-124).

Per ciò che concerne la legittima difesa, siamo spesso di fronte a casi di privatizzazione della sicurezza non dichiarati, che avvengono, ad esempio, col ricorso sempre maggiore all'installazione di telecamere nelle nostre città. Anche in questo caso le ragioni sono per lo più simboliche e poco hanno a che fare con la sicurezza dei cittadini.

Sulla tortura, su cui tanto si è detto e molto si è scritto, Barberis ricorda come tale pratica continua a perpetrarsi e riporta il classico esempio della *ticking bomb*. L'ipotesi di torturare un terrorista che ha collocato una bomba ovviamente suscita questioni rilevanti soprattutto da un punto di vista morale. Ma siamo, per l'appunto, nel campo delle ipotesi. Cosa accadrebbe se poi la situazione si realizzasse realmente? Dice Barberis che «[i]n un caso così, anche oggi il terrorista verrebbe torturato, beninteso

senza ammetterlo: ma il torturatore umanitario, per così dire, rischierebbe incriminazione e condanna. Persino nella remota eventualità che in Italia fosse introdotto il reato di tortura il torturatore sfuggirebbe a condanna e pena invocando, a buon diritto, lo stato di necessità (art. 54 c.p.). Questa è l'unica eccezione al divieto di cui si senta il bisogno» (p. 119).

Sul problema dell'emergenza costituzionale, infine, si prospettano diverse ipotesi. O si evita che lo stato di emergenza sia predeterminato in costituzione. In questo caso non può che richiamarsi nuovamente Schmitt e l'idea secondo cui debba essere il "custode della costituzione", ossia il Capo dello Stato, a decidere sullo Stato di eccezione. O, diversamente, si regola l'emergenza attraverso previsione costituzionale o legislativa. In entrambi i casi potrebbero però esservi numerosi abusi ed in particolare, nel caso in cui fosse il legislativo ad avere l'ultima parola, è doveroso ricordare come le maggioranze politiche non sempre (anzi molto raramente) sono sensibili sul tema dei diritti umani (con buona pace di Waldron).

Quali, dunque le possibili soluzioni, quali le proposte? (pp. 124-126).

Barberis, senza troppi giri di parole, afferma che la sfida al terrorismo sembra essere una battaglia persa: in tal senso vanno lette le numerose pagine in cui l'autore evidenzia l'inefficacia e l'inutilità delle recenti «guerre contro il terrore». Sarebbe necessario a questo punto che i politici compissero un atto di sincerità innanzitutto verso se stessi, aspettando che «la marea si ritiri». Certo non sarebbe conveniente, proprio da un punto di vista politico, «dire la verità, specie quando suona così dissacrante» (p. 124). In secondo luogo sarebbe opportuna una difesa del territorio europeo che non prescinderebbe da un buon coordinamento dell'intelligence. Le corti dovrebbero poi limitare la libertà personale solo nei casi indicati dal legislativo e tali limitazioni dovrebbero essere formulate sempre in regole astratte e generali, senza alcuna distinzione «fra cittadini e stranieri, fra maggioranza o minoranze» (p. 125). E bisognerebbe evitare che il bilanciamento venisse fatto caso per caso. I reati -continua Barberis -

andrebbero diminuiti e semplificati, piuttosto che continuare sulla strada della legificazione, altro elemento che ha contribuito a rendere ulteriormente complicata la questione in esame. Ma queste sono tutte questioni che interessano gli operatori politici. Quali quindi le responsabilità dell'intellettuale? Quella principale risiede nell'approfondimento del fenomeno, nell'evitare di incappare nella strada del luogo comune, che tanto affascina «la stupidità umana». Ci si deve astenere dalla critica, se non si hanno proposte alternative. Ebbene, senza ombra di dubbio, al termine di questo faticoso ma illuminante percorso, possiamo dire che Mauro Barberis ha assolto perfettamente il proprio compito.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

A CURA DI LUIGI MARIANO GUZZO

Forum della rivista *Ordines*.

Tra Costituzione, diritto e politica

Con contributi di:

PAOLO BECCHI, NICOLA COLAIANNI, MASSIMO

LA TORRE, ANTONINO MANTINEO, ANTONIO

RUGGERI, ANTONINO SPADARO

A CURA DI LUIGI MARIANO GUZZO*

Forum della rivista *Ordines*.

Tra Costituzione, diritto e politica

Lo scorso 4 dicembre 2016 gli italiani si sono pronunciati sulla legge costituzionale *“Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”*, il cui testo è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 15 aprile 2016. Di natura oppositiva ai sensi dell’art. 138 della Costituzione, il *referendum* ha assunto, invece, a tratti, le caratteristiche di un plebiscito nei confronti dell’operato del governo in carica; ciò anche per la strumentalizzazione che di esso ne hanno fatto i rappresentanti politici. L’elemento inequivocabile è il risultato delle urne: circa il 60per cento dei votanti (l’affluenza si è attestata intorno al 65per cento degli aventi diritto) ha respinto la revisione costituzionale proposta dal premier Matteo Renzi e dal ministro per le riforme costituzionali Maria Elena Boschi. D’altro canto, non può negarsi che tale tentativo di revisione della Carta fondamentale italiana abbia rappresentato, per il nostro paese, l’instaurarsi di una diffusa stagione di interesse e di discussione sui principi e sui valori della Costituzione repubblicana, segnata da numerose occasioni di dibattito e di confronto pubbliche. Tant’è che neanche quel “No” della maggioranza degli italiani sembra oggi bastare a porre definitivamente nel cassetto, le numerose questioni teoriche e giuridiche sollevate nel corso della “campagna” referendaria. Ed anzi, è proprio in questo momento, a “mente fredda”, che le stesse meritano più profonde e opportune riflessioni.

Non fosse altro che, ora, ancora urgente più che mai nell’agenda delle istituzioni politiche, si percepisce il tema della rappresentatività popolare, con una legge elettorale, la numero 52 del 2015 (chiamata

* Dottorando di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico economico europeo” presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

giornalisticamente “Italicum”), che assegna un premio di maggioranza “abnorme”, come l’ha definito Zagrebelsky, alla lista che abbia ottenuto almeno il 40per cento dei consensi. Per altro verso, abdicano alla loro funzione i rappresentanti del Parlamento quando inermi attendono e, addirittura, con fermezza chiedono la pronuncia della Corte Costituzionale sulla legge elettorale in questione, affinché sia la stessa Corte ad introdurre i correttivi necessari al provvedimento normativo, in mancanza di una convergenza delle forze politiche.

In questo clima è indubbio che per l’Italia si prospetta uno scenario di forte fermento istituzionale. Così la rivista *Ordines* ha pensato di promuovere, tra le sue pagine, una tavola rotonda “virtuale” con illustri docenti, per mettere al centro della discussione i temi della strutturazione e del funzionamento degli apparati istituzionali, che hanno caratterizzato questi mesi.

1. Si è parlato molto di bicameralismo paritario e di bicameralismo imperfetto. Il bicameralismo paritario previsto dall’art. 70 della Costituzione del 1948 (“La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere”), sarebbe stato del tutto stravolto dall’art. 70 proposto dal progetto di revisione costituzionale “Renzi-Boschi”. Il superamento del bicameralismo paritario è giustificato, per lo più, da ragioni di celerità del procedimento legislativo. D’altronde addurre motivazioni per le quali le democrazie europee sono, per la maggior parte, strutturate in sistemi monocamerali o bicamerali imperfetti, porta inevitabilmente il discorso a cadere in una *fallacia* descrittivistica. Il nodo centrale della questione rimane il seguente: una democrazia può funzionare pienamente anche attraverso un Parlamento composto da due Camere con uguali competenze?

2. In democrazia ci sono due importanti valori che possono entrare spesso in conflitto, o almeno così sembra: la rappresentatività e la governabilità. L’ultimo tentativo di revisione costituzionale, se letto insieme alla legge elettorale “Italicum”, appariva sacrificare sull’altare della governabilità il valore della rappresentatività. Governi forti esigono maggioranze forti in Parlamento, non facili da ottenere nella complessità della società civile, se

non attraverso correttivi, come i cosiddetti “premi” di maggioranza. Per di più, oggi, la tecnocrazia dell’Unione Europea e l’oligarchia del mondo delle finanze hanno poco interesse per la rappresentatività democratica e chiedono agli Stati nazionali prima di tutto governi stabili. Ma per assicurare la governabilità è sempre necessario sacrificare la rappresentatività?

3. Nel progetto di revisione costituzionale “Renzi-Boschi” lo stato di guerra (art. 78 Cost.) è deliberato, a maggioranza assoluta, solo dalla Camera dei deputati, invece che dal Parlamento in seduta comune. Si è discusso poco in questi mesi del punto in questione, in quanto l’istituto previsto dall’art. 78 Cost. non è mai stato utilizzato in circa settant’anni di vita repubblicana e la discussione ai più appare rilevante solo da un punto di vista teorico. In realtà, ad una più attenta analisi, soprattutto nel clima di paura e di sconforto che gli attentati terroristici hanno gettato sull’Europa occidentale e nel quadro di instabilità politica del Medioriente, la dichiarazione di “stato di guerra” può essere uno strumento nelle mani di un governo che voglia all’interno di uno “stato d’eccezione”; tutto ciò sarebbe stato reso più semplice dalla previsione della deliberazione di una sola Camera a maggioranza assoluta, per un governo con una forte maggioranza in Parlamento, determinata peraltro dal testo vigente della legge elettorale n. 52 del 2015. Abbiamo assistito, ancora una volta, al tentativo di rafforzare l’Esecutivo?

4. Quello dei costi della politica rappresenta un tema-chiave nel dibattito pubblico degli ultimi anni, soprattutto in tempi di crisi economica. A parte l’evidente sperequazione tra i costi della politica e quelli della società civile, il problema è che determinate scelte normative sono spesso giustificate da ragioni economiche. Un diverso motivo per il quale si prospettava un’atipica abolizione del Senato a favore di un “nuovo” Senato quale Camera delle autonomie territoriali, con una riduzione del numero dei parlamentari, era quello di “abbattere” i costi della politica. Ciò presuppone almeno tre modi di intendere il rapporto tra diritto ed economia, e cioè:

guardare ai diritti come ad una questione in larga misura economica, ovvero riproporre la dialettica marxista che guarda all'economia quale struttura della realtà sociale di cui lo stesso diritto sarebbe sovrastruttura, o ancora trovare la giustificazione ultima dei diritti nell'economia. D'altra parte se è vero che i diritti hanno comunque necessità di un tessuto economico che assicuri loro il funzionamento, che rapporto, oltre a questo, può instaurarsi tra diritto ed economia?

5. Un altro tema di questa campagna referendaria è stato quello della "scrittura" del testo costituzionale. Per molti commentatori il testo di riforma era un buon testo nei contenuti, nonostante nella forma andasse scritto meglio. La questione si presenta quale problema di tecnica della normazione giuridica. Se la forma è sostanza, l'eleganza e la chiarezza, nonché la congruenza logica delle diverse disposizioni normative in un unico testo legislativo, non sono ancora valori che il legislatore, e specialmente il legislatore costituzionale, deve perseguire nella sua attività?

6. Il referendum sull'uscita del Regno Unito dal processo di integrazione europea, l'elezione di Trump negli Stati Uniti d'America, la forte instabilità politica mediorientale, il terrorismo fondamentalista di matrice islamica, i costanti flussi migratori... il 2017 si apre con poche certezze e tante incognite e variabili. L'Italia che ruolo può oggi occupare sulla scena europea e mondiale?

Paolo Becchi *

1. Non si vede proprio perché un parlamento non possa funzionare anche con due camere con uguali competenze. Ha funzionato così nel nostro Paese almeno sino agli anni Novanta, con alti e bassi e continuerà giocoforza a funzionare ora, dopo che il popolo ha bocciato la revisione proposta dal governo Renzi.

2. Niente affatto. Il sistema elettorale tedesco, ad esempio, garantisce al contempo governabilità e rappresentatività. Non voglio dire che da noi avrebbe lo stesso effetto, ma è incontestabile che questo valga per la Germania. Non siamo tutti uguali e questo non è un male.

3. È un punto passato in secondo piano nelle animate discussioni intorno al referendum, ma quanto previsto dalla revisione era gravissimo: una ragione di più per votare no.

4. Diciamolo con franchezza: i vantaggi in termini economici della riduzione del numero dei senatori sarebbero stati irrisori; ma fatemi fare una breve considerazione: se la democrazia ha un costo dovremmo essere anche disponibili a pagarlo o no?

5. La forma in un testo costituzionale è importante quanto il contenuto. Ciascun cittadino deve essere in grado di comprendere il testo; qui almeno per alcuni articoli neppure un valido costituzionalista sarebbe riuscito a capirci qualcosa.

6. L'Italia non svolge alcun ruolo sulla scena europea: non siamo stati ancora completamente colonizzati dalla Germania come la Grecia, ma c'è il rischio che prima o poi questo avvenga. Se l'Italia vuole di nuovo iniziare a contare qualcosa deve anzitutto recuperare la propria sovranità.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Genova.

A partire da quella monetaria. In Europa i paesi senza l' euro sono quelli che stanno meglio e la Gran Bretagna uscendo addirittura dalla Ue sembra stare meglio di prima. Riprendiamoci dunque le chiavi di casa, se vogliamo contare qualcosa.

Nicola Colaianni *

1. Complessivamente le motivazioni a sostegno della riforma costituzionale sono state frutto prevalentemente di propaganda, senza solido fondamento nella realtà, a cominciare dal presunto rallentamento del procedimento legislativo provocato dal bicameralismo paritario. In questa legislatura, per esempio, secondo le statistiche approntate dagli uffici del Senato i disegni di legge governativi sono stati approvati, in media, in 116 giorni. Ovvio che se ci fosse una sola Camera i tempi sarebbero ridotti. Ma la riforma non prevedeva il monocameralismo, bensì un bicameralismo arzigogolato, che avrebbe comportato in ben pochi casi una riduzione dei tempi. In realtà ciò che allunga i tempi non è il bicameralismo ma la "navetta" prolungata per oltre due letture: che comunque si verifica in un numero di casi molto limitato. La verità è che quando non c'è accordo i disegni di legge si ripongono nel cassetto per mesi o (penso alla legge sulla violenza sessuale) per anni e ciò accadrebbe anche con un Parlamento monocamerale. Comunque, per eliminare la navetta prolungata basterebbe pensare ad un istituto simile al *conference committee* degli Stati Uniti (una commissione bicamerale che trova l'accordo su un testo comune) o, meglio ancora (perché manterrebbe la fruttuosa funzione del Senato come camera di ripensamento), ad un bicameralismo facoltativo, lasciando al Senato il potere di intervenire con una seconda lettura solo sulle leggi ritenute di grande rilievo per la conservazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (laicità, pluralismo, diritto di difesa e diritti fondamentali in genere, ecc.).

2. No. Se comprimessimo eccessivamente - per usare l'avverbio della Corte costituzionale nella sentenza 1/2014 (la nuova non la conosco al momento in cui scrivo) - la rappresentanza avremmo una democrazia d'investitura, in cui il popolo è chiamato a votare ogni cinque anni, durante i quali si avrebbe la toquevillana dittatura della maggioranza.

* Professore ordinario di Diritto ecclesiastico, Università di Bari.

3. Il risultato è quello, ma secondo me la maggioranza neocostituente non ha neppure dato importanza alla questione, preoccupata com'era, in linea generale, di restringere al massimo l'area delle materie a bicameralismo perfetto. Proprio perché la questione in settant'anni di repubblica non s'è mai posta e, quindi, ha un rilievo meramente teorico, ho l'impressione che, se ci avesse fatto caso specifico, la maggioranza avrebbe potuto inserire anche la deliberazione dello stato di guerra nel nuovo art. 70 tra le materie a funzione collettiva: non le sarebbe costato nulla e anzi sarebbe stato motivo di consenso. La trascuratezza, invece, è ben più grave perché svela la presupposizione, per la verità non della sola maggioranza attuale, che ormai le guerre si fanno ma non si dicono (e perciò non si deliberano) perché si chiamano in altro modo: azione di polizia internazionale, intervento o addirittura missione di pace. Al Parlamento spetta non deliberarle, perché rientrano nei compiti dell'Esecutivo, ma solo approvarne gli oneri di spesa.

4. Questo è stato l'argomento più demagogico della propaganda governativa, quello che truffaldinamente era stato inserito perfino nel titolo della legge di riforma senza che corrispondesse ad alcuna delle disposizioni revisionate: si trattava, infatti, di un possibile effetto, di incerto ammontare, della riforma. Gli stessi uffici della Ragioneria dello Stato avevano calcolato in qualche decina di milioni di euro il risparmio conseguibile con l'abolizione delle indennità per i senatori e la soppressione del Cnel (per quella delle province i risparmi erano avvenuti grazie alla legge Del Rio). In generale, si sa che i diritti costano. Ma non assicurarli con un costante impegno di spesa significa in molti casi dover imporre grossi sacrifici quando scoppia l'emergenza. In ogni caso l'attuazione del nucleo essenziale dei diritti sociali non può essere limitato da equilibri di bilancio, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza 275/2016 a proposito del "nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili", che "non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali": "È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio

di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

5. Non c'è dubbio: e su questo, non a caso, quasi tutti (eccetto gli esponenti governativi, che neppure ci facevano caso) hanno concordato. La riforma era scritta con lo stile sciatto delle leggi finanziarie, che durano solo un anno e, quindi, non superano con i loro continui e attorcigliati rimandi astrusi la capacità di sopportazione dei lettori. La Costituzione, invece, è destinata a durare nel tempo, in quanto legge fondamentale deve contenere principi e non regole di dettaglio (non di rado, nella riforma bocciata, di carattere regolamentare), perciò dev'essere, se non auspicabilmente elegante, almeno chiara e leggibile da tutti i cittadini, i quali - come prescritto alla fine del testo costituzionale - sono chiamati ad "osservarla fedelmente". Anche l'art. 54 pone ai cittadini il dovere di osservare la Costituzione e le leggi: come richiederne l'adempimento se le non solo le leggi ma addirittura la Costituzione sono oscure? Qualche anno fa la Camera dei deputati organizzò un seminario, presieduto da Roberto Zaccaria, proprio sulla scrittura delle leggi, sul presupposto che la chiarezza è funzionale alla loro qualità. Ciò vale al massimo grado per la Costituzione. Vorrei ricordare come a Filadelfia, una volta elaborati anche nel dettaglio i principi della Costituzione, il testo fu affidato ad un ristretto *Committee of style*, che ebbe l'incarico di "rivederne lo stile": uno solo dei cinque componenti non era un giurista, ma - figuriamoci! - si chiamava James Madison, il professore di teologia e filosofia e, dopo il suo mandato presidenziale, rettore dell'attuale università di Princeton.

6. Domanda difficile perché un ruolo peculiare dell'Italia nello scacchiere internazionale o anche solo in Europa s'è perso da qualche decennio, da Sigonella in poi. Se pensiamo come la causa palestinese sia stata l'ultima che abbia avuto negli anni ottanta il luogo di mediazione a Roma, ci rendiamo conto dell'irrilevanza attuale della nostra politica estera. Il discorso è molto ampio ma, in estrema sintesi, a me pare evidente che l'Italia possa, e debba, avere un ruolo strategico almeno come ponte, quale geograficamente è, tra le due sponde del Mediterraneo in termini di pace e

di accoglienza sostenibile dell'immigrazione: ma tra il dire e il fare davvero in questo caso c'è di mezzo il mare.

Massimo La Torre *

1. Una democrazia tanto meglio funziona quanto più ragionevole e inclusiva è la sua procedura di deliberazione. Due camere, elette in modo diverso, e dunque capaci di articolare la rappresentazione politica in modo plurale, si completano a vicenda. Va inoltre sottolineata la funzione di ponderazione e di “raffreddamento” di passioni e di decisioni troppo affrettate che un bicameralismo, anche quasi perfetto, può assolvere come garanzia alla sovranità popolare. Un tale bicameralismo può essere un buon contrappeso alla sempre più crescente forza di gravità esercitata dall’esecutivo, rafforzato tra l’altro dalla struttura sovranazionale ormai assunta da alcune delle decisioni più rilevanti della politica degli Stati membri dell’Unione Europea.

2. No. Di governabilità si muore. In democrazia almeno. La democrazia, lo dice Andrea Caffi, è per sua natura “turbolenta”. Machiavelli, parlando della sua repubblica, dice qualcosa di analogo. In democrazia ci vuole il conflitto, la contestazione, la *parresia* degli antichi Greci. Ed ovviamente una certa uguaglianza di diritti politici e di accesso alla cittadinanza come struttura portante della decisione politica. Dagli anni Ottanta governo ed esecutivo hanno moltiplicato esponenzialmente la loro potenza decisionale, espropriando la cittadinanza di molte sue prerogative, e trasformandosi dunque in attori decisionistici. Processo cui è corrisposto il revival e l’auge anzi della teoria politica e giuridica schmittiana; questa in quella contingenza è divenuta di moda nei salotti del Bel Paese. Abbiamo assistito e stiamo ancora assistendo ad una lunga stagione di riaffermazione dell’autorità sulla democrazia. La riforma dell’università che ha creato dei rettori monocratici (accompagnati da un “consiglio di amministrazione” nominato dall’alto), e che ha svuotato di potere le facoltà, abolendole, e sostituendole con dei pallidi e invertebrati “dipartimenti”, è solo un episodio di questo passaggio “termidoriano” della politica, non solo italiana.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Catanzaro.

Siamo passati dall'idea che segnò gli anni Settanta di una democratizzazione di tutto il tessuto sociale (ricordiamo i “decreti delegati” del 1975 che introducevano spezzoni di democrazia nella gestione della scuola) all'agitazione dell'esigenza della governabilità e della rielaborazione della sfera politica come “impresa” e dell'attività politica come selezione schumpeteriana del leader. Il passaggio si potrebbe riassumere in una formula: da Proudhon a Schmitt per l'appunto. L'“impresa” piace tanto non perché più efficiente economicamente, ma soprattutto perché non democratica, perché è autocratica, diretta monocraticamente e dall'alto da un Amministratore Delegato o da un Impresario come uomo solo al comando. L'Italia degli ultimi vent'anni è stata anche questo, il laboratorio di un lungo Termidoro.

3. La riforma Boschi voleva rendere l'Esecutivo meno vincolato. Ciò mi pare evidente. E rendere così più facile anche la trasformazione del parlamento in cinghia di trasformazione di decisioni prese a Bruxelles o nei suoi dintorni, al livello esecutivo sovranazionale cioè. La riforma è stata “venduta” in Europa come un momento di semplificazione delle procedure di applicazione delle decisioni assunte dai vertici dell'Unione Europea. Un ingranaggio ulteriore di ciò che Jürgen Habermas chiama “federalismo esecutivo”.

4. In una democrazia rappresentativa lapalissianamente quanti più sono i rappresentanti migliore è il regime della deliberazione, dunque la democrazia stessa. Giacché in tal modo il suo tasso di rappresentatività aumenta. A rigore e *ad absurdum*, se si vogliono ridurre i costi della politica, ché i rappresentanti costano, allora bisognerebbe averne il meno possibile e finalmente uno solo, il Grande Timoniere. Si potrebbe scomodare Platone al riguardo, e la sua ingiusta accanita polemica contro Pericle, il democratico, e l'idea del regime degli esperti. Oppure si potrebbe ricordare il Cameralismo delle monarchie europee di fine Settecento, tutto per il popolo ma niente (o pochissimo) mediante il popolo. E che per favore non si evochi a questo punto il fantasma del “populismo”, formula ambigua,

ché può significare tanto il regime carismatico cui si affida l'oligarchia con a capo il grande leader, il Cavaliere, oppure l'appello alla mobilitazione delle masse. Quest'ultima in democrazia deve mantenersi, va curata, istituzionalizzata certo, ma non disattivata e tanto meno disprezzata e calunniata.

5. La qualità dell'attuale legislazione in Italia è penosa. E lo è perché sempre meno si fanno vere leggi, ma solo provvedimenti ad hoc, contingenti, situazionali, opportunistici, senza attenzione alla loro universalizzabilità ed alla coerenza del testo normativo di riferimento e tanto meno la sua collocazione in una narrativa normativa di disposizioni legislative (la forma legge di cui parlano Kant e poi Franz Neumann, o, se si preferisce, l'"integrità" di Ronald Dworkin). Si legifera solo puntando al risultato, alla bottega. Si guardi in che condizioni è stato ridotto il diritto tributario, pieno di leggine e disposizioni vessatorie, irragionevoli, meramente dettate dalla necessità di fare cassa. Nelle accise della benzina paghiamo ancora la guerra d'Abissinia... Tutto ciò tra l'altro è patentemente, radicalmente incostituzionale, perché violentemente irragionevole. Il diritto tributario, una volta vanto della scienza giuridica italiana, è ora concepito ed applicato come una specie di Bancomat del, per il, governo di turno e le sue necessità immediate di fare cassa.

6. L'Italia, ahinoi, oggi non gioca nessun ruolo significativo sulla scena internazionale. Né in quella europea né in quella mondiale. È semplicemente assente. Così è da più di vent'anni ormai. In questo senso la cosiddetta seconda repubblica è stata un vero disastro. Di cui la tragedia della Libia, ora ridotta ad un ammasso di rovine, e condannata alla guerra civile permanente (dietro casa nostra...), è la più triste testimonianza.

Antonino Mantineo *

1. I risultati del Referendum consultivo hanno determinato diverse conseguenze politiche. La prima, la principale, di lasciare immutata la Carta Fondamentale, in tutte le sue parti, mantenendo, fra l'altro il bicameralismo perfetto e il sistema di democrazia parlamentare, su cui regge l'attribuzione di un rapporto fiduciario delle due Camere, nei confronti del Governo e di non modificare il titolo V della Carta, con le diverse competenze attribuite a Regioni, Province, Città Metropolitane, comuni ed il ruolo di soggetto attivo e politico riconosciuto costituzionalmente ai gruppi sociali, portatori degli "interessi generali. La seconda conseguenza, quella di avere comportato la crisi di Renzi e, di più, del modello che lui incarna di un premiarato forte, che ritiene di rendere più efficace ed efficiente il sistema politico riducendo i dissensi e componendo un Partito della Nazione, in cui ci propone di riporre definitivamente nel cassetto le differenze ideali ed ideologiche fra destra e sinistra.

2. Il rapporto fra governabilità e partecipazione democratica dei cittadini "singoli ed associati", che non attribuisce a questi solo la scelta dei propri rappresentanti, ma che richiede di valorizzare quel pluralismo sociale ed istituzionale, come ben delineato da norme fondamentali della nostra Costituzione, come gli artt. 2 , 3, 5 Cost, e come riconosciuto nei principi di sussidiarietà orizzontale verticale, introdotti dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, e, in special modo, dall'art.118 Cost., il quale riconosce e favorisce "l'autonoma iniziativa dei cittadini, per lo svolgimento di attività di interesse generale", rischia da tempo di essere compromesso, se non definitivamente accantonato, attraverso una logica che ha trovato diversi sostenitori ed attuatori, quelli di casa nostra e quelli che dai *santuari* ristrettissimi di potere, . soprattutto di quello finanziario, anche internazionali, i quali vorrebbero nei fatti demolire i luoghi della partecipazione democratica, reprimendo il dissenso, instaurando veri e

* Professore ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Catanzaro.

propri sistemi autoritari, che si costituirebbero attraverso l'uomo forte al comando, rendendo anche le istituzioni legislative asservite ad un modello quasi aziendale: tempi brevi, certi per decidere attraverso l'accentramento dei poteri. Tutto ciò favorito anche da un sistema dell'informazione anch'esso accentrato da ristretti gruppi finanziari ed economici. Fa bene a richiamare i fattori internazionali e, in particolar modo, le istituzioni europee che hanno contribuito a mettere in crisi il "primato della politica" e la partecipazione democratica dei cittadini, dei movimenti, dei gruppi sociali, tutti sacrificati sull'altare del pareggio di bilancio, dello spread, del salvataggio delle banche. L'Europa culla dei diritti umani si è andata da troppo tempo trasformata nella fortezza-Europa, ove vige il primato della finanza.

Eppure, molti fattori, primo fra tutti la fine prossima ma già evidente della globalizzazione come pensiero unico che domina il mondo, potrebbero riportare tutti i soggetti e i movimenti della società a porre la questione centrale, il primato della persona umana, a curare la causa delle diseguaglianze, a riporre la comunità locale come luogo principale e privilegiato delle politiche pubbliche. A rinnovare, senza abbattere il welfare sociale, patrimonio del novecento europeo ed italiano.

3. Una delle ragioni che consigliavano molti di noi a ritenere che il referendum fosse un rischio per la democrazia in Italia è stato proprio la considerazione che lo stato di guerra, approvato solo dalla Camera dei Deputati, sarebbe stata non già un'ipotesi astratta ma una possibilità concreta. In realtà, già in questi decenni abbiamo assistito ad una neppure silenziosa violazione costante dell'art. 11 della Costituzione, ovvero al "ripudio della guerra" "come "strumento di risoluzione delle controversie internazionali". Molti dei nostri militari sono impegnati su teatri di guerre, molte delle quali contro eserciti armati dalle armi prodotte da multinazionali italiane. Così la spesa militare che con governi a guida di centro-sinistra è lievitata in modo esponenziale, mentre le risorse pubbliche si riducono per la spesa sociale, la ricerca, il lavoro. Certo, sono scelte scellerate in capo all'Esecutivo anche uscente, ma anche a quelli del passato

recente. Si può ben dire che il No al Referendum abbia scongiurato anche questo rischio, ma non siamo così ingenui da ritenere che la guerra sia allontanata e definitivamente. Neppure quella che possa vedere impegnato il nostro Paese. Le lobbies militari si arricchiscono e sanno alimentare i focolai sparsi, inventando sempre nuovi nemici.

Una riforma per evitare almeno rischi imminenti per l'Italia sarebbe la riduzione della produzione dei finanziamenti alle industrie di armi e, soprattutto, il ripristino della leva obbligatoria, accompagnato dall'introduzione del servizio civile obbligatorio. Un esercito di popolo e non di professionisti non serve ai generali. I quali inventerebbero, come già hanno fatto, la guerra "virtuale" tele-comandata pur di trovarsi un lavoro.

4. Il Referendum e la prepotenza con la quale si voleva imporre la riforma Renzi agli italiani, dopo averla imposta al Parlamento, anche attraverso il ricorso al voto di fiducia, non ci deve esimere dal riflettere su modifiche necessarie al Paese, alla sua democrazia. Ho cercato di dire che oggi questa è messa in pericolo nel nostro Paese non già per la lentezza delle procedure di approvazione delle leggi; né perché l'Esecutivo sia come ostaggio del Parlamento. La democrazia ha bisogno di essere vivificata e rinnovata, a partire dai principi e i valori dei Padri e delle Madri Costituenti, se si mette al centro del sistema e dell'ordinamento la persona umana; se si dà attuazione ai diritti al lavoro, alla salute, alla previdenza ed assistenza, all'informazione, al diritto allo studio, ad un sistema fiscale equo, proporzionale e progressivo, rispetto al reddito, senza sperequazioni insostenibili. E se si rispettano e riconoscono i diritti alla partecipazione, al controllo democratico, alla proposta, attraverso istituti attivati e esigibili quali referendum, proposte ed iniziative di legge, sulla carta previsti ma, nei fatti, non incidenti e sempre disattesi dalle istituzioni. La nostra è ancora la democrazia dei Comuni, di quelle realtà che sono immediatamente vicine ai cittadini e che in questi anni sono state chiamate a sostituirsi al Governo centrale per svolgere il ruolo di esattore delle tasse, tante, a fronte dei servizi che si riducevano. I costi della politica, certo, che sono diventati un problema, tanto da considerare chi svolga una funzione pubblica come

appartenente alla “casta”. Lancio qui una proposta su cui da tempo si ragionava fra costituzionalisti e forze politiche: ridurre il numero dei componenti delle due Camere, senza modificare le funzioni; ridurre le indennità di carica, come per altro, sono obbligati a fare gli eletti del movimento cinque stelle. Una riforma relativa a pochi articoli della Costituzione che, però, darebbe un segno tangibile di un ritorno alla sobrietà dei politici che tanto bene fa alla democrazia.

5. La fretta e l’ambizione di fare le riforme che entrassero nella storia è stata mal consigliera per la scrittura delle stesse. Non ci sorprende che questa scrittura, complicata, illeggibile, contraddittoria sia stata opera degli uffici legislativi del Governo e da questa immaginata in modo distorto. Temiamo, però, che vi abbiano concorso anche costituzionalisti, assoldati per scrivere sotto dettatura. Purtroppo, il mestiere di intellettuale non esonera dalla responsabilità di prestarsi al potente di turno. Anche costoro dopo lo schiaffo del referendum dovrebbero riflettere. La Costituzione è sacra: merita rispetto, cura e occorre una grande condivisione anche il pensare di modificarla.

6. Dovremmo tornare ad essere come nel pensiero di Spinelli, di Moro, di Berlinguer, di Giovanni XXIII, di Dossetti, di La Pira, un Paese che nelle organizzazioni internazionali, oltre che al suo interno, svolge la sua parte perché si affermi la pace e la cooperazione tra i popoli. Perché l’Europa torni ad essere l’Europa dei diritti, della partecipazione, dei grandi ideali che si realizzano, dei movimenti di partecipazione, della ricerca, della filosofia per l’uomo e l’umanità. Delle istituzioni democratiche che aborriscono le guerre in casa ed in ogni angolo della terra. I nazionalismi che in Inghilterra con la sua uscita dall’Europa e in America con Trump hanno ripreso vigore, come in altri parti dell’Europa occidentale ma anche orientale, si sconfiggono solo con la democrazia, la cultura, la partecipazione, il lavoro, l’eguaglianza accanto alla libertà. Quest’ultimo valore è stato utilizzato, invece, per creare diseguaglianze e queste generano populismi, rabbia, frustrazione. Oggi l’Italia è chiamata, più di ieri, ad

essere luogo dell'accoglienza. Lasciata sola da questa vecchia Europa, come l'ha definita Papa Francesco. Solo una forte iniziativa giovanile, con una carica di grande umanità, con sete di giustizia, di partecipazione, di dissenso per quella globalizzazione selvaggia che ha prodotto morti, disperazione, ci permette di continuare a sperare. Non servono riforme dell'impianto costituzionale serve una politica che sappia governare la finanza e l'economia e le metta al servizio della comunità e dell'uomo.

Antonio Ruggeri *

1. Non vi è alcun automatismo nel rapporto tra la democrazia e la articolazione in una o due Camere del Parlamento, come pure nel carattere perfetto ovvero imperfetto del sistema bicamerale, laddove accolto. La struttura del Parlamento, al pari di ogni altro istituto costituzionale, è figlia del tempo e del luogo (e, dunque, della storia) di un ordinamento dato. E non occorre qui rammentare che il bicameralismo inglese ha rinvenuto giustificazione nel modo di essere della società, cui ha inteso fare da specchio rappresentando il delicato, sofferto equilibrio tra la vecchia classe nobiliare, peraltro in progressivo declino, e la nuova classe emergente (dapprima la borghesia, poi anche il proletariato), mentre – per fare solo un esempio tra i più emblematici – il bicameralismo negli Stati Uniti d’America ha risposto al fine di dar voce, in modo paritario, nel Senato agli Stati membri e, dunque, di rappresentare il nuovo modello di organizzazione federale dello Stato, “inventato” principalmente allo scopo di dar modo alle ex colonie inglesi riscattatesi dal giogo della madrepatria di difendersi dall’eventuale ritorno di quest’ultima in armi sul suolo nordamericano.

Il problema organizzatorio non può, perciò, essere visto in astratto, *in vitro*, ma va contestualizzato.

D’altro canto, come si sa, un medesimo istituto costituzionale, calato in contesti diversi, può acquisire un volto parimenti diverso.

Se ci si chiede – come traspare dalla domanda che ci è stata posta – se un dato istituto può, o no, “funzionare”, ci si deve necessariamente chiedere quali siano le condizioni complessive di contesto in cui l’istituto stesso s’inscrive ed opera. Andando al cuore della questione, il Parlamento può “funzionare” se si danno le condizioni politiche perché ciò si realizzi, il che vale come chiedersi quale sia il sistema dei partiti, se la maggioranza che sostiene il Governo è, o no, coesa, se i Governi possono nutrire fondatamente l’aspettativa di durare almeno per un certo tempo, ecc.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina.

Tutto ciò posto, poi, è ovvio che anche le regole giuridiche (costituzionali e non) possono, e devono, fare fino in fondo la loro parte, concorrendo all'obiettivo della "funzionalità" delle Camere e dei meccanismi istituzionali in genere; e, dunque, occorre che si abbia (specie ad opera dei regolamenti camerali) una disciplina adeguata dei procedimenti di formazione della volontà parlamentare, ad oggi troppo farraginosi e mal strutturati, ecc.

2. Mi pare che occorra fare chiarezza sui termini posti nella domanda.

Comincio dalla "rappresentatività". Ho la sensazione che essa sia qui intesa come sinonimo di "rappresentanza proporzionale". Preferisco distinguere tra una *rappresentanza in senso formale* ed una *in senso sostanziale*. La prima si ha comunque, per il mero fatto delle elezioni e quale che sia il sistema adottato di traduzione dei voti in seggi, per effetto della quale viene comunque a costituirsi il rapporto di rappresentanza; la seconda rimanda invece al tipo di sistema stesso, al fine di stabilire se esso sia in grado, o no, e, se sì, in che misura, di assicurare una rappresentazione il più possibile fedele nelle assemblee elettive della geografia politica della società.

L'una e l'altra specie di rappresentanza, comunque, non hanno nulla a che fare con la "rappresentatività", nella sua ristretta e propria accezione che denota l'attitudine dei rappresentanti a farsi carico delle aspettative dei rappresentati, dandovi quindi il seguito conseguente a mezzo dell'attività di governo (in senso lato).

E qui viene in rilievo la "governabilità", che – per una tesi largamente diffusa – sarebbe appagata col fatto stesso della stabilità dei Governi e delle maggioranze che li sostengono.

Il politologo potrà contentarsi di siffatta accezione; il costituzionalista invece, a mia opinione, no. La "governabilità", nella densa accezione con cui la intendo, non si risolve riduttivamente nella mera durata del Governo. Piuttosto, si ha alla sola condizione che le attività di direzione politica, poste in essere nei Paesi a regime parlamentare dal *tandem* Parlamento-Governo, non soltanto rispondano nel massimo grado possibile (alle condizioni oggettive di contesto) alle attese dei governati ma – qui è il punto – si orientino e conformino ai fini-valori iscritti nella Carta e, quindi, diano voce

a quell'etica pubblica repubblicana che si specchia nei valori stessi e che ha senso solo se riesce ad affermarsi attraverso le pratiche diffuse non soltanto dei rappresentanti ma anche, e in primo luogo, degli stessi rappresentati.

Come si vede, il filo del ragionamento ci porta al cuore della questione costituzionale, che è quello in cui si verifica la “rappresentatività” degli stessi... *rappresentati*. Non dobbiamo infatti dimenticare che i rappresentanti non vengono da un altro pianeta ma sono estratti dalla stessa società che sono chiamati a rappresentare. Perché allora meravigliarsi se il marcio che c'è in quest'ultima si riproduce e rispecchia anche al piano alto in cui siedono i rappresentanti?

Tutto ciò posto, si tratta quindi di chiedersi se possano darsi dei rimedi alle storture e complessive carenze tanto della “rappresentanza” che della “governabilità”. Una questione, questa, micidiale, da far tremare le vene e i polsi, come diceva il Poeta. Per ciò che qui se ne può, con la massima sintesi, dire, a me pare che occorra contemporaneamente “lavorare” sia al piano delle *regole giuridiche* che a quello delle *regolarità della politica*, nella consapevolezza che entrambe possono variamente condizionarsi a vicenda.

All'un piano, si rendono indispensabili interventi correttivi a partire dall'alto, dalla Costituzione, e quindi nella legislazione, specie, ma non solo, in quella elettorale: ad es., occorre far luogo ad un'adeguata, seppur contenuta, disciplina delle dinamiche interne ai partiti, tale comunque da non ingabbiare e soffocare l'autodeterminazione di questi (su ciò, subito *infra*). Infine, è necessario far luogo ad una complessiva ridefinizione dei meccanismi di funzionamento delle Camere, attraverso un congruo aggiornamento della disciplina dei regolamenti parlamentari che porti ad una sostanziale revisione dei procedimenti (in primo luogo di quello legislativo, ma non solo di questo). Il Parlamento è il grande malato del sistema istituzionale, perché è in esso che più direttamente arriva il contagio della malattia di cui sono afflitti i partiti, e la legge – come mi è venuto di dire in altri luoghi – è, per molti versi, un ferro arrugginito, inadeguato a far fronte ad un impegno imponente di regolazione sollecitato non soltanto dalle domande crescenti che vengono dalla società ma anche

da vincoli aventi origine esterna (nell'Unione europea e nella Comunità internazionale). Il rifacimento dei meccanismi parlamentari è, dunque, urgente perché dal loro funzionamento dipende il rendimento complessivo del sistema e, perciò, la realizzazione in apprezzabile misura di "governabilità" e "rappresentatività".

Fare buone regole, tuttavia, non basta. Perché le regole stesse possono spingersi solo fino ad un certo punto, oltre il quale il campo è (e dev'essere) rimesso alla coltivazione delle *regolarità* della politica, vale a dire a pratiche e, prima ancora, metodi di fare politica congrui rispetto ai bisogni manifestati dalla società e conformi – come si diceva – ai fini-valori iscritti nella Carta costituzionale.

La questione della "rappresentatività" dei rappresentanti, nondimeno, rimane assai complessa e problematicamente risolvibile in modo complessivamente appagante. La riforma elettorale – com'è chiaro – assume al riguardo centrale rilievo ma non merita di essere sovraccaricata di eccessive aspettative e valenze. E ciò per plurime ragioni, la più rilevante delle quali è data – a me pare – dal fatto che, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, i rappresentanti sono chiamati a tener conto non soltanto delle domande che vengono da coloro che li hanno eletti ma anche di quelle poste da chi non partecipa al fatto elettorale, quali gli stranieri stabilmente residenti e gli immigrati irregolari, nonché (e in considerevole misura) dei *partners* europei, dei mercati internazionali, ecc. La rappresentatività, insomma, ha da essere quanto più possibile "inclusiva", riuscendo a mediare efficacemente tra aspettative di regolazione normativa e di governo in genere che possono anche sensibilmente divergere tra di loro o, diciamo pure, entrare in irriducibile contrasto. La qual cosa si è sempre di più resa evidente, particolarmente con la crescita dell'influenza dei processi economici nei riguardi dei processi politici. Basti solo, al riguardo, rammentare che, nel momento in cui la crisi si è fatta più acuta, molti Governi, tra i quali da noi il Governo Berlusconi, nell'eurozona hanno dovuto gettare la spugna, proprio perché non adeguatamente... *rappresentativi*: a conferma del fatto che il Governo,

nella Costituzione vivente e tanto più in situazioni di crisi economica, è tenuto a godere non soltanto della fiducia delle Camere ma anche, appunto, di quella dei mercati e dei *partners* europei.

Dunque, le misure adottate in ambito interno, al piano delle regole come pure a quello delle regolarità, possono valere solo fino ad un certo punto. Finita la stagione dello Stato nazionale, i condizionamenti che vengono *ab extra* risultano essere sempre più incisivi, sollecitando rappresentanti e rappresentati ad un impegno viepiù gravoso ma anche gratificante, laddove riesca a farsi apprezzare in prospettiva assiologicamente orientata.

3. In primo luogo, tengo a chiarire che secondo il dettato costituzionale in vigore lo stato di guerra non è deliberato dal Parlamento in seduta comune ma con decisione conforme adottata da ciascuna Camera. È, poi, vero che negli accesi e non sempre vigilati dibattiti sulla riforma “Renzi-Boschi” il disposto dell’art. 78 è rimasto nell’ombra, forse a motivo della diffusa e fiduciosa credenza che ci saranno risparmiate – com’è, ovviamente, augurabile – le occasioni perché se ne faccia utilizzo. La estromissione del nuovo Senato da questa come pure da altre competenze a me è parsa subito inopportuna, specie se si conviene che la Repubblica si costruisce – come suol dirsi – dal basso e che un fatto così grave, quale l’entrata in guerra, interessa tutti e coinvolge la Repubblica stessa in ciascuna delle sue articolazioni istituzionali. La estromissione stessa, nondimeno, può apparire coerente con la mancata partecipazione dell’organo alla relazione fiduciaria.

Leggo, in filigrana, nel quesito posto in coda alla domanda un appunto critico. Il rafforzamento del Governo – fatto del tutto naturale in occasione delle vicende belliche e congeniale alla loro gestione, per la quale l’organo, non si dimentichi, viene dotato di poteri straordinari – è, a mia opinione, un obiettivo da perseguire, riforma sì o riforma no. In realtà, abbiamo bisogno contemporaneamente di un *Parlamento forte* e di un *Governo parimenti forte* e di ancora più forti meccanismi di controllo, istituzionali e non, facendo leva sia sull’opera dei garanti (Capo dello Stato e Corte costituzionale in testa) e sia pure sul controllo degli stessi governati (ciò che

rimanda a quanto si diceva in merito alla domanda precedente, per ciò che attiene ai meccanismi di responsabilità attivabili nei riguardi dei rappresentanti).

4. Che i diritti, in ispecie quelli c.d. “fondamentali”, debbano essere riguardati *anche* in chiave economica è cosa che non sorprende. Fa parte, ad es., delle quotidiane operazioni di bilanciamento cui la Corte costituzionale attende in occasione dei suoi giudizi anche l’interrogarsi circa le conseguenze economico-finanziarie discendenti dagli esiti dei giudizi stessi, tanto più se si considera che l’appagamento di alcuni diritti comporta costi notevoli, nella presente congiuntura crescenti. Addirittura, la Corte si è talora spinta fino al punto di sacrificare i canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi, immolandoli sull’altare dei costi, evidentemente giudicati insopportabili (come ha, ad es., fatto con la discussa, e discutibile, sent. n. 10 del 2015, relativa alla c.d. *robin tax*, con cui è stata disinvoltamente messa da canto la regola della rilevanza, che sta a base del meccanismo incidentale, sollecitandosi il giudice *a quo* ad applicare al processo la stessa disciplina legislativa dichiarata costituzionalmente illegittima). In altri luoghi mi sono dichiarato dell’idea che, così facendo, si smarrisca la giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale, con grave snaturamento dei ruoli istituzionali e torsione complessiva del sistema. Il che vale come dire che alle ragioni di ordine economico si può, e si deve, prestare ascolto ma solo fino ad un certo punto e, comunque, pur sempre nel rispetto delle regole che danno l’identità di organi e procedimenti. Oltre una certa soglia, infatti, si avrebbe il sacrificio di beni indisponibili, a partire dalla dignità della persona umana, che malgrado le critiche ricevute seguito a considerare un valore “supercostituzionale”, inalienabile e insuscettibile di partecipare alle ordinarie operazioni di bilanciamento aventi ad oggetto i valori restanti.

5. Le regole concernenti una buona redazione dei testi normativi possiedono generale valenza e la loro osservanza grava, perciò, anche (e, direi, in primo luogo) sul legislatore costituzionale. Aggiungo che, al fine di

assicurare – fin dove possibile – il rispetto delle regole in parola, è opportuno che almeno alcune di esse siano iscritte nella Carta, sì da potersi sanzionare gli atti legislativi che vi si discostino attraverso il loro annullamento ad opera del giudice costituzionale. Ed è chiaro che esse per prime devono dunque essere formulate in termini tali da aversene la sicura intelligibilità da parte sia dei loro destinatari che dei controllori.

Avverto che non desidero ora far cenno alcuno al modo con cui si presentavano gli enunciati del disegno di riforma bocciato dalla prova referendaria del 4 dicembre scorso (alcuni dei quali particolarmente carenti: un esempio per tutti, la qualifica come “raccordo” dell’attività che il nuovo Senato avrebbe dovuto svolgere al piano dei rapporti con gli enti territoriali minori e, soprattutto l’Unione europea, termine che ai miei occhi appare più che giuridico... *autostradale*). Non credo, infatti, che giovi far luogo ad un’analisi che considero sterile, praticamente inservibile.

Ciò posto, una precisazione tuttavia s’impone. Ed è che anche una Carta, quale la nostra, universalmente invidiata e presa a modello (specie dai Paesi che più di recente si sono dotati di una Costituzione d’ispirazione liberale), giudicata mirabile per chiarezza ed efficacia della prosa espressiva, un autentico modello di *drafting* insomma, ha dovuto assoggettarsi a plurime ed incisive “modifiche tacite” – come sono usualmente chiamate –, persino ad opera dei massimi garanti della legalità costituzionale. La Consulta, come si sa, ha praticamente riscritto di sana pianta interi capitoli dell’articolato: così è stato, ad es., per il Titolo V, sia l’originario che quello rifatto nel 2001, e così – è facile previsione – sarebbe stato anche con la riforma “Renzi-Boschi”, tanto più che quest’ultima avrebbe, come si diceva, sollecitato una sua profonda, complessiva rilettura... “sanante”.

In realtà, non credo che la Costituzione possa sottrarsi all’esito della sua continua “riscrittura” ad opera di decisioni politiche, sentenze e pratiche in genere, per la elementare ragione che essa – com’è stato fatto notare da una sensibile dottrina –, più che essere un *atto* è un *processo*; ed iscrivendosi in un contesto dato, risente delle suggestioni e pressioni che vengono dallo stesso, da cui può difendersi – laddove devianti dai fini-valori della Carta – unicamente se attorno alle sue previsioni riescono a formarsi diffusi

consensi, delle autentiche *consuetudini culturali* profondamente radicate nel tessuto sociale ed orientate verso i valori della Carta.

Si ripropone qui – come si vede – la questione di fondo, cui fanno riferimento le precedenti domande, a riguardo della rappresentatività dei rappresentanti e degli stessi rappresentati. Non è, ad ogni buon conto, da escludere neppure la eventualità che le “modifiche” in parola si abbiano a finalità – diciamo così – *migliorativa*, allo scopo cioè di rafforzare il rendimento delle regole costituzionali in rispondenza dei valori fondamentali dell’ordinamento. Ciò che, però, può (e deve) essere vagliato caso per caso e che richiede accertamenti complessi e disagiati, che hanno luogo su un terreno estremamente scivoloso, accertamenti che poi tanto più possono considerarsi attendibili quanto maggiori dovessero essere le adesioni attorno ai loro esiti riscosse. Giudico, nondimeno, sommamente rischioso plaudere ad alcune revisioni costituzionali per via d’interpretazione – ché di questo, a conti fatti, si tratta –, allo stesso tempo in cui si censurano altre modifiche, idonee a mettere sotto *stress* i valori fondamentali o, diciamo pure, a portare al loro sostanziale accantonamento. Sarò, forse, tacciato di essere un inguaribile conservatore ma seguito a ritenere che la via piana per la riscrittura di regole considerate non più adeguate allo scopo che ne ha giustificato l’adozione (in specie, ad assicurare un buon rendimento delle istituzioni) sia quella del loro rifacimento ad opera del legislatore con le forme indicate nell’art. 138. E ciò, dovendosi tenere ferma la tipizzazione dei ruoli (segnatamente al piano dei rapporti tra legislatore e giudici o garanti), smarrendosi la quale verrebbe meno uno dei pilastri portanti dello Stato costituzionale, secondo l’aureo e ad oggi attuale insegnamento dell’art. 16 della Dichiarazione del 1789 che vede appunto nella separazione dei poteri uno dei tratti identificanti l’idea liberale di “Costituzione”.

6. Non dispongo della classica palla di vetro e confesso di non saper rispondere a questa domanda, anche perché i processi politico-economici a livello internazionale ed europeo si presentano particolarmente complessi e soggetti ad imprevedibili mutamenti per effetto di plurimi fattori, tra i quali

una speciale considerazione va riservata a quelli di crisi (terroristica, economica, ecc.). Per ciò che qui, nel modo più sintetico, può dirsi, a me pare che, a motivo della sua posizione strategica, l'Italia possa (e debba) giocare un ruolo non secondario sulla scena europea, e non soltanto per la ragione storica che è tra i Paesi che hanno gettato le fondamenta (ieri delle Comunità e quindi) dell'Unione. Di minor rilievo, invece, quello che può avere sulla scena mondiale, specie in relazione a vicende che maturano lontano dai nostri confini (quali quelle del Medioriente) e che sono governate da regole e regolarità che vanno ben oltre la nostra portata. Se, tuttavia, i nostri governanti sapranno dimostrarsi ancora meglio del passato (e del presente) "rappresentativi", potremo ugualmente, malgrado le forze esigue di cui disponiamo, far sentire la nostra voce, specie in seno all'ONU e ad altre organizzazioni internazionali. Condizione necessaria, ancorché di per sé sola non sufficiente, perché ciò avvenga è, però, che si riesca, da noi come altrove, a restare insensibili al canto ammaliante delle sirene tentatrici del populismo, che potrà, sì, dar voce alla rabbia di masse crescenti di scontenti ma non assicurare la "governabilità", nell'accezione assiologicamente qualificata, poc'anzi indicata.

Una democrazia "populistica", in conclusione, non è una democrazia "decidente", costruttiva; piuttosto, si svilisce da se medesima agli occhi degli altri Stati e della Comunità internazionale, senza riuscire a tradurre nella pratiche quotidiane di governo l'etica pubblica repubblicana e i valori costituzionali che la compongono e sorreggono.

Antonino Spadaro *

1. La domanda – oltre che spudoratamente faziosa – è mal posta.

Punto I: perché mai – semplicemente ricordando l'ovvio: ossia che quasi ovunque nel mondo, non solo in Europa, i sistemi bicamerali *non* sono paritari – si scadrebbe «inevitabilmente» nella «fallacia descrittivistica»?

Punto II: dove sta scritto che il «nodo centrale» della questione è se una democrazia può funzionare anche con un Parlamento bicamerale paritario? Ad ogni modo, mi attengo al testo e provo a riflettere sui due punti.

Punto I.

Quanto alla prima affermazione, mi pare evidente che tentare di “descrivere” la realtà, anche in un quadro comparato, non sia affatto una forma di fallacia, ma semmai costituisca la base conoscitiva indispensabile per una corretta valutazione della stessa. Mi sembra, perciò, che qui si confonda la mera constatazione del “fatto” della larghissima prevalenza nel mondo dei sistemi di bicameralismo non paritario con la “valutazione” di tale fatto, per altro considerata *implicitamente* favorevole a tale modello e non all'anomala eccezione paritaria tutta italiana.

S'intende che non potrebbe essere sufficiente il mero dato “quantitativo” per determinare la bontà di una scelta, ma è anche vero che di tale dato bisognerebbe pur tener conto. Altrimenti detto: non potrebbe sostenersi che siccome la gran parte degli altri Paesi ha istituzione “diverse”, le nostre perciò stesso sono “sbagliate”. Ma è anche vero che, per valutarle onestamente, è necessario *conoscere* la realtà, non solo la nostra, e “prendere atto” che nel mondo, guarda caso, il bicameralismo *di solito* si declina in forma *non* paritaria, per ragioni (storiche, politiche, culturali e, va detto, anche tecniche) così evidenti che nemmeno è il caso, qui, di elencarle. Basti ricordare, del resto, che tali ragioni erano evidentissime agli stessi padri costituenti del 1946-1948, che infatti hanno ammesso di esser stati “costretti” all'anomala scelta di un sistema paritario solo dal peculiare contesto politico dell'epoca. Difendere, oggi, tale modello “astratto” (nel

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.

caso italiano aggravato dalla più numerosa compagine dei parlamentari del mondo, circa un migliaio, in rappresentanza di appena 61 milioni di persone) è piuttosto patetico.

Ma, per la verità, c'è di peggio. Spesso si è invocata la bontà del bicameralismo perfetto o paritario sulla base di due noti argomenti: *a)* le Camere, quando vogliono, riescono comunque ad approvare rapidamente un disegno di legge; *b)* la continua ri-approvazione del testo (c.d. *navetta*) fra le due Camere in ogni caso assicura una migliore ponderazione del testo legislativo.

Quanto alla lettera *a)*: è vero, ma si tratta di eccezione e non di regola. Non solo: si dimentica che, oltre a limitare il potere, scopo del diritto costituzionale dovrebbe essere quello di introdurre elementi di razionalità nella politica, spesso lenta, polemica, verbosa, divisa se non rissosa. La “differenziazione” delle funzioni fra le due Camere avrebbe dovuto facilitare la *funzionalità* delle istituzioni. Insomma, se è vero che – *quando vogliono* – i parlamentari italiani *possono* approvare rapidamente una legge, è ancor più vero, come si sa, che di rado lo *vogliono*. Naturalmente possono “non volerlo” sia con due Camere differenziate nelle funzioni, sia con due Camere che fanno esattamente la “stessa” cosa, ma certo mettere d'accordo circa 1000 persone, divise in due gruppi con poteri di veto “reciproci”, su un testo “identico” financo nelle virgole, certo non facilita le cose. Il diritto serve, o dovrebbe servire, proprio per “semplificare” e non “complicare” i processi decisionali. Due Camere che fanno la “stessa” cosa, per “più” volte, invece *moltiplicano* il procedimento legislativo, senza alcun vero vantaggio: quindi tendenzialmente lo *rallentano* inutilmente. La necessaria riforma della *politica* non può prescindere dalla riforma del *diritto* che si occupa della politica. Attribuire solo alla politica la responsabilità delle attuali disfunzioni, significa far abdicare al diritto – e segnatamente al diritto costituzionale – la sua funzione di contenimento e razionalizzazione della politica. In ogni caso, da decenni quasi tutta la dottrina riconosce che avremmo bisogno di una seconda Camera funzionalmente diversa, auspicabilmente che rappresenti le autonomie.

Quanto alla lettera *b*), può accadere che il testo legislativo approvato da due Camere paritarie sia migliore, perché più ponderato, ma non è affatto detto che ciò accada: la qualità di un disegno di legge non dipende, almeno non in via essenziale, da questo. Anzi, forse, *più spesso*, è vero esattamente il contrario, ossia che un progetto di legge – soggetto al tortuoso e ripetitivo iter legislativo del bicameralismo paritario – si riveli, alla fine, semplicemente meno netto e chiaro, perché invece più complesso e “compromissorio”.

In ogni caso, anche questi ultimi due argomenti ricordati, al pari di tutta la questione qui accennata, sono del tutto irrisonanti: la stragrande maggioranza degli studiosi italiani, e non solo, riconosce che sarebbe meglio adottare, *anche in Italia*, un “bicameralismo differenziato”, ciò naturalmente ben al di là della proposta Renzi-Boschi, che – *ça va sans dire* – può essere considerata buona o cattiva.

Paradossalmente, quindi, il vero problema non è il riconoscimento *teorico* che il bicameralismo paritario costituisca un “vecchio arnese” – cosa su cui siamo tutti (o quasi) d’accordo – ma con “cosa” *praticamente* sostituirlo, questione su cui invece permangono significativi disaccordi. Insomma, la premessa della domanda, come si diceva, è faziosa (non v’è alcuna «fallacia descrittivistica») e devia il lettore dal reale problema: l’assurdo di avere due Camere la cui composizione è “numerosa” e che fanno la “stessa cosa”.

N.B.: ciò, ben al di là della bontà, o inadeguatezza, della riforma Renzi-Boschi.

Punto II

Non solo la premessa di cui al primo punto, ma anche la domanda di cui al secondo punto è mal posta. È evidente, infatti, che una democrazia «può funzionare anche con un Parlamento bicamerale paritario». Che domanda è? Tutti sanno che il Parlamento bicamerale paritario italiano ha regolarmente “funzionato” dal 1948 ad oggi e sta continuando a funzionare, dopo la bocciatura della riforma costituzionale. Perché, dunque, *improvvisamente* non dovrebbe funzionare “più”? Com’è – o dovrebbe

essere – noto, una democrazia “funziona”, può funzionare, con un Parlamento:

- *monocamerale*;
- *bicamerale strutturalmente e funzionalmente differenziato*;
- *bicamerale strutturalmente differenziato e funzionalmente paritario* (il caso italiano);
- *bicamerale strutturalmente e funzionalmente paritario*.
- *multicamerale* (nella ex Jugoslavia, per esempio, il Parlamento era addirittura “pentacamerale”).

La democrazia “funziona”, può funzionare, con ciascuno di tali modelli, esattamente come la democrazia “funziona” con diversi sistemi elettorali: ora con un sistema elettorale proporzionale, ora maggioritario, ora misto.

Per restare al tema, la domanda, perciò, non è – o non dovrebbe essere – se una democrazia “funziona” *anche* con un bicameralismo paritario, ma semmai, se una democrazia può funzionare *meglio* con un bicameralismo funzionalmente differenziato. La questione, insomma, non è se il nostro Parlamento ha funzionato, ma se ha funzionato “bene”, e quindi, ove esso si sia rivelato – come dire? pletorico e farraginoso – se possa funzionare “meglio” con le opportune revisioni costituzionali.

Ora, anche su questo punto, non penso ci possano essere molti dubbi: tutti (o quasi) riconoscono, mettiamola così: una certa inefficienza, una notevole pletoricità, non pochi sprechi e una non trascurabile farraginosità nel nostro procedimento legislativo derivante dal modello del bicameralismo funzionalmente paritario. Quindi credo che, se non tutti, quasi tutti – a cominciare dagli stessi costituenti, non ultimo, fra questi, il grande costituzionalista calabrese Costantino Mortati – concordino sul fatto che una differenziazione funzionale potrebbe far funzionare “meglio”, molto meglio, il nostro bicameralismo.

Ci sono poi persone che – siccome una cosa “funziona”, *anche se imperfettamente* – pensano che “è meglio” non toccarla, come se fosse impossibile *migliorare* la realtà. Rispetto questo punto di vista, ma non è il mio: credo non si debba avere paura di provare a *riformare*, beninteso *in melius*, la realtà.

Ad ogni modo, non è un «nodo centrale» se la democrazia “funziona” con questo o quel sistema camerale: perché funzioni la democrazia è sufficiente che ci sia un Parlamento regolarmente eletto.

N.B.: Al solito, quanto detto va ben al di là della bontà, o inadeguatezza, della riforma Renzi-Boschi.

2. Ancora una volta ho forti dubbi sulla correttezza della domanda, visto il carattere assiomatico, e quindi apparentemente non discutibile, delle premesse. Si potrebbe, per esempio, discutere se “davvero” il connubio fra revisione costituzionale c.d. Renzi-Boschi e la legge elettorale c.d. *italicum* “sacrifici” irrimediabilmente «sull’altare della governabilità il valore della rappresentatività». La cosa è vera solo in parte, ma ci vorrebbe molto tempo e spazio: rinvio, dunque, a quanto ho cercato di spiegare in AA.VV., *Forum sull’Italicum, Nove studiosi a confronto*, a cura di A. Ruggeri - A. Rauti, Torino 2015.

Così pure, se forse è vero che «la tecnocrazia dell’Unione Europea e l’oligarchia del mondo delle finanze hanno poco interesse per la rappresentatività democratica» – ma la cosa andrebbe ben argomentata e ho molti dubbi che si possa sostenere in modo così *tranchant*, almeno per le istituzioni europee – è a dir poco discutibile l’idea che “solo” tali soggetti sovranazionali chiedano agli Stati nazionali «governi stabili».

A ben vedere, la richiesta di «stabilità dei governi» è invece un’esigenza diffusa che va ben oltre le logiche del mercato e che appare di buon senso anche in una prospettiva strettamente giuridica (tecnico-istituzionale), ma – si noti bene – con ogni evidenza essa non è nella disponibilità *esclusiva* del diritto (e quindi della c.d. ingegneria) costituzionale, né della volontà (più o meno arbitraria) delle forze politiche.

Provo quindi, sulla base di questi chiarimenti, a rispondere alla domanda. Proprio perché, come si diceva, la «stabilità di governo» è un valore che non dipende “solo” dal sistema *giuridico* o “solo” dal sistema *politico*, ma da entrambi – beninteso insieme ad altri fattori (internazionali, economici, ecc.) – occorre un buon “equilibrio” principalmente fra entrambi i sistemi, equilibrio che a sua volta è sempre instabile e diverso a seconda del

contesto storico. Naturalmente, in particolare, il sistema giuridico-costituzionale, la legge elettorale e il sistema dei partiti sono, da *sempre*, tre fra i principali fattori che determinano la forma di governo di un Paese, ma è il concreto modo con cui questi tre fattori o “variabili” di volta in volta si combinano nel corso del tempo che ci permette di stabilire se prevalga la *governabilità* o la *rappresentatività*.

Non è dunque vero che «per assicurare la governabilità è *sempre* necessario sacrificare la rappresentatività», ma purtroppo neppure è vero automaticamente il contrario. Essendo comunque sempre in gioco – come in un sistema di vasi comunicanti – tutte e tre le variabili ricordate, la prevalenza ora dell’una (governabilità) ora dell’altra (rappresentatività) non può essere stabilita *separatamente* l’una dalla altra, né tantomeno *a priori*. Direi di più: sarebbe illusorio e piuttosto presuntuoso ritenere che “sempre” *debba* prevalere l’una o l’altra. Per quanto possa sembrare paradossale, possono invece esserci periodi storici in cui è bene che prevalga l’una, ora l’altra, e ciò nello stesso interesse del popolo di un Paese.

Ferma restando la naturale mutevolezza del sistema politico, la “delicatezza” di qualunque modifica delle altre due variabili (il sistema elettorale e il testo costituzionale), dunque, imporrebbe che tali modifiche siano sempre fatte non da ristrette – seppur legali – maggioranze, ma siano piuttosto espressione di un vasto consenso parlamentare e popolare, visto del resto che anche la legge elettorale, per quanto ordinaria, può essere considerata materialmente costituzionale.

In Italia ciò non è veramente accaduto per le più recenti leggi elettorali (c.d. *Porcellum* e c.d. *Italicum*), né con la riforma del Titolo V della parte II della Costituzione voluta dal centro-sinistra nel 2001, né con la riforma del centrodestra voluta da Berlusconi nel 2006, mentre paradossalmente è accaduto, sia pure in modo del tutto insolito, in occasione di quest’ultimo referendum sulla riforma costituzionale c.d. Renzi-Boschi, visto che non è stata la minoranza, ma meritoriamente la stessa maggioranza parlamentare, che pure aveva già vinto alle Camere, a volere il referendum, ossia che ad esprimersi fosse esplicitamente l’intero corpo elettorale. È, questo, un punto su cui forse non si riflette abbastanza, mentre si è teso

discutibilmente ad accentuare la spaccatura di un Paese chiamato a decidere, in fondo con serenità e correttamente, fra il «si» e il «no».

3. Il quesito è francamente delirante e sono in forte imbarazzo a provare a rispondere. Ma ormai proseguo.

Intanto non spetta, come dice l'estensore della domanda, al Parlamento in seduta comune (organo collegiale), ma al Parlamento *tout court* (organo complesso) la competenza a deliberare lo stato di guerra.

In secondo luogo, sull'irrilevanza intrinseca – al tempo degli attuali conflitti globali, anche terroristici (guerra *continua e totale, a singhiozzo e asimmetrica*) – della c.d. “dichiarazione dello stato di guerra” di cui all’art. 78 Cost. anche l'estensore della domanda *sembra* avere una qualche percezione, senza tuttavia trarne alcuna conclusione di buon senso.

In ogni caso l'idea che – ove fosse stata approvata la riforma della Costituzione – un Governo italiano comunque avrebbe potuto «rafforzare i suoi poteri all'interno di uno “stato d'eccezione”» è letteralmente senza né capo né coda. Infatti, com'è noto, a differenza di altri, nel nostro ordinamento costituzionale *non esiste* – né sarebbe esistito, anche ove fosse stata approvata la riforma – alcun tipo di «stato di eccezione». Dunque, solo una mente dalla fantasia incontrollata e palesemente “mal disposta” può immaginare siffatto esito.

Naturalmente tutto, in teoria, è possibile, anche che si pervenga a una dittatura, ma *in via di fatto*, certo non *di diritto*.

Il sospetto «tentativo di rafforzare l'Esecutivo», destinato a gestire un inesistente “stato di eccezione”, qui viene affermato semplicemente sulla base del fatto che il Governo, qualunque Governo, avrebbe avuto – come se si trattasse di peccato mortale e non di fatto auspicabile in un Paese normale – «una forte maggioranza in Parlamento» (per altro necessaria, visto il premio di maggioranza).

Purtroppo costruire – sulla base della semplice proposta di riforma costituzionale c.d. Renzi-Boschi – l'incubo di maggioranze favorevoli a svolte autoritarie palesemente *contra Constitutionem* non è solo pura fantasia, ma agghiacciante pregiudizio politico ed indice eloquente della

continuità nel processo di disinformazione, persino dopo lo svolgimento del referendum.

4. Non ho ben compreso cosa esattamente si chieda, ma credo che il rapporto «fra diritto ed economia» cui si accenna in conclusione *dovrebbe essere* quello che traspare dalla Costituzione del 1948, senza per altro poter ignorare la radicale evoluzione (o involuzione) economica che da allora si è determinata fino ai nostri giorni.

Senza necessariamente rispolverare la nota tesi di Carlo Lavagna sul carattere socialista della nostra Carta, è evidente che il Costituente, come si sa, immaginava di costruire una società se non socialista, almeno *quasi-socialista* e comunque di dar vita a uno *Stato sociale*, con una economia mista a forte presenza pubblica (nei servizi essenziali, nell'imprenditoria, ecc.), con un'impresa (art. 41) e una proprietà (art. 42) private funzionalizzate socialmente, significativi poteri statali di espropriazione e nazionalizzazione (art. 43) e un grande ruolo dei lavoratori anche dentro le imprese: si pensi, per tutti, alla "cogestione" di cui all'art. 46 Cost., rimasta inattuata.

Questo iniziale modello politico-economico, forse idealista ma a mio avviso nobile e saggio, risentiva fortemente del contesto storico in cui era stato proposto. Oggi può dirsi che esso è stato non tanto *superato*, quanto semplicemente *ignorato* negli anni successivi, fino ad arrivare – di fronte all'enorme debito pubblico in atto – agli opposti e attuali fenomeni della progressiva riduzione della presenza dello Stato nell'economia, alle diffuse liberalizzazioni, ai processi di privatizzazione, ecc. Tali trasformazioni, invero non tutte negative, possono essere sintetizzate come il tentativo di passaggio da un improbabile *Stato sociale* (mai perfettamente realizzato in Italia, a favore invece di uno *Stato assistenziale*) a un più gestibile *Stato sussidiario* (sicuramente positivo, in sé, ma a condizione che non si dimentichino, nel tempo, le conquiste dello Stato sociale).

Purtroppo l'attuale processo di globalizzazione, che presenta aspetti positivi e negativi, insieme alla crisi economica che si trascina dal 2008, non sempre hanno aiutato la tutela dei diritti sociali.

In teoria, l'etica dovrebbe ispirare la politica e la politica dovrebbe, grazie al diritto, governare l'economia. *In pratica*, invece, spesso la finanza condiziona l'economia e l'economia la politica, la quale, a sua volta, usa il diritto per recepire/razionalizzare le istanze del mercato. Per questo, i *diritti sociali* costituzionalmente protetti continuano ad essere, in questo contesto, a forte rischio. Ma la proposta di riforma costituzionale non toccava direttamente questi aspetti.

Altra e ben diversa questione è quella, giusta e non procrastinabile, della "riduzione dei costi della politica" e dei poteri della c.d. "casta politica", cui la riforma aveva cercato comunque di dare una prima, sia pure insufficiente, risposta e che ora, a riforma bocciata, sembra di nuovo messa da parte. Insomma: il bene (che c'era nella riforma, anche se parziale) forse era preferibile al meglio (che – com'era prevedibile – oggi non c'è, nemmeno in vista).

5. Domanda retorica, quindi stucchevole: è ovvio che la "forma" dei testi legislativi, a maggior ragione se costituzionali, *deve* essere di buona fattura, quindi come minimo «chiara». Ma ho forti dubbi che ci sia, e ci possa essere, uniformità di vedute su quando un testo giuridico sia veramente «elegante». Nel caso di specie, a me pare che il testo della riforma costituzionale – come tutte le umane cose – poteva essere migliore, ossia poteva essere scritto meglio nella *forma* e pensato meglio nella *sostanza*. Poteva..., ma non mi pare che contenesse errori *stricto sensu* intesi, ossia vere e proprie «incongruenze logiche», cui invece fa cenno il quesito (e, in questo caso, la forma coincide con la sostanza). E certo non meritava tale qualificazione il criticatissimo, ma comunque funzionale, art. 70. Altra cosa è la presenza di varie omissioni, carenze, imperfezioni, ecc.

Ma nulla di ciò che è umano è perfetto, per cui – ricordo ancora – che, spesso, il meglio (che non c'è e non si vede) è peggio del bene (che poteva esserci ed essere perfezionato ed implementato).

6. È difficile rispondere a questa domanda, comunque largamente *eccentrica* rispetto alla concreta "tematica" – riforma e post-riforma

costituzionale – che, nella premessa iniziale, pure si dichiarava di voler affrontare. Ma per la verità, anche i precedenti quesiti hanno solo “sfiorato” – senza mai penetrare *funditus* (o, come si diceva durante la campagna elettorale, senza mai entrare veramente *nel merito*) – le proposte referendarie.

Ciononostante provo a dire qualcosa sul futuro dell’Italia, come richiesto.

Sorvolo sugli effetti internazionali, non esattamente positivi, che la netta prevalenza dei «no» al referendum costituzionale ha prodotto, almeno a mio avviso (ma non solo), sull’Italia.

Più in generale, per storia, cultura, peso economico, politico e geo-strategico l’Italia rimane uno dei fondatori dell’Unione Europea e tra i componenti del G8. Potrebbe essere definita una “media potenza regionale”, ma senza ulteriori illusioni. Infatti, a differenza del R.U. e della Francia, potenze nucleari ed ex coloniali con ambizioni più globali, e della stessa Spagna, ben più debole ma che può contare sull’enorme spazio linguistico-culturale ispano-americano (tutto il Centro- e quasi tutto il Sud-America), l’Italia ha uno spazio di proiezione strategica più contiguo: nonostante i suoi immigrati e i suoi interessi spazino in tutto il mondo, essa costituisce “soltanto” il principale Paese di riferimento per tutti gli Stati nel bacino del Mediterraneo, esattamente come la Germania svolge un’analogha funzione nei confronti del centro Europa.

Oltre questo spazio a Sud (da intendersi come apertura naturale verso l’altra sponda del Mediterraneo, in genere al Medio Oriente e al corno d’Africa: il c.d. «Mediterraneo allargato»), le altre due tradizionali costanti della nostra politica estera sono l’adesione convinta all’Unione Europea e l’alleanza con gli Stati Uniti, attraverso la Nato. All’interno di questo contesto, all’Italia è riconosciuta una funzione importante ed essa giustamente rivendica un ruolo storico. In particolare, l’Europa è il naturale sbocco (economico, commerciale, politico...) per noi, nonostante la crisi in cui il Vecchio continente si dibatte.

Ma nulla di più: non dimentichiamo che, in questo momento, a fatica l’Italia è riuscita a conquistare un seggio, per altro condiviso con l’Olanda, al Consiglio di sicurezza dell’ONU.

Chiaramente la credibilità italiana nel mondo potrebbe essere molto maggiore se invece avessimo una maggiore solidità *economica* e *politica*. Se – in altri termini – riuscissimo a: *a)* ringiovanirci, invertendo il tasso demografico in atto; *b)* essere più competitivi sui mercati internazionali e *c)* essere più stabili sul piano politico (la *stabilità di governo*, cui prima si accennava).

Per ottenere questi tre risultati occorrono non poche, radicali *riforme*, che mirino a “svecchiare” la società (politiche per la famiglia) e l’amministrazione (dall’università, alla giustizia, dagli enti locali al mercato del lavoro, ecc.), non senza dimenticare che l’Italia sembra invece un Paese “fermo”, perché sempre più vecchio, soggetto a terribili populismi e chiusure xenofobe, incapace di rinnovare la classe politica e “distuggere” i localismi, i particolarismi e i corporativismi, che – persistendo – rischiano invece di favorire la decadenza italiana. Il difetto italiano maggiore, sotto quest’aspetto, è una sorta di eterno *gattopardismo*, la tendenza solo a fingere di cambiare e, quindi, l’incapacità di *riformarsi* profondamente.

L’Italia e l’Europa potranno contenere il declino solo se accetteranno il rischio delle “novità” cui devono far fronte, immaginando radicali e coraggiosi cambiamenti generali. Quali? In netta controtendenza con l’opinione credo più diffusa, dico: nel bel Paese, anche costituzionali; nel Vecchio continente, in senso autenticamente federale.

Ma è evidente, almeno a chi scrive, che tutti i Paesi del mondo – e non certo solo l’Italia e l’Europa – dovrebbero cominciare ad interrogarsi lucidamente e coraggiosamente su alcuni dati essenziali: si può immaginare ancora, invece di una nuova “sobrietà”, un *sviluppo inarrestabile*? Ha senso continuare a percorrere la via del capitalismo *neo-liberale* in economia? Fin quanto si potrà tollerare la continua crescita delle *diseguaglianze* fra le persone ed i popoli della terra (prima che invasioni e guerre mondiali mettano tutto a soqquadro)? Ci rendiamo conto che, per quanto affidamento si faccia nelle tecnologie, le risorse naturali sono “finite” e il mondo è sull’orlo di un’inarrestabile *crisi ecologica*? L’Italia – culla di antiche civiltà, sede della Chiesa di Roma, e il cui popolo è tradizionalmente

solidale – coraggiosamente potrebbe far molto per “inaugurare” nuove scelte economiche, nuovi approcci internazionali, nuovi stili di vita, ecc.

In breve, direi che il futuro dell’Italia è «costruire ponti», non muri e barricate. Ma lo vogliamo veramente?