

M. DI MASI, M. FALCONE, M.C. LOCCHI

(A CURA DI)

G. BERTI DE MARINIS, E. CONTU, A. GUERRIERI

(CON IL COORDINAMENTO DI)

PROPOSTE PER UN DIRITTO DEL TERZO MILLENNIO

ATTI DEL CONVEGNO
"VISIONI DEL GIURIDICO" 2014

VOL. I



2015



Maurizio Di Masi
Matteo Falcone
Maria Chiara Locchi
(A CURA DI)

Giovanni Berti de Marinis
Elisa Contu
Angela Guerrieri
(CON IL COORDINAMENTO DI)

PROPOSTE PER UN DIRITTO DEL TERZO MILLENNIO

**Atti del Convegno
“Visioni del Giuridico” 2014**

VOLUME 01

ISBN: 978-85-7696-151-2



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA**



2015

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Universidade de Perugia (Itália)**Organizadores**

Maurizio Di Masi

Matteo Falcone

Maria Chiara Locchi

Coodenadores

J Giovanni Berti de Marinis

Elisa Contu

Angela Guerrieri

Autores

Pier Giuseppe Monateri

Alessandra Pioggia

Stefania Sartarelli

Elisa Contu

Maurizio Di Masi

David Crescenzi

Michela Patti

Giada Ragone

Benedetta Vimercati

Raffaele Claudio Ragoni

Matteo Falcone

Giovanni Berti de Marinis

Maria Grazia Carnevale

Antonio Vincenzo Castorina

Carlo Vittorio Giabardo

Mauro Grondona

Francesca Rosa

Angela Guerrieri

Maria Chiara Locchi

Favorita Barra

Chiara Bigotti

Luca Di Majo

Federico Losurdo

Enrico Mauro

Vincenzo Russo

Luca Sticchi

Capa

Daniele David

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Rafaela Borgo Koch

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da colaboração da produção científica entre as Universidades de Perugia(Itália) e a Univali(Brasil) com o objetivo de divulgação, compartilhamento e produção do conhecimento jurídico, Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



UNIVALI

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

P945 Proposte per un diritto del terzo millennio : [recurso eletrônico] Atti del Convegno "Visioni del Giuridico" 2014 vol. 1 / Maurizio Di Masi, Matteo Falcone Maria Chiara Locchi, (a cura di); Giovanni Berti de Marinis, Elisa Contu, Angela Guerrieri (con il coordinamento di) - Dados eletrônicos. – Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: UNIVALI, 2015.

Trabalhos apresentados na Conferência realizada no Departamento de Direito da Universidade de Perugia 10-12 julho de 2014.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários autores.

ISBN 978-85-7696-151-2 (e-book)

1. Direito – Pesquisa. (Itália). 2. Direito – Pesquisa. (Itália). 3. Direito (Itália) Discursos, ensaios, conferências. 4. Pluralismo (Ciências Sociais). 5. Pluralismo jurídico. I. Di Masi, Maurizio. II. Falcone, Matteo. III. Locchi, Maria Chiara. 4. Marinis, Giovanni Berti de. 5. Contu, Elisa. 6. Guerrieri, Angela. 6. Título.

CDU: 340(082)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

INDICE

PRESENTAZIONE.....	7
CALVINO E LE LEZIONI AMERICANE: LA VISIBILITÀ DELLA LEGGE	
Pier Giuseppe Monateri	9
VISIONI DEL GIURIDICO TRA ORDINE RAZIONALE E CAOS UMANO. RIFLETENDO SUL RECENTE LIBRO DI GIULIO NAPOLITANO SULLA LOGICA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO	
Alessandra Pioggia	20
IL FATTORE CULTURALE-RELIGIOSO E IL DIRITTO PENALE: ALCUNE OSSERVAZIONI	
Stefania Sartarelli	26
LEGGEREZZA	
Elisa Contu.....	42
Maurizio Di Masi	42
IL DIRITTO AL MATRIMONIO E ALLA VITA FAMILIARE DELLE COPPIE <i>SAME-SEX</i> AL TEMPO DELLA “NAZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA”: UNA PROPOSTA DI CONCILIAZIONE SULLA BASE DELLA LEGGEREZZA DEI PRINCIPI DI <i>HUMANITAS EX ARTT. 2, 3 E 29 COST</i>	
David Crescenzi	53
LA VITA TRA DIRITTO E NON DIRITTO. FUTURO ALLE SPALLE?	
Michela Patti	74
LIGHTNESS, LAW AND NEUROSCIENCES: A NEW TOOL TO PROTECT THE UNRESPONSIVE PATIENT’S SELF-DETERMINATION?	
Giada Ragone	99
Benedetta Vimercati	99
I DIRITTI DEL NUOVO MILLENNIO. LA LEGGEREZZA COME ULTIMA SCELTA: IL “DIRITTO SUL FINE VITA”	
Raffaele Claudio Ragoni	113
RAPIDITÀ	
Matteo Falcone	129
Giovanni Berti de Marinis	129
IL DIRITTO E LA PASSIONE DEL MODERNO	
Maria Grazia Carnevale.....	140
RAPIDITÀ E LIBERALIZZAZIONI	
Antonio Vincenzo Castorina.....	150
TEMPO E DIRITTO: ALCUNE CONSIDERAZIONI A PROPOSITO DELLA TUTELA CIVILE DEI DIRITTI NELL’EPOCA DELLA GLOBALIZZAZIONE	
Carlo Vittorio Giabardo	163

IL TEMPO «NELLE» CLAUSOLE GENERALI	
Mauro Grondona	179
IL SENSO DEI PARLAMENTI PER IL TEMPO	
Francesca Rosa	187
ESATTEZZA	
Angela Guerrieri	201
Maria Chiara Locchi.....	201
DELLA CERTEZZA NEL DIRITTO	
Favorita Barra.....	211
GARANTISMO PENALE E <i>LAW IN ACTION</i> NEL DIALOGO TRA ORDINAMENTI INCOMPLETI	
Chiara Bigotti.....	225
TRA SEMPLIFICAZIONE E SEMPLICITÀ. BREVI RIFLESSIONI PER UN ORDINAMENTO GIURIDICO ... DI QUALITÀ	
Luca Di Majo.....	245
BEYOND CERTAINTY. ABUSE OF RIGHTS AND BALANCING IN CONTEMPORARY JURISPRUDENCE	
Federico Losurdo.....	261
APPUNTI SU TEMPO ESATTO E TEMPO OPPORTUNO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA LEGGE ITALIANA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO	
Enrico Mauro.....	272
ABUSO DEL DIRITTO E TEORIA DEI GIOCHI - UN'ANALISI CARTESIANA	
Ramon Romano.....	283
ETERARCHIA GIURIDICO-POLITICA E ANACRONISMO SEMANTICO: RIFLESSIONI SULLA SOCIETÀ GLOBALE	
Vincenzo Russo	306
(IN)CERTEZZA E (IN)STABILITÀ DEGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI: <i>IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO!</i> L'ESATTEZZA NEL LINGUAGGIO GIURIDICO	
Luca Sticchi.....	323
CURATELA E COORDINAMENTO SCIENTIFICO DEL VOLUME	339

PRESENTAZIONE

Il volume raccoglie gli Atti del Convegno “Proposte per un diritto del terzo millennio”, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia dal 10 al 12 luglio 2014.

Il Convegno, organizzato a partire da una *call for papers* rivolta a giovani giuristi e studiosi delle scienze sociali, ha preso le mosse dalle *Lezioni americane* di Italo Calvino e si è articolato intorno alle sue proposte per il nuovo millennio – leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità, *consistency* – con un invito alla riflessione sulla necessità di un continuo confronto con le esperienze giuridiche globali e locali e una costante sensibilità (e permeabilità, in alcuni casi) delle discipline giuridiche verso le altre scienze che, al loro pari, studiano la società o analizzano, con propri strumenti, il fatto giuridico, la sua nascita, la sua evoluzione e il suo impatto sulla società.

Il Convegno “Proposte per un diritto del terzo millennio” ha rappresentato la prima occasione di confronto nell’ambito di “Visioni del Giuridico/*Legal Imagination(s)*”, un percorso di riflessione animato da un collettivo di dottorandi, post-doc e ricercatori dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze Politiche dell’Università degli Studi di Perugia, con l’intento di indagare in che modo il Diritto si rapporta ed entra in contatto con gli altri Saperi. Il pluralismo sociale e culturale nel quale si trova ad operare il giurista della società globalizzata, infatti, implica sempre più spesso il bisogno di confrontarsi con sistemi giuridici e socio-culturali differenti, con una concezione del diritto che si caratterizza per la sua dimensione multilivello e necessariamente interdisciplinare. Il progetto “Visioni del giuridico/*Legal Imagination(s)*” è volto, quindi, a raccogliere i contributi di coloro i quali sentono la necessità di cimentarsi in approcci comparatistici all’interno della propria disciplina di studio, sollecitando gli studiosi delle diverse discipline giuridiche e sociali a dialogare sull’importanza della comparazione – tra diritti e tra il diritto e le altre scienze sociali – di fronte al mutato scenario che il diritto del nuovo millennio ci offre.

È stato possibile realizzare il Convegno “Proposte per un diritto del terzo millennio” grazie al supporto dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze Politiche dell’Università degli Studi di Perugia e dell’ADiSU (Agenzia per il Diritto allo Studio universitario dell’Umbria) in qualità di ente

co-organizzatore –, alla collaborazione di ELSA (The European Law Students' Association) Sezione di Perugia, di AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) Sezione di Perugia, nonché grazie al patrocinio del Comune di Perugia. Si ringrazia inoltre L'UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí) per aver reso possibile la pubblicazione degli Atti del Convegno.

CALVINO E LE LEZIONI AMERICANE: LA VISIBILITÀ DELLA LEGGE

Pier Giuseppe Monateri¹

1. INTRODUZIONE: OGGETTO E METODO DELL'ANALISI

Lo scopo di questo saggio è di ridiscutere il famoso "memo" di Calvino ai giovani dal punto di vista: 1. della "visibilità" della legge; 2. di alcune ambiguità essenziali dell'opera narrativa e critica di Calvino; 3. di ciò che oggi tutto ciò può significare, in presenza, come siamo, di una sorta di "Calvino Reinassance".

Nel far ciò in questo saggio mi avvarrò della metodologia di analisi di "Legge e Letteratura", definita come l'applicazione delle tecniche della critica letteraria a testi non giuridici al fine di una riflessione sulla legge stessa come loro contenuto. In questo senso il mio approccio a legge e letteratura si identifica volontariamente con quello di Wigmore², e del suo "pictorial method" quale pietra essenziale della stessa comparazione giuridica.

Per metodologia di analisi critico-letteraria intendo qui soprattutto riferirmi ancora alla tecnica del "Close Reading" dei testi sviluppata dalla Scuola di Yale. Non vi è quindi nulla di particolarmente rivoluzionario nel mio approccio, anzi esso potrebbe semmai apparire fin troppo classico e conservatore. Ma ciò mi serve proprio per dimostrare quanto di radicale possa essere ottenuto *proprio* ricorrendo ad una metodologia ormai classica. Nel far ciò prenderò quindi in considerazione il memo di Calvino, e una filologia delle sue lezioni americane per giungere poi ad alcune considerazioni generali su quella che ho definito come "Geopolitica" del diritto³, quale dispositivo globale di unificazione del mondo attraverso la sua scomposizione in differenti *stili* giuridici di amministrazione degli spazi giurisdizionali.

¹ Professore ordinario nell'Università di Torino, Visiting Professor ScincesPo, Paris, International Academy of Comparative Law, New York.

² WIGMORE, John Henry. **A Panorama of the World's Legal Systems**. St. Paul, West Pub. Co., 1928.

³ MONATERI, Pier Giuseppe. **Geopolitica del diritto**. Roma: Laterza. 2013.

2. IL MEMO DI CALVINO E LE LEZIONI AMERICANE

Come è noto il "memo" di Calvino è stato scritto direttamente in inglese e contiene le seguenti parole indirizzate ai "giovani" di allora: 1. Lightness; 2. Quickness; 3. Exaxtitude; 4. Visibility; 5. Multiplicity; 6. Consistency (nell'originale scritta con una maggiore incertezza testimoniata dai tratti di inchiostro).

Naturalmente questo elenco ha una immediata duplice ed ambigua natura: come uscita dagli anni di piombo, ma anche dalla pesantezza dell'apparato culturale della sinistra italiana di quegli anni può apparire come uno scarto liberatorio e rinfrescante; da un altro lato, riletto ad anni di distanza, può apparire come un insieme di parole d'ordine per un giovane imprenditore degli anni '90 e dell'era Berlusconi. La *leggerezza*, anche dei riferimenti culturali, la *rapidità*, dote massima nell'operare come stockbroker, l'*esattezza* come valore conservatore perenne e mai né realmente contestabile, né mai realmente pregnante; la *visibilità* qui intendibile come il sapersi rendere visibili, il saper fare auto-promozione; la molteplicità come cosa? Come camaleontismo? e infine la *coerenza* come valore che nuovamente o è banalmente neutro, o rimanda a un sostrato filosofico che invece è stato combattuto sia dal *pensiero debole* che dal *postmodernismo* in generale per non parlare da tutta la letteratura *queer*.

Il Memo di Calvino è, quindi, un frammento essenzialmente ambiguo, le cui possibilità di significato dipendono strettamente dal piazzamento temporale dell'audience e della sua lettura.

La scelta stessa dell'audience cui rivolgersi è però lasciata nella più completa ambiguità politica, sociologica e intellettuale da parte dell'autore con il suo diretto riferirsi ai "giovani". Questi, in quanto tali, non sono ovviamente una categoria politica. Possono diventare una categoria sociologica solo in quanto un qualche tipo di condizione sociologica li accomuni, al di là della semplice merceologia, cioè del fatto che certi prodotti sono pensati per mercati in cui i consumatori vanno dai 14 ai 25 anni, e forse, ma già diventa scivoloso, dai 25 ai 30?

In questo caso i giovani acquisiscono una consistenza che è però data dalle condizioni di vendita di determinati marchi aziendali.

Se si cerca di definire i giovani dal punto di vista intellettuale occorre naturalmente esplicitare la teoria per cui essi lo sono: anche Catullo si definiva un *neoteros*, ma probabilmente in un senso molto diverso dagli entusiasti dello Jugenstil, e sicuramente in un senso differente da quello del *giovanissimo* degli anni '60 che sulla base dell'opposizione alla guerra del Vietnam e della

società borghese delle buone maniere trovava un principio di raggruppamento che ne poteva fare un vero concetto politico in grado di discriminare tra amici e nemici. Questo orizzonte sembra però proprio quello che viene meno con il "disimpegno" della leggerezza predicato nel memo di Calvino.

Il ricorso alla ambiguità semantica è d'altronde una costante nell'opera dell'autore. Il suo stesso lavoro su Eterodossia e Ortodossia del 1965 sembra interpretabile sulla base di un elogio di quest'ultima, ma era inteso a marcare la propria presa di distanza dal PCI perché quest'ultimo non era in grado di seguire a sufficienza le *novità* di pensiero introdotte dal PCUS, per eccellenza l'organo della ortodossia. Quello scritto peraltro presentava una apologia di Nagy, che ora sappiamo essere stato strettamente legato ad ambienti atlantici, e consente all'autore di continuare comunque a scrivere per "Rinascita" e "Botteghe Oscure", senza peraltro intravedere la grande novità che vi stava emergendo e che si tradusse nella formula politica dell'Eurocomunismo.

Questa ambiguità sostanziale si ripiega nel testo stesso delle Lezioni Americane. Infatti a voler fare un minimo di filologia occorre infatti ricordare che sotto il titolo di "Lezioni" si presentano delle lezioni che non furono *mai* tenute, dal momento che l'autore morì fra l'invito ricevuto a tenerle e la loro stessa tenuta. In questo senso il titolo *mente*, perché le lezioni non ci furono mai.

Gli stessi appunti furono raccolti postumi, e quindi *non* possono rappresentare una redazione autoriale definitiva, non più di quanto lo possano gli appunti di Nietzsche raccolti dalla sorella, secondo la celebre teoria di Colli e Montanari, e non si vede quindi come e perché si debbano applicare due pesi e due misure. Quindi il libro *mente* una seconda volta, poiché, strettamente parlando *non* è un libro di Calvino.

Il titolo stesso non fu dato dall'autore; come sappiamo fu un'invenzione di Pietro Citati. La sesta lezione poi manca completamente e avrebbe dovuto essere su Bartleby, senza che vi sia qui bisogno di dire quanto essa sarebbe stata essenziale anche per un'analisi del rapporto di Calvino con la legge. Mancano peraltro anche la settima e l'ottava lezione che avrebbero dovuto concludere l'opera e, quindi, secondo le categorie di Peter Brooks, darle compiutamente un senso.

Ci troviamo quindi di fronte ad un insieme di frammenti tratteggiati, raccolti da altri, per lezioni mai tenute e per un libro che altri hanno composto dandogli un titolo che non fu pensato dall'autore.

In definitiva, dal punto di vista letterario, utilizzare le lezioni americane per interpretare il pensiero di Calvino, sarebbe come usare il Simarillon per derivare un senso al Signore degli Anelli. Perciò io mi fermerò al Memo, in quanto documento manoscritto di sicura provenienza autorale.

Nel merito, quindi oltrepassando la filologia dell'opera, vi sono a tal proposito molti dubbi che un critico letterario potrebbe sollevare circa le parole chiave del Memo.

Leggerezza. E perché leggerezza ? Forse che allora cent'anni di solitudine o i ricordi della casa dei morti sarebbero da condannare ? O che la dodicesima notte dovrebbe assumere un ruolo più importante nel canone Shekespeariano di MCBeth?

Quickness: la rapidità, la predilezione (manageriale e borghese) per i testi brevi. Forse che allora Guerra e Pace, Anna Karenina, o Kublai Kahn dovrebbero venir destinati al cestino? E che dire della *lentezza* con cui Gibbon concepì e scrisse, una intera vita, la sua Decadenza e Caduta dell'Impero Romano?

Di tutte le categorie utilizzate quella dell'esattezza appare poi la più stramba. Turner, e tutti i romantici son destinati anch'essi al cestino? La ricerca di Burke sull'ineffabile era esatta ? L'unico che abbia voluto usare con precisione *esattezza* in letteratura è stato Ezra Pound per riportare in auge i toscani contro i vittoriani inglesi. Guido Cavalcanti è più esatto di Keats? E esiste una affinità spirituale, allora, tra Calvino e Pound?

Molteplicità non ha ovviamente alcuna esattezza, fin tanto che non si specifichi che si tratta di culture, significati o personaggi.

Per finire *Coerenza*. Di tutte le parole chiave sembra quella più scolorita, ma è la più fuori luogo in un saggio di critica letteraria: che dire infatti di Sterne ? Vi pare coerente ? O dell' Ulisse di Joyce ? O di Amleto, di sicuro di tutti i drammi di Shakespeare il più incoerente.

Insomma, se prendiamo sul serio il Memo, che idea di letteratura aveva Calvino?

Forse un'idea molto vicina a quella dell'orario ferroviario svizzero, che è sicuramente leggero, non implica pesantezze dello spirito, rapido da leggere, *esatto*, visibile, ben appeso e ben distribuito, molteplice, nel senso che riesce a tener conto di una incredibile molteplicità di informazioni dai treni cantonali a quelli federali a quelli internazionali, e delle loro connessioni con gli aeroporti, e, una cosa certamente, è *coerente* nei principi e nei contenuti, e, credo, sicuramente più dello stesso Cavalcanti.

In conclusione di questo paragrafo c'è una sola cosa che voglio dire, ed è che se questo è il Memo per il prossimo millennio, sono abbastanza contento che non lo sia stato per il millennio che ci ha preceduto.

3. LA VISIBILITÀ IN CALVINO

Detto doverosamente quanto precede c'è una frase in Calvino sulla quale, proprio utilizzando il metodo del *close reading* intendo soffermarmi per la sua assoluta profondità:

«Se ho incluso la Visibilità nel mio elenco di valori da salvare è per avvertire del pericolo che stiamo correndo di perdere una facoltà umana fondamentale: il potere di mettere a fuoco visioni a occhi chiusi, di far scaturire colori e forme dall'allineamento di caratteri alfabetici neri su una pagina bianca, di pensare per immagini».

Naturalmente qui abbiamo una teoria dell'autore sul senso del proprio testo, e come tale essa non deve più venire considerata come privilegiata rispetto ad altre. Ma ciò che mi interessa qui è proprio il fatto oggettivo : cioè la *iconic turn* del pensare per immagini⁴, e la capacità di avere visioni. Quindi la frase conta per il *close reading* indipendentemente dall'essere una *espressione* dell'autore.

Orbene essa riecheggia fin nei particolari, quindi fin verso alla possibilità dell'influenza, un pensiero di T.S. Eliot, che forse non era, per motivi di leggerezza o altro, compiutamente citabile da Calvino, e che comunque è il seguente:

What we should consider is not so much the meaning of the images, but the reverse process, that which led a man having an idea to express it in images. We have to consider the type of mind which by nature and practice tended to express itself in allegory: and, for a competent poet, allegory means clear visual images"... «[...] It is the allegory which makes it possible for the reader who is not even a good Italian scholar to enjoy Dante. Speech varies, but our eyes are all the same. And allegory was not a local Italian custom, but a universal European method. Dante's attempt is to make us see what he saw». ... «We have nothing but dreams, and we have forgotten that seeing vision – a practice now relegated to the aberrant and uneducated – was once a more significant, interesting, and disciplined kind of dreaming»⁵.

Proprio a proposito della visibilità pare esserci uno stretto collegamento *testuale* di idee tra Calvino ed Eliot. Ora se seguiamo Thomson⁶ è possibile comprendere la poesia di Eliot solo a partire dalla sua metafisica, ovvero dalla sua ontologia. E quanto Calvino sta denunciando attraverso la nostra perdita di capacità di pensare per immagini può essere correlata appunto alla

4 VERCELLONE, Federico. **Pensare per immagini**. Milano: Mimesis. 2013.

5 ELIOT, Thomas Stearns. **Dante**. London: Faber & Faber, 1920, p. 243: «Dante's is a *visual* imagination».

6 THOMPSON, Eric, **T.S. Eliot. The Metaphysical Perspective**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1965, p. 3.

ontologia dell'immagine e della sua visibilità come metafora, quale fu coltivata - lo sappiamo - da Walter Benjamin, ed anche come *allegoria*, con specifico riferimento a Dante.

Dopo tutto secondo Frye⁷:

«It is not often realized that all commentary is allegorical interpretation, an attaching of ideas to the structure of poetic imagery».

Non tutte le immagini sono allegorie. Per Frye il "conceit" barocco di John Donne è più di una allegoria come unione paradossale di cose normalmente disparate; ma anche il "correlativo oggettivo" dei modernisti come Eliot non è allegorico, ma un diverso tentativo di catturare un residuo attraverso una serie di oggetti ed eventi, ed infine, a sé stante vi è l'immagine araldica, come emblema⁸, che va dagli stemmi fino all'invenzione della più grande icona politica della modernità: il Leviatano⁹.

A partire da queste considerazioni, e quindi dal testo proprio di Calvino, occorre, allora riconsiderare propriamente una ontologia dell'allegoria e della visibilità per immagini, dove la prima vuole riferirsi soprattutto ad una esperienza, e spesso una scoperta : che gli enti cui si riferisce *sono* commutabili uno nell'altro, ovvero che tra i due *esiste una soglia*, il frammento amorfo che è l'ideogramma allegorico stesso. Questa soglia di ambiguità ontologica è ciò che l'allegoria scopre in coloro che hanno preservato la capacità di avere visioni e di ragionare mediante esse. Il bello dell'allegoria, contrariamente alla teoria classica, è che essa è *letterale*. La apertura che essa dischiude è letteralmente una apertura.

Qui l'idea di soglia, enunciata poeticamente da Rilke, alla base di tanta analisi di Benjamin, e prepotentemente ripresa da quella che possiamo ormai tranquillamente chiamare la "Italian Theory"¹⁰, che va da Negri ad Agamben a Esposito ha evidentemente a che fare con *il diventare visibile di un invisibile*¹¹, con il disvelarsi di una contiguità ontologica che sfugge a chi abbia perso, come dice Calvino, la capacità di ragionare per immagini quale dispositivo essenziale della visibilità. Non a caso egli la definisce una "capacità umana essenziale" che noi rischiamo di

7 FRYE, Herman Northrop. **Anatomy of Criticism**. Princeton University Press, 1957, p.89.

8 GOODRICH, Peter, HAYAERTH, Valerie (eds.). **Genealogies of Legal Vision**. London: Routledge, 2015.

9 AGAMBEN, Giorgio. **Stasis. La guerra civile come paradigma politico**. Torino: Boringhieri, 2015.

10 GENTILI, Dario. **"Italian Theory". Dall'operaismo alla biopolitica**. Bologna: Il Mulino, 2012.

11 MONATERI, Pier Giorgio. **I confini della legge**. Torino: Boringhieri, 2014.

perdere.

Rischiamo dove ? e in che senso ? Forse, appunto, proprio in quella società il cui avvento è in qualche modo non solo annunciato, ma anche salutato, proprio negli appunti per le *lesioni americane*. Per quel che concerne la mia lettura di Calvino, questo passaggio sulla visibilità fa da contrappunto alle altre parole del memo e forse le reindirizza verso una interpretazione che fa di Calvino stesso uno dei più profondi pensatori di quella che è in divenire come "Italian Theory".

Ovvero se noi pensiamo al ragionare per immagini come la qualità umana essenziale che stiamo perdendo di considerare e *vedere* la soglia fra il visibile e l'invisibile, allora la rapidità può divenire la rapidità con cui l'icona, l'emblema, l'allegoria scatenano e catturano i nostri pensieri ben più di ogni elaborazione linguistico concettuale, destinata quindi ad una pesantezza che viene superata dalla leggerezza dell'immagine proprio nella sua profondità ontologica. Naturalmente allora anche l'esattezza torna ad avere a che fare con la visibilità. Per riprendere di nuovo Eliot e Pound, Cavalcanti è più esatto di Keats perché le immagini dei toscani sono sempre *più precise* di quelle dei romantici o dei vittoriani. Per Dante non si dà "un fiume che si getta nel mare" ma la visibilità del Rodano....ove ad Arli in mar si stagna". Cioè l'immagine esatta, di un residuo metafisico, dopo tutto siamo nell'Inferno, di *quel* fiume che si trasforma in Camargue nei dintorni di Arles.

Questo esempio è poi particolarmente "consistente", nel senso che mostra come le immagini in Dante non nascano a caso o da una mera occasione per la soggettività dell'io offerta dal mondo, ma siano coerenti con il racconto, visto che, nella specie, la foce del Rodano presso Arles indica il punto in cui sbarcò la Maddalena.

In questo senso, altrettanto ovviamente, anche la molteplicità di Calvino acquista un significato letterario preciso: si tratta delle inesauribile molteplicità in cui le immagini possono sempre essere raccontate. Nessuna vera immagine consente una pura trascrizione linguistica univoca di sé stessa, e data ogni immagine (conceit, correlativo oggettivo, emblema) sono sempre possibili molteplici decifrazioni e descrizioni del suo significato.

4. LA VISIBILITÀ DELLA LEGGE

Cosa ha, infine a che fare questo discorso letterario su Calvino con la legge essa stessa.

Ritengo moltissimo. La legge è infatti essenzialmente un invisibile onnipresente. La legge è ovunque ma non è di per sé visibile. Essa deve essere fatta apparire, deve venire visualizzata, e lo è attraverso gli stemmi, i distintivi, i libri, i timbri, gli archivi, attraverso una serie di dispositivi che sono i più pregnanti perché catturano i nostri comportamenti nel senso più duro questo invisibile della legge possiede pur sempre e comunque una forza-di-legge¹².

Per comprendere la visibilità della legge occorre quindi una ontologia come studio delle segnature, tracce, icone, soglie e varchi nelle immagini e nella allegoria, ovvero nelle rappresentazioni dell'ambiguo come irruzione ineliminabile dell'invisibile nella concreta orientazione polemica dell'esistenza storica.

Con ciò non intendo affatto rifarmi ad alcun paradigma di teologia politica; intendo anzi spiazzarla, in favore semmai di una aesthetic turn nello studio del politico, che in tal modo si ricongiunge con quello della letteratura e delle humanities.

Per me il campo estetico coincide, appunto, con la soglia della visibilità, cioè appunto con lo studio dei passaggi dall'invisibile al visibile, tramite i quali la legge trova la forma della propria vigenza come disposizione degli spazi e dei tempi, come dislocazione della salvezza e dell'esposizione, ovvero come Nomos concreto del mondo, nella intrinseca rovesciabilità di ogni orizzonte della permanenza.

Perciò bisogna ripensare insieme la geografia delle giurisdizioni e la visualità dell'assenza, in un tentativo che mira essenzialmente ad una costruzione fondazione di una geopolitica del diritto, in quanto intrinseca alla stessa esistenza dei corpi politici che occupano la spazialità del mondo.

Chi ha, quindi, il potere di rappresentare il mondo ? Chi ha quello di rendere visibile le dislocazioni del giuridico e del politico negli spazi globali ?

Ora io ritengo, come ho detto all'inizio, che questo sia il compito proprio della comparazione, seguendo le intuizioni di Wigmore per riattivarle. Mi pare allora inevitabile come la comparazione stessa non possa che indirizzarsi verso queste particolari osservazioni di "Law and...", e che ogni tentativo inverso non sia destinato tanto al fallimento, quanto alla sua più completa irrilevanza.

Da questo punto di vista diventa anche del tutto evidente l'importanza estrema

12 DERRIDA, Jacques. *Force-de-loi. Le "Fondement mystique de l'autorité"*. Paris: Editions Gallée, 1994.

dell'osservazione di Calvino da cui siamo partiti, e cioè la necessità metodica del ragionare per immagini spaziali, dato che il mondo apparentemente piatto della globalizzazione politica, come *imago* del mercato a sua volta geometrizzato su modelli cartesiani, sia in realtà ancora compiutamente striato, interrotto, e solcato dai diversi stili della legge e dalle diverse concezioni dell'ordine mondiale che vi si stanno scontrando¹³.

Le prime decisioni sulla visibilità dell'ordine giuridico politico sono peraltro proprio quelle geografiche, che però cessano di essere tali per diventare immediatamente geopolitiche¹⁴.

La decisione sull'occidente e sull'oriente è ovviamente un esempio lampante, laddove le carte dello Smithsonian Institute mostrano con compiuta chiarezza come l'emisfero occidentale sia confinato alle americhe e come quello orientale comprenda l'intera eurasia, Europa compresa, con buona pace degli atlantisti in sedicesimo delle nostre parti, e l'Africa.

In sostanza il mondo è qui spaccato in due enormi isole, una delle quali è il continente americano, separato da tutto il resto del mondo dalla sua propria unicità.

Che questa non sia una mera rappresentazione, ma l'apparire visibile di una teoria politica dell'ordine mondiale è ben testimoniato dalla corrispondenza fra Jefferson e Madison che portò alla celebre Dichiarazione di quest'ultimo¹⁵. Non a caso in essa Jefferson si rifà a Tucidide nella definizione di un occidente assoluto come terra della libertà (USA e Grecia) rispetto ad un oriente assoluto come terra degli imperi e delle monarchie (Persia, Europa), e dove quindi io risultato giuridico-politico e quello geografico si mostrano come i due lati complementari di una estetica dell'ordine globale.

Che questo sia solo uno fra i mille esempi possibili dell'importanza della visualità nella comparazione lo si apprende facilmente dall'osservazione dell'organizzazione dello spazio islamico, dove tale bipartizione insulare del mondo non ha alcuna rilevanza, e dove tutti i punti europei di disgiuntura (Costantinopoli, Gibilterra, Suez, Himalaya, Bacini Indonesiani) diventano invece tutti ponti di passaggio per una continuità spaziale del tutto inversa a quella eurocentrica. Si tratta effettivamente di differenti ontologie dello spazio terrestre.

Tutto ciò vale a maggior ragione per le mappe cinesi che essendo centrate sul pacifico

¹³ KISSINGER, Henry. **World order**. New York: Penguin Press, 2014.

¹⁴ LEGG, Stephen (ed.). **Spatiality, Sovereignty and Carl Schmitt. Geographies of the Nomos**. London: Routledge, 2011.

¹⁵ Cfr. DEAGLIO, Mario, MONATERI, Pier Giorgio, CAFFARENA, Anna. **La globalizzazione dimezzata**. Milano: Guerini e ass., 2004.

rendono addirittura irraggiungibile l'atlantico, strecchiandolo come un fiume dei confini dove evidentemente non esiste neanche un occidente, ma due diverse periferie distanti localizzate agli estremi opposti della carta, l'Europa da un lato e gli Stati Uniti dall'altro, dove tutto ciò che per noi costituisce finzioni di eterno dibattito tra un transatlantico divide o una comunità atlantica non ha neppure alcuna possibilità di rappresentazione geografica, e quindi alcun senso politico.

Come ultimo esempio mi piace ricordare, proprio in onore alle "lezioni americane" di Calvino, quello della California, che di tutti si presenta a meglio evidenziare come da decisione geografica possa diventare politica, ovvero il compiuto dispositivo della localizzazione geopolitica come "ontologia decisionista" della spazialità

Come tutti sanno, infatti, la linea del "Missouri Compromise" che divideva gli Stati del Nord da quelli del Sud, scorreva come una linea praticamente liscia ad una determinata latitudine, fino a quando il territorio della California decise di diventare a sua volta uno Stato. La California estendendosi praticamente dalle vicinanze del Canada al Messico rompeva per sua natura geografica la linea politica del compromesso e la questione diventava se la California *decideva* di essere Nord o di essere Sud. Ovvero la questione spaziale diventava compiutamente politica, in quanto affidata ad una *decisione*, e per altro - con buona pace di tutti gli anti-Morghenthau¹⁶ delle nostre parti - una *decisione per l'esistenza storica*, che determinava un dato raggruppamento di amico e di nemico. Infatti la California *decise* di essere Nord, e l'immagine, la visibilità, stessa della mappa fa comprendere come a quel punto gli Stati del Sud fossero *geopoliticamente* accerchiati e *quindi* decidessero per la secessione.

5. CONCLUSIONI: VISIBILITÀ E GEOPOLITICA DELLA LEGGE

In questo saggio abbiamo, quindi, visto l'ambiguità apparente del memo di Calvino, concentrandoci su di esso come unico elemento filologico pregnante dal punto di vista autoriale delle sue *Lezioni americane*. In particolare ci siamo ancor più concentrati su uno dei punti del memo: la visibilità. Questo ci ha portato a considerare il parallelismo tra la sua concezione e quella di altri modernisti come Eliot. La conclusione è stata l'importanza decisiva che la visibilità può giocare nel campo della legge da due punti di vista.

¹⁶ MORGHENTHAU, Hans Joachim. *Scientific Man vs Power Politics*. University of Chicago Press, 1946.

In primo luogo l'essenza stessa estetica della soglia della visualità per l'invisibile onnipresente della legge, che ne determina le diverse forme di apparizione storica come *stili* dei vari ordinamenti del mondo.

In secondo luogo questi *stili* degli ordinamenti non riflettono affatto un semplice diverso rapporto con le fonti e un diverso stile di argomentazione, ma anzi attengono all'essenza stessa della geopolitica della legge come dispositivo globale che unifica il mondo attraverso la frammentazione delle sue giurisdizioni.

Adottando il metodo comparatistico di Wigmore, e perciò gli strumenti della critica letteraria alla comparazione giuridica, li ultimi esempi hanno, infine, mostrato, come tale dispositivo geografico sia essenzialmente politico nel suo concetto più classico, cioè quello della decisione che determinando un determinato raggruppamento di amico e di nemico si pone come una decisione sulla propria esistenza storica, la cui visibilità è data dalla carta geografica delle rappresentazioni giuridico-politiche di tale esistenza.

VISIONI DEL GIURIDICO TRA ORDINE RAZIONALE E CAOS UMANO. RIFLETTENDO SUL RECENTE LIBRO DI GIULIO NAPOLITANO SULLA LOGICA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Alessandra Pioggia¹

Il discorso giuridico: del legislatore, del giudice, dell'operatore pubblico, dell'agente privato, e soprattutto dello studioso ha sempre una dimensione letteraria.

Se nei primi casi si fa diritto con il linguaggio, si contribuisce, cioè, a costruire una realtà che, come ben illustrato dalla filosofia analitica, è un sistema innanzi tutto linguistico, nel caso dello studioso, dello scienziato del diritto, si fa innanzi tutto narrazione e narrare vuol dire dare ordine. Lo ha scritto esemplarmente Calvino quando ci ha illustrato l'inizio della scrittura come un processo di distacco dalla potenzialità illimitata e multiforme per incontrare qualcosa che ancora non esiste, ma che potrà esistere solo accettando dei limiti e delle regole. Mentre l'universo si disfa e precipita in un vortice di entropia, la scrittura offre zone d'ordine, porzioni di esistente che tendono verso una forma, punti privilegiati in cui lo scrittore offre un disegno, una prospettiva². Quella di Calvino mi sembra una descrizione straordinariamente efficace dell'opera ricostruttiva che anche uno studioso di diritto deve fare per offrire visioni di una realtà molteplice e complessa come è quella di ogni fenomeno sociale, e quindi anche di quello giuridico.

Giulio Napolitano³ è consapevole di come il diritto amministrativo sia, per così dire, il più molteplice fra i diritti. Nella introduzione al suo lavoro immagina lo sconcerto dello studente che accingendosi a studiare il diritto amministrativo "nota subito una rilevante differenza con gli altri grandi corsi frequentati fino a quel momento: l'assenza di un corpo organico e unitario di riferimento, come una costituzione o un codice, da cui muovere per inquadrare i diversi istituti propri della materia".

¹ Professore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli studi di Perugia.

² CALVINO, Italo. **Lezioni americane**. Milano: Mondadori. 1988, p. 68.

³ NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2014.

Napolitano, con una assunzione di responsabilità, che sarebbe sempre auspicabile, soprattutto laddove si producano opere da utilizzarsi anche nella didattica, dichiara subito il fondamento della visione che si accinge a proporre al lettore, quale è cioè il punto di vista, la prospettiva dalla quale intende muovere. Egli non guarda al diritto amministrativo come ad un sistema informato da un ordine giuridico, non si pone cioè dal punto di vista di chi afferma la priorità della ragione sulle cose, ma propone del diritto amministrativo una visione che lo ricostruisce come un particolare prodotto della “logica dell’azione collettiva” (secondo la felice definizione che Mancur Olson⁴ utilizzò per spiegare l’adesione ad un gruppo). Le regole, in questa prospettiva, non sono che un elemento di un quadro complesso, composto anche dalle interazioni fra gli attori del diritto: legislatori, amministrazioni, funzionari pubblici e soggetti privati portatori di interessi individuali e collettivi.

L’origine dello Stato moderno, dell’amministrazione, l’articolazione di questa, l’accrescersi delle sue funzioni sono lette in una prospettiva utilitarista, come risposte a fallimenti del mercato, come scelte fondate sul maggiore vantaggio che i singoli ricavano dal mettere in comune risorse e dal rinunciare a parte del proprio potere in situazioni in cui l’agire in solitudine e in autonomia comporta rischi certi e vantaggi incerti. In questa prospettiva anche la fissazione dei diritti sociali nelle costituzioni del secondo dopoguerra è inquadrata come “contratto di assicurazione collettiva” di fronte all’incertezza della ricostruzione economica postbellica e del futuro sviluppo della società⁵. La comparsa di poteri sovranazionali (dall’esperienza europea alla globalizzazione) è presentata come frutto di comportamenti razionali orientati a diminuire i costi di transazione nei casi in cui l’azione pubblica travalichi i confini degli Stati. Le funzioni pubbliche sono frutto di scelte collettive dovute ad esigenze di affermazione e consolidamento degli Stati e degli altri pubblici poteri, scambi fra organi rappresentativi e gruppi di interesse, domande di beni e servizi, risposte ad emergenze belliche, naturali, economiche. Il modo in cui le funzioni sono regolate risponde a sua volta a logiche di minimizzazione e di contenimento dei comportamenti dannosi e delle esternalità negative.

Una visione interessante e sicuramente anche utile sotto alcuni punti di vista.

Primo fra tutti il cambio di prospettiva a cui costringe il lettore. Un esercizio sempre

⁴ OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action**. Cambridge-London: Harvard University Press, 1965.

⁵ NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. cit., p. 6.

necessario e fruttuoso per chi come noi si dedica allo studio. Di questo ringrazio Giulio Napolitano, per avermi regalato una lettura che anche quando non mi ha convinto mi ha sempre stimolato, invitandomi a pensare e ripensare il diritto amministrativo come sistema, prima ancora che come ambiente e panorama nel quale si situano i miei approfondimenti.

Il secondo vantaggio discende dal fatto che nel momento in cui si illustrano le ragioni che in base ad un calcolo utile hanno determinato la nascita di un potere, di una funzione, di un apparato amministrativo, si invita anche a ragionare su quando questi sono necessari (il caso dei beni pubblici puri è esemplare in questo senso) e quando, invece, alla luce del mutare delle condizioni di fatto, certe residue forme di autorità, certe funzioni, certi apparati non siano più necessari, ma rappresentino unicamente il frutto dell'inerzia del sistema pubblico.

Ma certamente la prospettiva che dischiude il massimo di conseguenze è quella che applica la stessa logica dell'azione collettiva ai comportamenti non della società tutta, ma dei soggetti che compongono le istituzioni pubbliche: i decisori politici e i dipendenti pubblici (la burocrazia). In questo modo entrano a pieno titolo nel discorso giuridico gli elementi devianti il funzionamento delle istituzioni, elementi che la letteratura giuridica ha sin qui relegato a chiosa amara dei discorsi sulle regole e sul sistema amministrativo. Le inefficienze, le deviazioni dal modello nella visione del giuridico come frutto delle logiche dell'azione collettiva non sono solo fatti, ma diventano le conseguenze razionali di comportamenti che massimizzano il vantaggio di alcuni gruppi.

Così la decisione legislativa di lasciare un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione nel definire l'assetto degli interessi risultante dalla regolazione pubblica può essere letta anche come scelta volta a minimizzare i costi di transazione nell'ambito del mercato delle leggi. Questo può determinare un ambiente in cui l'amministrazione è portata a porre in essere condotte strategiche che massimizzano l'utilità della burocrazia, invece che la qualità dell'azione amministrativa, approfittando del margine di incertezza per lucrare un ambito di rendita.

La soggezione della politica a periodiche verifiche democratiche e la relativa stabilità della burocrazia aprono rischi di cattura della prima da parte della seconda e, questo, soprattutto quando unito allo spostamento del potere legislativo verso gli esecutivi, può dar luogo alla produzione di regole che strategicamente sono inadeguate a colpire proprio le deviazioni dal comportamento atteso da parte dell'amministrazione. In altre parole, se la burocrazia influenza da

vicino il decisore normativo, tenderà a far produrre a quest'ultimo una disciplina che garantisca ad essa utilità marginali, piuttosto che regole che ne sanzionino i comportamenti devianti.

Molte altre patologie del comportamento burocratico sono descritte come esito di un calcolo utilitaristico volto a massimizzare i vantaggi per il gruppo. La deviazione dal mandato, ma anche la permeabilità agli interessi privati, la corruzione, l'inefficienza, l'impiego non corretto delle risorse, l'elefantiasi burocratica, l'eccesso di personale, gli apparati inutili.

Gli esempi potrebbero continuare. Il testo è ricchissimo di stimoli in questo senso. Ma non si deve fare l'errore di credere che la sua utilità si risolva nell'elencazione e nella spiegazione dei molti mali che affliggono la pubblica amministrazione. L'averne rivelato alcune delle ragioni profonde, presentando le dinamiche che ad essi danno luogo, consente di misurare tutto il diritto amministrativo sulla sua capacità di contrastare questi effetti: l'adeguatezza della disciplina sul procedimento a contenere i soprusi dell'autorità; la capacità della regolazione dei contratti pubblici nel limitare la cattura dell'amministrazione da parte dell'impresa; l'idoneità dell'organizzazione a garantire un'azione effettivamente orientata al fine, e così via.

Dopo la rilettura del fenomeno giuridico, e del diritto amministrativo in particolare, attraverso questa logica, a partire, cioè, da questo punto di vista, mi restano però una preoccupazione e la sensazione di una assenza.

La preoccupazione riguarda un altro tipo di fallimento, non quello del mercato, ma quello dello Stato. A questo Giulio Napolitano dedica un breve ma significativo passaggio⁶. Se la presenza di una funzione pubblica è frutto della logica dell'azione collettiva che ne determina la necessità per garantire una utilità non diversamente raggiungibile da parte della società, cosa succede quando le risorse non sono sufficienti ad assicurare l'esercizio effettivo di quella funzione, senza che ne sia venuta meno la necessità? La risposta della *spending review*, che ha l'obiettivo di rivedere organicamente il modo in cui sono impiegate le risorse, non sempre rappresenta una soluzione. Oltre un certo livello è la stessa sopravvivenza della funzione ad essere messa in discussione dalla riduzione delle risorse. Ma quali sono i limiti entro cui ciò può effettivamente accadere, quali sono i confini non superabili?

La logica delle cose non fornisce una risposta in questo senso. Se un limite c'è, deve allora

⁶ NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. cit., p. 12.

essere cercato altrove, in un'altra visione, nel disegno razionale che sta fuori delle cose, perché è fondamento e insieme fine ultimo del diritto.

Nel nostro sistema questo disegno è scritto nella Costituzione, se la si legge però non come “contratto di assicurazione collettiva” di fronte alle incertezze della ricostruzione postbellica, ma come esposizione di una visione, dell'idea di una società diversa e migliore. Questo disegno non è solo un auspicio, un progetto, un obiettivo, ma è innanzi tutto scelta radicale iscritta in una fonte rigida e superiore alla legge, energia giuridica disposta a sacrificare anche l'utilità collettiva per difendere i principi su cui si fonda.

La logica della massimizzazione del vantaggio dei più, o, come sovente accade in tempo di crisi, della minimizzazione degli svantaggi della maggioranza, può entrare in insanabile conflitto con alcuni principi che diventano così confine e limite della decisione utilitaristicamente razionale.

Fra questi principi uno in particolare è suscettibile di entrare in contrasto con la logica dell'azione collettiva, un principio, per così dire, ribelle: il principio personalistico. In esso si coagula il rifiuto storico dell'opposto criterio del superiore interesse dello Stato e su di esso si fondano la nostra come altre costituzioni del dopoguerra.

Fra il bene del gruppo sociale e quello dell'individuo esiste tanta più distanza quanto meno l'individuo si riconosce nella medietà degli appartenenti al gruppo stesso. L'utilità collettiva è costruita infatti sull'uomo medio e questo rende ragione della sensazione di assenza alla quale facevo riferimento poco fa. Nella ricostruzione del diritto attraverso la logica dell'azione collettiva manca, cioè, la persona che non si riconosce nella medietà, l'individuo, il singolo, manca cioè l'antagonista di quel bene che soddisfa i più.

Mi piace ricordare qui alcune belle pagine che Stefano Rodotà⁷ ha dedicato al grande unico processo, fatto di tante denunce e di altrettante pronunce, che per buona parte della sua vita artistica ha visto coinvolto Pier Paolo Pasolini. Il solitario poeta che ingaggia la sua battaglia contro un'intera struttura di potere, nell'immagine offertaci dal giurista, diventa partecipe, in modo certo non compiacente, del processo di liberazione che si avviava in quegli anni nel corpo della società italiana, che era pure liberazione dalla trama del discorso giuridico in cui quella società era avviluppata.

⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il processo. In memoria di Pier Paolo Pasolini.** in BETTI, Laura (a cura di). **Pasolini: cronaca giudiziaria, persecuzione e morte.** Milano: Garzanti, 1977, p. 279.

Pasolini ha la caratteristica di muoversi lungo linee che non coincidono con il sentire della maggioranza, di nessuna maggioranza: egli non rientra mai nel modello dell'uomo medio. È questo suo essere fuori che ne fa un antagonista del sistema, ma è un antagonismo che, come ben dimostra Rodotà, mette in crisi il sistema stesso, lo forza a trovare i suoi confini, lo spinge al suo limite e in questo modo lo smuove, lo rende dinamico, forse lo cambia. In ogni momento Pasolini "chiede qualcosa di più e di diverso. Sa che le conquiste di libertà sono fragili se non viene riproposta con intransigenza la denuncia delle molte illibertà che ancora rimangono".

Di fronte alla logica dell'azione collettiva, che indubbiamente informa anche il diritto amministrativo, c'è (e qui ritorno a citare Calvino) "il cosmo all'interno di ciascun uomo, come caos indifferenziato e come molteplicità potenziale". Quando questo caos esplode si assiste all'irrompere improvviso di una libertà che non chiede una assenza, un ritirarsi del diritto, ma impone una presenza nuova e diversa e in questo modo contrasta con il bisogno di ordine che si esprime nel canone comune. La ragione delle cose spesso resiste con tutti i suoi mezzi, ma a volte deve cedere un pezzo di sé e ricomporre la sua trama.

Dietro queste vittorie che cambiano il diritto costruito secondo la logica del vantaggio collettivo ci sono spesso le battaglie umane di chi non si riconosce nel bene dell'uomo medio, le battaglie del malato che non condivide l'idea comune di salute, del disabile le cui esigenze di vita non rientrano in alcuno standard, della coppia omosessuale, della persona sterile, dell'immigrato irregolare, e così via.

Il diritto, persino quello amministrativo, è fatto anche di questo: del caos umano e delle ferite che questo infligge alla logica su cui è costruito l'ordine giuridico.

IL FATTORE CULTURALE-RELIGIOSO E IL DIRITTO PENALE: ALCUNE OSSERVAZIONI

Stefania Sartarelli¹

1. INTRODUZIONE

Il fenomeno migratorio che da tempo coinvolge il nostro paese ha messo in evidenza il problema della difficile convivenza tra culture e religioni portatrici di valori diversi. In particolare, con riferimento al diritto penale, si è riflettuto in merito alla rilevanza da attribuire al "fattore culturale" nel caso in cui sia stato proprio questo ad indurre il reo alla commissione del reato. La questione di cui si tratta è quella concernente i c.d. "reati culturalmente motivati", ovvero quei fatti criminosi nella cui realizzazione hanno avuto un ruolo determinante le convinzioni religiose e il retaggio culturale del reo.

In mancanza di norme di parte generale volte ad attribuire uno specifico valore alla motivazione culturale, inizialmente, il fatto che un soggetto avesse realizzato un reato perché convinto, in base alla cultura del paese di origine, della legittimità del proprio operato o, addirittura, della sua doverosità, risultava del tutto irrilevante².

L'anzidetta irrilevanza della motivazione culturale trovava fondamento nell'art. 5 del codice penale che esclude che si possa invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale; inoltre, non essendovi nel sistema italiano, una attenuante o una scriminante "culturale", si riteneva che la presenza di motivazioni culturali non potesse determinare in alcun modo una esclusione o una riduzione della pena.

In questo scenario, tuttavia, lentamente si è potuta cogliere qualche timida apertura verso

¹ Ricercatore in Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

² PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** in *Cass. pen.*, 2012, 2962. Sulle relazioni tra multiculturalismo e diritto penale, cfr.: BERNARDI, Alessandro. **Il "fattore culturale" nel sistema penale.** Torino: Giappichelli, 2010, p. 34 ss.; BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturali.** Torino: Giappichelli, 2006, p. 88 ss.; BASILE, Fabio. **Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali.** Milano: Giuffrè, 2010, p. 40 ss.; BASILE, Fabio. **Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili).** in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1296 ss.; GRANDI, Ciro. **Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de jure condendo.** in *Ind. pen.*, 2007, n. 1, p. 243 ss.; DE MAGLIE, Cristina. **Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense.** in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano: Giuffrè, 2006, p. 215-237; DE MAGLIE, Cristina. **Culture e diritto penale. Premesse metodologiche.** in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1111 ss.

una valorizzazione dell'appartenenza culturale del reo, non certo fino a riconoscere la sussistenza di una vera e propria esimente o attenuante "culturale", ma nel senso di contemplare nella conoscenza processuale anche la dimensione culturale e religiosa del reo, al fine di pervenire ad una ricostruzione più accurata dei fatti e dell'elemento psicologico del reo, nonché ad una determinazione della pena più rispondente alle caratteristiche del fatto concreto.

Se la riflessione sui reati culturalmente orientati può dirsi, nel nostro ordinamento, relativamente recente, essa, nell'esperienza statunitense, nasce attorno agli anni Ottanta del secolo scorso, in virtù della ontologica natura multietnica della società nordamericana e della presenza del fenomeno migratorio sin dalla sua origine³.

2. DEFINIZIONE DI “REATO CULTURALMENTE MOTIVATO”

Il crescente pluralismo culturale delle attuali società pone il problema di stabilire se e in che modo possa o debba attribuirsi rilievo al “fattore culturale” e con esso, porta ad interrogarsi in merito alla delimitazione della categoria dei reati “culturalmente motivati”. Preliminare ed obbligato passaggio di tale operazione esegetica è la definizione del concetto di "cultura" ricavabile, in maniera selettiva, da quella elaborata nelle scienze sociologiche ed antropologiche. Tale concetto, in seno al diritto penale, non può che esprimersi in un'opzione atta a soddisfare le esigenze di determinatezza e tassatività nella delimitazione della categoria dei reati "culturalmente motivati", sostanziandosi nel rifiuto di una visione panculturalista dei comportamenti⁴.

La definizione di cultura giuridicamente rilevante a livello internazionale è quella contenuta nel preambolo della "Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale", adottata durante la Conferenza Generale dell'UNESCO a Parigi il 2 novembre 2001, per cui la cultura è "l'insieme dei tratti distintivi spirituali e materiali, intellettuali e affettivi che caratterizzano una società o un gruppo sociale e che [...] include, oltre alle arti e alle lettere, modi di vita di

³ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., p. 2963; FOLLA, Natalina. **Violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia influenzati dal fattore culturale: reato “culturalmente orientato” o regressione dei diritti civili?** in *Famiglia e Diritto*, 2010, n. 4, p. 400; GRANDI, Ciro. **Diritto penale e società multiculturali.** cit., p. 252.

⁴ MASARONE, Valentina. **L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche.** in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1237 ss.; RUGGIU, Ilenia. **Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali.** Milano: Giuffrè, 2012, p. 56, p. 197 ss.

convivenza, sistemi di valori, tradizioni e credenze".

Ad essa può aggiungersi quella elaborata dal padre fondatore dell'antropologia culturale, Edward Tylor, per cui la cultura è "l'insieme complesso di conoscenza, credenze, arte, morale, diritto, costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società".

La cultura penalmente rilevante, dunque, è necessariamente la cultura di un gruppo.⁵ La commissione del reato potrà dirsi, quindi, "culturalmente motivata" solo quando risulti che ogni altro componente del gruppo, in virtù dei valori e delle convinzioni in esso condivise, avrebbe tenuto la stessa condotta dell'imputato in presenza della medesima situazione (è la c.d. prova definita di "coincidenza di reazione")⁶.

In definitiva, agli effetti del diritto penale, possono essere considerati soltanto quei condizionamenti che attengono agli stessi valori che ne costituiscono il fondamento culturale e che derivano dall'appartenenza ad un gruppo etnico diverso da quello maggioritario, la cui cultura abbia influenzato il contenuto della norma penale violata, intendendo per gruppo etnico un gruppo socio-politico, composto da un rilevante numero di individui, che condividono una lingua comune ed un legame con un territorio geografico di notevoli dimensioni⁷.

Per individuare il "gruppo etnico", possono considerarsi i c.d. "*Mandla criteria*", elaborati da una celebre sentenza della *House of Lords* britannica, secondo cui, un gruppo etnico deve essere caratterizzato da una lunga storia condivisa (che il gruppo percepisce come distintiva rispetto agli altri gruppi e della quale tiene viva la memoria) e da una propria tradizione che comprenda costumi e tradizioni sociali e familiari. Contribuiscono, inoltre, all'identificazione di un gruppo etnico anche un'origine geografica comune o la discendenza da un piccolo numero di antenati; una lingua comune (anche se non necessariamente peculiare del gruppo); una

⁵ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., p. 2963-2964; TYLOR, Edward Burnett. **Primitive culture.** in BOHANNAN, Paul, GLAZER, Mark (a cura di). **High points in anthropology**, 1988, p. 6 ss.; DE MAGLIE, Cristina. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali.** Pisa: Edizioni ETS, 2010, p. 31.

⁶ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., p. 2963-2964; BASILE, Fabio. **Immigrazione e reati culturalmente motivati.** cit., p. 48; DE MAGLIE, Cristina. **I reati culturalmente motivati.** cit., p. 25 ss.; BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturale.** cit., p. 60; KYMLICKA, Will. **La cittadinanza multiculturale.** Bologna: Il Mulino, 1999, 170.

⁷ MASARONE, Valentina. **L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale,** cit., 1238; OLIVITO, Elisa. **Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili.** Roma: Aracne, 2006, p. 95 ss.; BASILE, Fabio. **Immigrazione e reati culturalmente motivati.** cit., p. 40.

letteratura comune (che caratterizzi il gruppo); e infine, una religione comune, diversa da quella dei gruppi vicini o della più vasta comunità in cui il gruppo opera.

Ancora. Fra i gruppi etnicamente qualificati rilevano soltanto quelli che costituiscono una minoranza in quanto immigrati in uno stato polietnico, rimanendone esclusi quei gruppi costituenti minoranze nazionali autoctone, quali i fiamminghi in Belgio e gli Inuit in Canada⁸.

Questi gruppi hanno rivendicazioni molto diverse da quelle proprie degli immigrati, in quanto, molto spesso, sono organizzati con forme di autogoverno, con una autonoma gestione anche dell'attività giudiziaria, dell'istruzione, e a volte anche della forze di polizia. Nel caso in cui parlino una lingua diversa da quella dello Stato ospitante, può essere garantito loro anche il diritto di utilizzare il proprio idioma, sia nella vita privata che in quella pubblica.

Di contro, gli immigrati aspirano ad ottenere una tutela dei loro diritti, una certa partecipazione alla vita pubblica dello Stato di accoglienza, ed una flessibilità delle istituzioni che permetta loro di mantenere costumi e usanze del paese di origine.

Se, dunque, per aversi un reato culturalmente motivato è necessario che il fatto sia commesso da un soggetto immigrato appartenente ad un determinato gruppo etnico, va da se come rimangano fuori da tale nozione gli illeciti realizzati dai terroristi ovvero, più in generale, dal delinquente ideologico.

Infatti, si è detto, il reato può dirsi culturalmente orientato solo in quanto sia espressione di una cultura. Al contrario, il fatto commesso da un terrorista o da altro delinquente ideologico, seppure riconducibile ad un ben individuabile gruppo etnico, è solo un mezzo con cui realizzare lo scopo di destabilizzare le strutture politiche e di governo del paese considerato avversario⁹.

Va, inoltre, precisato che le *Kulturnormen* dipendono direttamente dal grado di omogeneità del tipo di società, cioè dall'insieme di persone che vivono all'interno di un determinato territorio. Se le "norme di "cultura"" sono l'insieme delle regole di condotta che sono sentite in una data società, esse coincidono, pertanto, in un significato assolutamente laico ed antropologico, sia con

⁸ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., p. 2965; BASILE, Fabio. **Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati**, cit., p. 1296 ss.

⁹ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., p. 2965; BASILE, Fabio. **Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati**, cit., p. 1296 ss.

le "norme di "civiltà" che con le "norme "etiche""¹⁰.

Risulta evidente allora come siano le *Kulturnormen* maggiormente sentite dalla coscienza sociale di un determinato territorio ad emergere ed a (dover) condizionarne il sistema. In sintesi, il modello di civiltà che s'impone, le regole che il sistema sceglie di adottare dovrebbero essere quelle della maggioranza¹¹.

In questo modo le *Kulturnormen* di una determinata società entrano in conflitto con quelle di altri gruppi minoritari che emigrano in quel determinato paese. Il "reato culturalmente motivato" sarà allora quel "comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico di minoranza, che è considerato reato dalle norme del sistema della cultura dominante. Lo stesso comportamento, nella cultura del gruppo di appartenenza dell'agente, è invece condonato, accettato come normale, o è approvato, o, in determinate situazioni, è addirittura imposto"¹².

3. MULTICULTURALISMO/ASSIMILAZIONISMO: CENNI

Le reazioni del diritto penale al reato culturalmente motivato sono determinate dagli atteggiamenti che gli ordinamenti giuridici assumono rispetto alla pluralità culturale.

Si può dire sinteticamente che i modelli con i quali gli Stati europei danno rilevanza al "fattore culturale" in ambito penale sono due: il modello "assimilazionista" alla francese e quello "multiculturalista" all'inglese.

La contrapposizione tra i due modelli si fonda su di una differente concezione del principio di uguaglianza: mentre il primo modello si ispira a una concezione "formale" dell'uguaglianza che punta ad una parità di trattamento a prescindere dalle differenze di partenza, il secondo è impostato, invece, su una concezione "sostanziale" dell'uguaglianza, che prende atto dell'esistenza di differenze e, quindi, della necessità di predisporre trattamenti differenziati al fine di gestire

¹⁰ D'IPPOLITO, Ernesto. *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*. in *Cass. pen.*, 2012, p. 3711 ss.

¹¹ BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 40; D'IPPOLITO, Ernesto. *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto*. cit., p. 3711 ss.

¹² DE MAGLIE, Cristina. *Culture e diritto penale*. cit., p. 1115 ss., come riportato in D'IPPOLITO, Ernesto. *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*. in *Cass. pen.*, 2012, p. 3711 ss.

equamente tali differenze¹³".

Così, lo *ius criminale* "tende a divenire "spada" per colpire con estremo rigore taluni comportamenti espressivi dello specifico universo culturale dell'autore (...), ponendosi dunque a "scudo" dei valori della cultura maggioritaria compromessi da suddetti comportamenti; mentre in altri casi, all'opposto, tende a divenire "scudo" capace di legittimare o comunque salvaguardare le culture minoritarie coi loro peculiari comportamenti, assumendo il ruolo di "spada", se del caso, per punire severamente gli atti di intolleranza nei confronti della diversità culturale e delle sue manifestazioni¹⁴".

Entrambi i modelli tentano di evitare il patologico effetto di emarginazione degli immigrati, perseguendo però tale scopo con metodologie, praticamente, opposte.

Tuttavia, i due modelli non sono adottati in modo integrale e rigoroso da alcun paese, ma sono, sostanzialmente, in una sorta di continua "ibridazione"¹⁵".

4. L'INQUADRAMENTO STRUTTURALE DEL "FATTORE CULTURALE"

La valutazione giurisprudenziale delle condotte criminose tenute da stranieri nella convinzione della liceità o doverosità delle proprie azioni, come già affermato, si è risolta tendenzialmente nel senso di escludere la possibilità di ritenere operante l'istituto dell'ignoranza inevitabile della legge penale, ex art. 5 c.p., (anche se alcuni fatti culturalmente orientati potrebbero essere scusati in quanto rientranti nella rara casistica dei reati commessi per incolpevole "carenza di socializzazione").

Più spesso l'autore del reato è perfettamente consapevole della illiceità della propria condotta, oppure, pur ignorandone la criminalità per una "carenza di socializzazione", questa ignoranza e questa insufficiente socializzazione gli sono rimproverabili, avendo avuto, egli, tempo e mezzi per informarsi sulla legge del paese ospitante.

¹³ D'IPPOLITO, Ernesto. *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto*. cit., p. 3713; DE MAGLIE, Cristina. *Società multiculturali e diritto penale*. cit., p. 215 ss.; BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*. cit., p. 55.

¹⁴ BERNARDI, Alessandro. *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*. in *Pol. dir.*, 2007, p. 5 ss.; BERNARDI, Alessandro. *Modelli penali e società multiculturale*. cit., p. 88 ss.

¹⁵ D'IPPOLITO, Ernesto. *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto*, cit., p. 3714; BERNARDI, Alessandro. *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*. cit., p. 6 ss.; BERNARDI, Alessandro. *Modelli penali e società multiculturale*. cit., p. 88 ss.; v. anche MASARONE, Valentina, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale*. cit., p. 1240.

Tra gli strumenti utili a valorizzare il "movente culturale", si è fatto riferimento alle cause di giustificazione, in particolare al consenso dell'avente diritto e all'esercizio di un diritto¹⁶.

In particolare, la causa di giustificazione che viene più frequentemente richiamata, con riferimento ai reati culturalmente orientati, è il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) che opera sulla base del criterio per cui, se il soggetto titolare del diritto sacrificato acconsente, liberamente e validamente, alla sua lesione, l'ordinamento non considera illecito il fatto di chi vi arrechi offesa¹⁷.

Vero è che, in tal caso, potrebbero sussistere seri dubbi circa la libertà di un consenso prestato per avere l'approvazione del gruppo etnico di appartenenza o per rispettare le regole imposte dalla propria tradizione, posto che la volontà non è mai completamente e autenticamente libera da ogni influenza della società e del contesto in cui si vive. Ne deriva che, le scelte influenzate dal gruppo di origine dovranno considerarsi libere nei limiti in cui questa influenza non sia sfociata in una vera e propria coazione psichica, per effetto, ad esempio, di minacce o pressioni psicologiche di varia intensità (l'oggetto del consenso, ad ogni modo, potrebbe riguardare semmai solo la lesione di diritti disponibili e il diritto all'integrità fisica è disponibile purché non si cagioni una diminuzione permanente all'integrità fisica e l'atto non sia in contrasto con la legge, l'ordine pubblico o il buon costume)¹⁸.

L'altra causa di giustificazione che può assumere rilevanza nella spiegazione del fattore culturale è l'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), espressione, peraltro, della tutela costituzionale di libertà fondamentali come la libertà religiosa (art. 19 Cost.) e la libertà di pensiero (art. 21 Cost.). Neppure il diritto ad esprimere la propria cultura, però, può essere difeso in maniera illimitata, ma dovrà necessariamente soccombere quando si trovi in contrasto con le c.d. "immunità fondamentali". Pertanto, non potranno certo essere scriminati le violenze e i maltrattamenti che possano essere ricondotti alla concezione della famiglia e dei rapporti coniugali presenti in una

¹⁶ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., p. 2966-2968 e giurisprudenza ivi citata; DE MAGLIE, Cristina. **I reati culturalmente motivati.** cit., p. 25 ss.

¹⁷ MASARONE, Valentina. **L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale.** cit., p. 1240; FORNASARI, Gabriele. **Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo.** in HASSEMER, Winfried, KEMPF, Eberhard, MOCCIA, Sergio (a cura di). **In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65 Geburtstag.** Monaco: Verlag C.II. Beck, 2009, p. 182; GRANDI, Ciro. **Diritto penale e società multiculturali.** cit., p. 256-257.

¹⁸ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., nota 20.

determinata cultura^{19 20}.

Si è inoltre esclusa la possibilità di ricondurre la motivazione culturale alla infermità mentale o alla semi infermità mentale, in quanto, la diversità culturale che si rispecchia nel pensiero e nell'agire non può in alcun modo accostarsi a quella diversità che integra una anormalità patologica. Nel sistema statunitense, invece, che si è da sempre dovuto confrontare con il problema della coesistenza di culture estremamente diverse fra loro, si è fatto uso della *defense* della infermità mentale²¹ (per poter riuscire a trovare una sorta di “compromesso” fra la obbligatorietà del diritto statale ed il rispetto delle numerose culture con cui questo si relaziona, le Corti Statunitensi da tempo riconoscono e applicano una c.d. “*cultural defense*”, che opera come causa di esclusione o diminuzione della responsabilità penale quando un soggetto non possa motivarsi in modo conforme al precetto penale a causa del proprio orientamento religioso, della propria condizione sociale o del proprio background culturale)²².

Tuttavia, tenendo conto del fondamento politico-criminale della responsabilità personale e degli inevitabili riflessi che il conflitto di coscienza (originato dal dovere di obbedire ad un ordinamento etico o religioso i cui precetti siano in contrasto con quelli dell’ordinamento giuridico) produce sul processo motivazionale dell’agente e, dunque, sul suo bisogno di pena – da intendersi come esigenza di laica rieducazione – apparirebbe del tutto coerente il ricorso alla categoria della inesigibilità del comportamento alternativo lecito²³.

Da ultimo, se si riconosce il fatto che la consapevolezza dell'offesa è necessaria ai fini della sussistenza del dolo e che tale consapevolezza deve avere ad oggetto soltanto la lesione di un interesse tutelato e non la conoscenza della tutela ad esso accordata dall'ordinamento, risulta

¹⁹ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., nota 21. L'A. sottolinea anche come in alcuni casi peculiari, i giudici abbiano inquadrato correttamente il problema sul piano della **tipicità**, risultando il fatto storico, proprio in quanto culturalmente motivato, non corrispondente alla fattispecie legislativa. Su quest'ultimo punto v. anche PROVERA, Alessandro. **Il “giustificato motivo”: la fede religiosa come limite intrinseco alla tipicità.** in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 964 ss.

²⁰ Si noti anche che, di recente, (aprile 2015) la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14960/2015, respingendo il ricorso di un uomo di origine marocchina, ha stabilito di non riconoscere alcuna scriminante all'extracomunitario che maltratti (fino alla violenza sessuale) la moglie, e neghi le risorse per il sostentamento dei figli, invocando l'esimente putativa dell'esercizio di un diritto, in quanto tali condotte sarebbero ammesse nel proprio paese improntato ad una diversa cultura.

²¹ PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo.** cit., e giurisprudenza ivi citata, p. 2967-2969.

²² PAVESI, Francesca. **Sull'esimente culturale dei reati contro la persona.** nota a Cass., 26 novembre 2008, n. 46300, in *Giur.it.*, 2010, p. 417 ss.

²³ MASARONE, Valentina, **L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale.** cit., p. 1243 e bibliografia ivi citata.

evidente che colui che percuote la moglie e i figli ritenendo di comportarsi correttamente agisce con dolo. In tal caso l'agente, straniero o italiano appartenente a subculture, si è rappresentato chiaramente di offendere il bene protetto, cioè di ledere l'integrità fisica dei suoi familiari, e a nulla rileva la sua convinzione che tale interesse non meriti tutela di fronte al suo potere di capo famiglia²⁴.

Al termine di questa breve esposizione in merito alla collocazione dommatico-strutturale del fattore culturale, appare evidente come la soluzione dei conflitti multiculturali – ovunque la si collochi, a livello sistematico, nella struttura del reato – comporti sempre e necessariamente un rilevante contributo discrezionale del giudice²⁵, soprattutto nella fase a lui “fisiologicamente” riservata che è quella della commisurazione della pena in cui si esplica il suo potere discrezionale, ex artt. 132 e 133 c.p. Se, infatti, agli indici di valutazione della gravità del reato, di cui al comma 1 dell'art. 133 c.p., andranno ricollegate le esigenze di proporzionalità come fondamento e limite della pretesa punitiva, nella capacità a delinquere, specificata nel comma 2 dell'art. 133 c.p. come ulteriore parametro di commisurazione della pena, si dovranno valorizzare gli scopi positivi della funzione rieducativa della pena come integrazione sociale.

Dimodoché, i motivi a delinquere, il carattere, la condotta e la vita ante atto del reo, la condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato – e ancora – le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, nel caso in cui questi sia persona culturalmente condizionata, che abbia agito sotto l'influenza di un conflitto di doveri, potranno deporre in favore di un minor bisogno di rieducazione dello stesso, cioè, in termini di una riduzione della pena da infliggergli in concreto al di sotto del massimo individuato in base alla proporzione con il disvalore complessivo del fatto commesso²⁶.

²⁴ GALLO, Marcello. **Appunti di diritto penale**. Vol. II. Torino: Giappichelli, 2001, p. 98-105; PIQUE', Flavia. **La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo**. cit., p. 2967-2970 e nota 34, secondo cui è comunque opportuno evidenziare che assai di rado la valorizzazione della motivazione culturale da parte dei giudici italiani ha portato alla assoluzione dell'imputato e in nessun caso per mancanza della consapevolezza della lesività del fatto; perciò, nella stragrande maggioranza dei casi, la giurisprudenza ha tenuto conto del movente culturale esclusivamente ai fini della determinazione della pena complessiva e, in alcune limitate ipotesi, ai fini della applicazione di una attenuante. Ci si riferisce, in particolare, all'attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale di cui all'art. 62, n. 1, c.p., anche se, come giustamente sottolineato dall'A., i motivi dell'agire si possono considerare di particolare valore morale e sociale solo quando ricevano l'approvazione incondizionata della società, tali non saranno dunque quelli che sono strettamente connessi ad una cultura, ad una religione o ad una tradizione non compresa o accettata dal gruppo di maggioranza.

²⁵ MASARONE, Valentina. **L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale**. cit., p. 1241 ss.

²⁶ MASARONE, Valentina. **L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale**, cit., 1244. Per approfondimenti al riguardo v. anche BERNARDI, Alessandro. **Il “fattore culturale” nel sistema penale**. cit., p. 121 ss.

5. IN PARTICOLARE: LE MOTIVAZIONI RELIGIOSE

Soffermiamoci, ora, sulla posizione presa dal nostro ordinamento rispetto alle motivazioni religiose che sorreggano la commissione di alcune condotte, a cominciare dal sempre più diffuso fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, ipotesi in cui il fattore culturale-religioso è divenuto, addirittura, oggetto di una specifica previsione incriminatrice con l'art. 583 bis c.p. L'introduzione di tale norma non ha mancato di suscitare dubbi circa il suo carattere discriminatorio, considerando che, il condizionamento culturale, quando si pone come elemento di specialità rispetto a fatti che sarebbero comunque penalmente rilevanti anche in sua assenza (si pensi alle lesioni gravi o gravissime), non può legittimamente fondare un inasprimento del trattamento sanzionatorio rispetto al corrispondente reato culturalmente "neutro", a meno che esso non incida sul contenuto offensivo del fatto²⁷.

Con l'espressione mutilazioni genitali femminili si fa riferimento a tutte quelle pratiche rituali, diffuse in numerose comunità dell'Africa e dell'Asia, che consistono nella asportazione parziale o nella lesione degli organi genitali esterni della donna, nella convinzione che tali pratiche svolgerebbero una funzione di contenimento della sessualità della donna, garantendone la verginità o la fedeltà coniugale. Si tratta di convinzioni culturali profondamente radicate nella tradizione di molti gruppi etnici, rappresentando un rito al quale la donna deve sottoporsi per essere accettata come tale dal gruppo di appartenenza²⁸. Anche se sembra ormai accertata l'origine non strettamente religiosa delle mutilazioni genitali femminili, è pur vero che esse lasciano trasparire notevoli implicazioni religiose, in quanto la donna, il suo corpo e la sua sessualità occupano, nella visione sostenuta dalla maggior parte delle religioni – compreso il cattolicesimo – una posizione ambivalente: per un verso, la donna è considerata fonte di vita; mentre, per l'altro verso, esprime una potenza negativa che deve essere tenuta sotto controllo, circoscritta, protetta e mai esibita o lasciata libera di espandersi²⁹.

²⁷ MASARONE, Valentina, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale*. cit., p. 1239 ss.; FORNASARI, Gabriele. **Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico**, in BERNARDI, Alessandro, PASTORE, Baldassarre, PUGIOTTO, Andrea (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 179 ss.; GRANDI, Ciro. *Diritto penale e società multiculturali*. cit., p. 251 ss.; PECORELLA, Claudia. **Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna**. in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 853 ss.

²⁸ BRUNELLI, David, SARTARELLI, Stefania. **Tutela penale della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici**. in RODOTA', Stefano, ZATTI, Paolo (diretto da). *Il governo del corpo, Tomo I, Trattato di Biodiritto*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 237; BOTTI, Federica. **Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili**. Bologna: BUP, 2009, p. 59-60; MAGNINI, Valentina. **La disciplina penale delle mutilazioni genitali femminili. Le nuove fattispecie di cui agli artt. 583 bis e 583 ter c.p.** in *Studium iuris*, 2006, p. 1081.

²⁹ BOTTI, Federica. **Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili**. BUP, Bologna, 2009, p. 59-60.

A causa dei flussi immigratori provenienti dall’Africa e dall’Asia, in tempi relativamente recenti, anche i Paesi occidentali sono venuti a contatto con tali pratiche simbolico-rituali. Al di là delle variegate note modali e procedurali, non vi è dubbio che esse offendano alcuni diritti fondamentali della donna – quali la sua integrità fisica – e che pertanto – salvo che per quei casi limite in cui possa avere effetto scriminante il consenso della donna stessa – esse risultano penalmente rilevanti in tutti i Paesi europei.

Proprio a causa del loro carattere intrinsecamente lesivo di beni individuali fondamentali, per la repressione delle manipolazioni corporee di cui si tratta alcuni Stati europei si sono affidati alle ordinarie norme incriminatrici delle lesioni personali; mentre altri hanno predisposto l’adozione di leggi *ad hoc*. L’Italia rientra in questa seconda categoria di Paesi, poiché per il “crimine” di mutilazioni genitali femminili sono state introdotte due nuove figure di reato, gli artt. 583 bis e 583 ter c.p., le quali, contrassegnandosi per il particolare rigore sanzionatorio, oltre che per la loro “superflua utilità”, dimostrano come la motivazione culturale sottesa alla manipolazione simbolica del corpo, lungi dal costituire una qualche *defenses*, rappresenti l’elemento di disvalore su cui si incentra l’incriminazione³⁰.

Anche il corpo maschile è suscettibile di diventare simbolo religioso ed a tal fine la pratica più anticamente riconosciuta è la circoncisione, che pur presentando numerose differenziazioni rituali e variegati fondamenti ideologici, non si sostanzia mai nella modificazione profonda della funzionalità complessiva del corpo o meglio nell’asportazione totale o parziale di un organo, come invece avviene a seguito delle mutilazioni genitali femminili³¹. Ecco perché, la pratica della circoncisione (che non costituisce di per sé una lesione/malattia) se effettuata su adulti consenzienti può dirsi pacificamente ammessa. Inoltre, anche quando l’atto di disposizione in parola venga realizzato dai genitori sul corpo dei figli minori e rientri nell’ambito della loro educazione (anche religiosa), la lettura combinata degli artt. 19 e 30, c. 1, Cost. con l’art. 51 c.p. condurrà alla affermazione di una irrilevanza penale di tale pratica, salva una eventuale

³⁰ BRUNELLI, David, SARTARELLI, Stefania. **Tutela penale della religione e tutela del corpo**. cit., p. 237-238; BASILE, Fabio. **Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati**. cit., p. 1339-1343; Id., **Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati**. in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2008, 2-3; v. anche GRANDI, Ciro. **Diritto penale e società multiculturali**. cit., p. 245; DE MAGLIE, Cristina. **Culture e diritto penale**. cit., p. 1088; BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturale**. cit., p. 60; DONINI, Massimo. **“Danno” e “Offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti**. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1584; GENTILE, Ambra. **Violenza sessuale in matrimonio retto da diritto straniero: il prudente approccio della Cassazione ai c.d. “reati culturali”**, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 421.

³¹ BOTTI, Federica. **Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili**. cit., p. 35; p. 45.

responsabilità per le conseguenze non volute da essa originatesi³².

Il corpo è anche “luogo” o “spazio” in cui esibire i segni esteriori della propria appartenenza religiosa, e in tale suo ruolo pone principalmente il problema della liceità dell’uso in pubblico di capi di abbigliamento connotati in senso religioso. Va da se, stante la consacrazione delle libertà fondamentali recepita nella Costituzione italiana, che un problema di intersezione con il diritto penale si pone solo per quei capi di vestiario che coprendo anche il volto (della donna), ne rendono problematica l’identificazione (ad esempio, il *burqua*). In questi casi, potrebbe profilarsi una tensione con la normativa posta a tutela dell’ordine pubblico³³.

Se questo profilo di interferenza con il diritto penale fa sì che l’esibizione sul corpo di simboli religiosi possa potenzialmente tradursi in una condotta penalmente rilevante, vi è un altro punto di contatto con la materia penale in cui il rapporto concettuale appena espresso risulta essere specularmente invertito e cioè è ben possibile che rilevino penalmente condotte volte ad impedire o ad ostacolare l’esibizione del simbolo religioso sul corpo, qualora rientrino nell’ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici comuni poste a tutela della persona e della sua libertà morale, a cui potrebbe aggiungersi il riconoscimento dell’aggravante dell’odio etnico, razziale o religioso³⁴.

Di fronte ai casi di collisione tra precetto penale e precetto della fede religiosa, a controverse forme di esercizio del diritto di libertà religiosa che determinano l’integrazione di fattispecie incriminatrici, sorgono interrogativi di una certa complessità che vanno dal rilievo attribuibile alla motivazione religiosa della condotta illecita, alla duplice questione dei limiti in cui la libertà religiosa può scriminare fatti posti in essere dal singolo credente e della misura in cui la motivazione religiosa può influire sulla rimproverabilità dell’autore del reato³⁵.

³² PLANTAMURA, Vito. **Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni**, in *Giur. merito*, 2008, p. 2590 ss. Cfr. anche MASTRANGELO Gennaro. **Circoncisione, infibulazione ed altre manomissioni del corpo dei minori: sanzioni penali, scriminanti e strumenti internazionali alla luce della risoluzione O.N.U. 67/146 del 20 dicembre 2012, della risoluzione del Parlamento europeo sull’abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14 giugno 2012 e della risoluzione del Consiglio d’Europa sull’integrità fisica dei minori, doc. 13042 del 2 ottobre 2012**. In *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.1, 2015, p. 226 ss.

³³ BRUNELLI, David, SARTARELLI, Stefania. **Tutela penale della religione e tutela del corpo**. cit., p. 238-239; LA ROSA, Emanuele. **“Uso” ed “abuso” del simbolo religioso: profili di rilevanza penale**. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 771-775.

³⁴ LA ROSA, Emanuele. **“Uso” ed “abuso” del simbolo religioso**. cit., p. 778; Cass., 13 dicembre 2007, n. 13234, in *Giur. It.*, 2009, p. 1, con nota di FERRARI, Simone. **Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante**; RIONDATO, Silvio. **Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo**. in Id. (a cura di), **Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso – Diritti fondamentali e tutela penale**. Padova: CEDAM, 2006, p. 85 ss. Cfr. anche Corte EDU, sez. II, *Ahmet Aslan ed altro c. Turchia*, in *Cass. pen.*, 2010, 2457.

³⁵ GARGANI, Alberto. **Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari**, in *Dir. eccl.*, 2003, p. 1011.

In particolare, nell'ambito dei comportamenti omissivi di disobbedienza del comando penale motivata dall'esigenza di conformarsi ad un obbligo di impronta confessionale ovvero nell'ambito dell'ampia tematica della c.d. obiezione di coscienza, assumono particolare rilievo le omissioni contestate ai testimoni di Geova. Di certo vi è che nessuna autorità potrà imporre il trattamento terapeutico a fronte del rifiuto manifestato direttamente dal soggetto: una emotrasfusione eseguita coartando la volontà del paziente si configurerebbe, in tutto e per tutto come un atto lesivo della libertà e della dignità dello stesso. In realtà, il problema si pone laddove il soggetto che rifiuta la trasfusione non sia lo stesso che ne dovrebbe beneficiare in quanto minore o incapace (o in stato di incoscienza).

La tematica appena accennata non può certo essere approfondita in questa sede, è appena il caso di rilevare comunque come sulla libertà di coscienza dei genitori, prevalga sempre, in virtù della loro posizione giuridica di protezione, la salute e la vita dei figli minori, in quanto il bilanciamento tra diritto alla libertà religiosa (art. 19 Cost.) e bene della vita non può che essere risolto a favore del secondo, trattandosi di valore principale, originario e fondante nel sistema costituzionale; pertanto, se dal rifiuto di cure o assistenza derivano la morte o la lesione del minore, il genitore ne potrà rispondere in forma di reato omissivo improprio (ex art. 40, comma 2, c.p.)³⁶.

Se, dunque in casi simili di c.d. "fatto di coscienza" o "illecito per convinzione" l'efficacia scriminante dell'esercizio della libertà religiosa è marginale e può essere riconosciuta soltanto residualmente; né può dirsi operante, nel nostro ordinamento, una qualche scusante generica intesa in termini di "inesigibilità" della condotta conforme al precetto, nonostante la situazione di conflitto soggettivo in cui essa è maturata, non resta che verificare la possibile portata attenuante della motivazione religiosa di tali condotte, ex art. 62, n. 1, c.p. ("reato commesso per motivi di particolare valore morale e sociale").

Senonché, anche l'applicabilità di tale attenuante, qualora sia intesa secondo l'interpretazione corrente volta ad individuare i motivi rilevanti in quelli corrispondenti alla morale e all'etica corrente/dominante, sembrerebbe dubbia, a meno di non volere, invece, riconoscerne l'operatività in via automatica in ogni azione penalmente rilevante dettata da ragioni di fede, in

³⁶ BRUNELLI, David, SARTARELLI, Stefania. **Tutela penale della religione e tutela del corpo**. cit., p. 240-241 e bibliografia ivi citata, tra cui FACCI, Giovanni. **I testimoni di Geova ed il «dissenso» all'atto medico**. in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 114 ss.

un'ottica indulgenziale volta ad attribuire comunque un significato positivo all'obbedienza del precetto religioso³⁷.

L'ottica testé indicata muta invece drasticamente quando la commissione di reati comuni determinati da motivazioni pseudo-religiose mal-celi in realtà biechi intenti di sopraffazione e di sopruso dei propri simili.

Discende, infatti, dal principio di laicità dello Stato, che le confessioni abbiano autonomia nell'ambito dei valori spirituali: entro tali limiti lo Stato si dimostra indifferente e incompetente, astenendosi dall'esprimere alcun giudizio di valore sulle dottrine professate. Ma nel momento in cui le confessioni religiose impongono doveri agli aderenti, incidendo in qualche modo sui diritti costituzionali di questi, allora le stesse saranno riconosciute e tutelate, in quanto formazioni sociali ex art. 2 Cost., solo a condizione di rappresentare uno strumento a favore delle necessità etiche e sociali dell'"uomo". Il pensiero corre, in particolare, agli abusi rituali di matrice satanica.

Problema preliminare che il satanismo propone è proprio quello della liceità di un credo religioso o pseudoreligioso che predichi il male e preveda rituali criminosi, adducendo a scusa (o meglio, a giustificazione) la natura religiosa. Orbene, come detto, la Costituzione italiana garantisce un'ampia libertà di pensiero e di religione, quantomeno finché i fatti non giungano ad integrare una fattispecie penale; così, entro i limiti del "ragionevole", anche il credo satanista (e l'associazione omonima) è da considerarsi in linea di principio lecito, poiché non v'è un interesse irrinunciabile (*impelling interest*) della società alla repressione finché la condotta non si atteggi come istigazione al delitto e/o passi sul terreno operativo³⁸. Una delle estrinsecazioni più odiose di questo "credo" è l'abuso rituale dei fanciulli che comporta una forma distorta di manipolazione della psiche umana al fine di formare sacerdoti a Satana.

Due caratteristiche più di tutte segnano l'abuso rituale nel quadro dei delitti di maltrattamenti, di incapacitazione mediante suggestione e mezzi ipnotici, degli attentati alla libertà sessuale, di lesioni continuate e di corruzione di minori: sul piano oggettivo, la utilizzazione di tecniche di condizionamento fisico e mentale da parte di un gruppo su un bambino; sul piano

³⁷ GARGANI, Alberto. **Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari**. cit., p. 1025-1026 ss.; LA ROSA, Emanuele. **"Uso" ed "abuso" del simbolo religioso**. cit., p. 750-760. Di contro, ha riconosciuto l'aggravante dell'art. 61, n. 1, c.p. nelle ragioni religiose e culturali che avevano spinto il reo al delitto, Cass., 12 novembre 2009, n. 6587, in *Guida dir.*, 2010, 11, 92 (s.m.).

³⁸ BRUNELLI, David, SARTARELLI, Stefania. **Tutela penale della religione e tutela del corpo**. cit., p. 242-243 e bibliografia ivi citata, tra cui DEL RE, Michele C.. **Limiti penali alla libertà sessuale nei culti emergenti**. in *Ind. pen.*, 2008, p.190; p. 198-199.

soggettivo, il fine di ottenere il domino totale sul fanciullo, per iniziarlo ad un ordine "altro" rispetto a quello tradizionale. Anche l'aggressione sessuale risulta contrassegnata dal movente "religioso", in quanto viene sferrata non per gratificazione sessuale, ma per consacrare il fanciullo ai valori demoniaci, in modo da degradare il bambino e produrre in lui un patologico senso di colpa³⁹.

A differenza di quanto osservato in merito alle ipotesi di obiezione di coscienza, non vi è dubbio che, in questi casi, la connotazione pseudo-religiosa e soprattutto la particolare tutela che l'ordinamento riserva ai minori-vittime di reati in qualità di soggetti deboli determineranno un più che "ragionevole" incremento della dosimetria sanzionatoria.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dalle considerazioni precedentemente svolte, risulta innegabile come il momento storico attuale sia connotato da una forte emersione del fattore culturale-religioso, nelle sue diverse forme. E' dunque ben possibile che si originino delle situazioni di contrasto tra i dettami di un ordinamento e le culture "altre" in esso coesistenti. Si ritiene, però, che la soluzione dei casi di conflitto tra norme di cultura differenti non passi per la necessaria introduzione di specifiche norme (incriminatrici), ma che la si possa trovare già all'interno del sistema, valutando il "fattore culturale" caso per caso, ed accettando l'idea che, anche rispetto a reati sanzionati molto gravemente, si potrebbe eccezionalmente rilevare la presenza di errori inevitabili sul precetto, tali da escludere completamente la colpevolezza dell'autore oppure di attenuarla⁴⁰.

Vanno, inoltre, evidenziati alcuni punti fermi: il diritto penale deve sempre essere l'*extrema ratio* di un sistema giuridico liberale e democratico, poiché tra tutti i mezzi di cui uno Stato sociale di diritto può servirsi, esso "è il più rozzo, il più doloroso, il più costoso, il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le condotte"⁴¹.

Nessuna discriminazione è ammissibile, né tra religioni e nemmeno tra religioni e ideologie che negano la trascendenza. La tutela penale, se tutela vi deve essere, non può che essere uguale:

³⁹ DEL RE, Michele C.. *L'abuso rituale dei minori: una forma estrema di aggressione all'integrità psichica*. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 225.

⁴⁰ D'IPPOLITO, Ernesto. *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto*. cit., p. 3715.

⁴¹ PADOVANI, Tullio. *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 461.

l'uguale libertà degenera nella intolleranza, se non è uguale anche la tutela; resta aperta, tuttavia, la discussione sull'intensità e la qualità della tutela (eguale) da riservare ai complessi etico-ideologici religiosi e areligiosi⁴².

Rimane un limite invalicabile, però. Il diritto penale si occupa ontologicamente (per sua stessa natura) del "male", di ciò che l'ordinamento giuridico intende mettere al bando. Il suo nucleo centrale è volto alla tutela delle condizioni minimali d'una convivenza che intenda rifuggire pratiche di sopraffazione, di crudeltà, di negazione dell'altro⁴³ e pertanto, in questo suo nucleo, non potrà subire alcuna "tollerabile" limitazione.

⁴² MORMANDO, Vito. **Religione, laicità, tolleranza e diritto penale**. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 665.

⁴³ PULITANO', Domenico. **Laicità e diritto penale**. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 69-70.

LEGGEREZZA

Elisa Contu

Maurizio Di Masi

1. «Siamo nel 1985: quindici anni appena ci separano dall'inizio d'un nuovo millennio. Per ora non mi pare che l'approssimarsi di questa data risvegli alcuna emozione particolare»¹.

Italo Calvino introduceva così le "Lezioni americane" che avrebbe dovuto tenere all'Università di Harvard nell'anno accademico 1985-1986² e che avrebbe voluto dedicare ad "alcuni valori o qualità o specificità della letteratura che mi stanno particolarmente a cuore"³ e che riteneva dovessero essere portati nella nuova era.

Le Lezioni americane assumono il «valore pieno di *testamentum*, non tanto nel senso più ristretto dell'eredità lasciata quanto nel senso della "testimonianza" che lo scrittore rende in pubblico intorno alle sue più profonde convinzioni letterarie e poetiche e alle sue molteplici e contrastanti visioni del mondo»⁴.

Trascorsi quindici anni dall'inizio del nuovo millennio quelle stesse proposte (*memos*) continuano ad offrirsi come parametri e ad interrogare lo studioso, transcendendo l'originario campo del sapere. Nelle *Lezioni americane*, infatti, Calvino si occupa e preoccupa delle sorti della letteratura ma, attraverso di essa, offre una riflessione più generale sulla civiltà e sull'esistenza. Il sentimento prevalente è malinconico, critico verso la fine del millennio e l'inizio del nuovo, ma non per questo statico e offre infatti le sue lezioni come possibili strumenti e chiavi di lettura della

* Il presente scritto è il prodotto di una riflessione comune dei due autori. Si attribuiscono tuttavia a Elisa Contu i §§ 1 e 4, mentre a Maurizio Di Masi i §§ 2 e 3.

¹ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Milano: Mondadori, 2014, p. 3.

² Il 6 giugno 1984 Calvino era stato chiamato dalla Harvard University a tenere le "Charles Eliot Norton Poetry Lectures", un ciclo di sei conferenze intitolate al dantista e storico dell'arte americano. Dal 1926, anno della loro istituzione, era la prima volta che l'invito veniva rivolto ad uno scrittore italiano. Le *Lezioni americane* non furono mai tenute da Calvino, poiché il 6 settembre 1985, mentre ancora lavorava alla sua opera, fu colpito da un ictus e, ricoverato all'ospedale di Santa Maria della Scala a Siena, morì in seguito a emorragia cerebrale la notte tra il 18 e il 19.

³ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit. p. 3.

⁴ ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. Torino: Einaudi, 2001, p. 67.

realtà⁵. Così, quelle qualità che egli ritiene debbano essere osservate dallo scrittore si prestano ad assumere un rilievo esistenziale e divengono strumenti per lo studioso di ogni campo; la leggerezza, in particolare, diviene “reazione al peso di vivere”⁶.

La prima delle lezioni calviniane è dedicata proprio alla “leggerezza”, non solo, come osserva Asor Rosa, per una questione cronologica e organizzativa, ma soprattutto perché Calvino privilegia questo valore rispetto agli altri⁷.

Tuttavia, come del resto avviene per le altre qualità da lui proposte⁸, la leggerezza viene assunta da Calvino come valore da portare nel nuovo millennio senza per questo rifiutare il suo opposto, il peso; anzi, afferma l’Autore, “la pesantezza della pietra può essere rovesciata nel suo contrario”⁹. Del resto, presi Cavalcanti e Dante come emblemi dei due opposti sentire, non può fare a meno di riconoscere le doti del secondo che, seppur manifesti la propria genialità nella pesantezza, “dando solidità corporea anche alla più astratta speculazione intellettuale”, “quando (...) vuole esprimere leggerezza (...), nessuno sa farlo meglio di lui”¹⁰.

È “la varietà infinita” delle cose¹¹ che (gli) rende impossibile scegliere una volta per tutte tra leggerezza e peso, essendo l’una volta “a fare del linguaggio un elemento senza peso” e l’altro “a comunicare al linguaggio il peso, lo spessore, la concretezza delle cose, dei corpi, delle sensazioni”¹².

Tuttavia, la predilezione resta apertamente per la prima che, come rivela in apertura, ha rappresentato la chiave di lettura di tutto il suo lavoro: “la mia operazione è stata il più delle volte una sottrazione di peso; ho cercato di togliere peso ora alle figure umane, ora ai corpi celesti, ora

⁵ Cfr. ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. In particolare p. 90 e 123 ss.

⁶ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit. p. 30. Cfr. ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. Torino: Einaudi, 2001, p. 127.

⁷ Come rileva Asor Rosa, tale predilezione emerge già in opere precedenti, come *La geografia delle fate* o *Le città invisibili*, opera che Calvino stesso ha definito un “capolavoro di leggerezza” per capacità visionaria. *Ibidem*, p. 64 e 93.

⁸ “Ogni valore che scelgo come tema delle mie conferenze, l’ho detto in principio, non pretende di escludere il valore contrario: come nel mio elogio della leggerezza era implicito il mio rispetto per il peso, così questa apologia della rapidità non pretende di negare i piaceri dell’indugio. CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit. p. 47.

⁹ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit. p. 9

¹⁰ *Ibidem*. p. 19.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

¹² *Ibidem*, p. 18. cfr. ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. Cit. p. 97.

alle città; soprattutto ho cercato di togliere peso alla struttura del racconto e al linguaggio”¹³.

Facile è la possibilità di fraintendere questo carattere ed è per questo che Calvino sente il dovere di chiarire perché intende considerarlo un valore e non un difetto. A tal proposito l’Autore distingue tra una “leggerezza della pensosità” e una “leggerezza della frivolezza”, capace la prima di far apparire la seconda estremamente pesante¹⁴. Calvino prende le distanze da una leggerezza che sia sinonimo di vaghezza, abbandono, e ne enfatizza invece quel profilo di precisione e determinazione che la rendono lo strumento idoneo per sollevarsi sulla “pesantezza del mondo”¹⁵.

L’Autore distingue tre forme di questo carattere: “un alleggerimento del linguaggio per cui i significati vengono convogliati su un tessuto verbale come senza peso”; una “descrizione che comporti un alto grado di astrazione” come quella di un ragionamento o di un processo psicologico; “un’immagine figurale di leggerezza che assuma un valore emblematico”¹⁶.

Il valore della leggerezza si esprime allora in Calvino come contenuto e come tecnica, la stessa ambivalenza che si può indagare con riferimento all’idea di un diritto leggero.

2. La lezione calviniana sulla leggerezza mostra tutta la sua attualità se accostata alle tendenze odierne della scienza giuridica, che sempre più spesso si è dovuta cimentare con la necessità di togliere “peso” vuoi alla “rigidità” della legge, vuoi alla struttura di procedure e istituzioni. Lo stesso Calvino, non a caso, richiama Kundera e *L’insostenibile leggerezza dell’essere*: il peso del vivere “sta in ogni forma di costrizione: la fitta rete di costrizioni pubbliche e private che finisce per avvolgere ogni esistenza con nodi sempre più stretti”¹⁷. Il diritto rimane, innegabilmente, la forma di costrizione per eccellenza e tende oggi a invadere capillarmente la vita dell’uomo, comportando una vera e propria giuridificazione della persona¹⁸. In questo senso, lungi dal rimanere relegata all’esperienza della letteratura, la leggerezza dovrebbe informare ogni campo del vivere civile e, dunque, anche quello del diritto. La necessità di un diritto che sia

¹³ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. Cit. p. 7.

¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵ *Ibidem*, p. 16 e 19.

¹⁶ *Ibidem*, p. 19-21.

¹⁷ *Ibidem*, p. 11.

¹⁸ MARINI, Giovanni. *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*. In *Rivista di diritto civile*, I, 2006, p. 359 ss.

leggero, flessibile¹⁹, mite²⁰ o gentile²¹ è stato letto come il portato della cultura postmoderna, ma appare prima di tutto come il portato dello Stato costituzionale in cui coesistono diversi valori e ideologie, tutti meritevoli di tutela. L'esigenza di mettere al centro del sistema giuridico la persona umana e il suo sviluppo (art. 2 Cost.), valorizzando specificità e differenze (art. 3 Cost.), comporta una ridefinizione delle categorie giuridiche tradizionali in tutti gli ambiti del diritto. Ma non solo, dato che ad una leggerezza nell'approccio al diritto sostanziale segue anche una leggerezza – intesa in senso calviniano, si badi – nell'applicazione del diritto. L'attenzione crescente per i diritti fondamentali della persona, portato tipico della fase attuale della globalizzazione del diritto²², comporta infatti un ruolo principe dei giudici, i quali concretamente si trovano a bilanciare i diversi diritti fondamentali in gioco nei casi concreti, togliendo spesso peso alla *dura lex*²³. La concretezza e la specificità delle singole persone, d'altra parte, minano l'astrattezza e la generalità della legge, connotati tipici delle codificazioni moderne che cedono oggi il passo a una dogmatica fluida²⁴, a una dogmatica, cioè, in grado di abbracciare le componenti diverse della personalità e dell'individualità, quand'anche eterogenee.

In questa prospettiva il diritto privato²⁵ risulta un terreno assai fertile per indagare la leggerezza quale operazione mirante a “togliere peso” alla *dura lex*, poiché, a fronte della semplificazione con cui si è giunti con i codici liberali, che hanno disciplinato la complessità dei rapporti sociali riconducendo ad unità il sistema, si è pian piano proceduto ad una lenta erosione

¹⁹ CARBONNIER, Jean. **Flessibile diritto**. Trad. italiana di Anna De Vita. Milano: Giuffrè, 1997.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.

²¹ Per riprendere l'aggettivo fatto proprio dal Gruppo di ricerca “Un diritto gentile” coordinato dal Prof. Paolo Zatti, gruppo che si preso l'onere di scrivere un testo normativo per normare il fine vita, i cui risultati sono pubblicati sul blog <https://undirittogentile.wordpress.com/>.

²² KENNEDY, Duncan. **Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000**. In **The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal**. Eds. Trubek, David M. and Santos, Alvaro. Cambridge: Cambridge University Press, MA, 2006.

²³ In questa prospettiva eloquente è il percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale rispetto alla legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita; legge ideologica, dai divieti stringenti e odiosi, esempio pratico di un esercizio di biopolitica (cfr. MARELLA, Maria Rosaria. **Esercizi di biopolitica**. In **Rivista critica del diritto privato**, n. 1/2004), che in 10 anni è stata smantellata nei suoi aspetti più *hard* e triviali dai giudici delle leggi.

²⁴ ZAGREBELSKY, **Il diritto mite**. In particolare cfr. p. 15 ss.

²⁵ Interventi volti a togliere peso al diritto, peraltro, non sono estranei anche ad altri ambiti del diritto: si pensi al diritto amministrativo, che sempre più si concentra sulla semplificazione dell'azione delle pubbliche amministrazioni e sulle forme di democrazia partecipata, in grado di coinvolgere in prima persona i cittadini c.d. attivi e, così facendo, promuovere decisioni quanto più possibile condivise. O, ancora, si pensi alla dottrina del diritto penale minimo, volta a giustificare il ricorso alla norma penale solo e solo se essa minimizzi tanto le offese a diritti e beni fondamentali quanto il ricorso a punizioni arbitrarie (cfr. FERRAJOLI, Luigi. **Crisi della legalità e diritto penale minimo**. In U. Curi e G. Palombarini, **Diritto penale minimo**. Roma: Donzelli, 2002, p. 9 ss.); ciò conduce dunque a ripensare la necessità della pena detentiva fin a teorizzare l'abolizione del carcere (si veda MANCONI, Luigi - ANASTASIA, Stefano - CALDERONE, Valentina e RESTA, Federica. **Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini**. Milano: Chiarelettere, 2015).

dei dogmi. Ciò come conseguenza sia della costituzionalizzazione del diritto civile, vale a dire di una rilettura delle categorie civilistiche che sia quanto più possibile in linea coi valori e i principi della carta costituzionale, sia degli odierni processi di europeizzazione. Gli esempi abbondano in tutti i settori del diritto privato, ove la rigidità dei dogmi ha lasciato il posto alla molteplicità delle fonti del diritto e alla flessibilità delle categorie. Così, ad esempio, la critica femminista ha decostruito il concetto di soggetto di diritto, che lungi dal rappresentare tutti – in quanto soggetto preteso astratto – si è scoperto mascherare l'uomo (maschio), adulto, possidente e possibilmente coniugato²⁶; o, ancora, nel diritto di filiazione è venuta meno l'odiosa distinzione fra figli legittimi e figli naturali, che finiva per attribuire ai secondi un trattamento giuridico deteriore connotato dal peso dello stigma dell'esser stati concepiti fuori dal matrimonio, per riconoscere – in maniera più rispettosa del principio di eguaglianza – l'unicità dello *status* di figlio²⁷. A seguire, la stessa proprietà privata, che nell'idea dei codificatori ottocenteschi pretendeva di ricondurre ad unità le numerose altre forme proprietarie presenti nel sistema feudale, si è presto scoperta comunque molteplice²⁸, dovendosi conformare ai diversi interessi sociali che ciascun bene giuridico può avere, ed oggi si presta ad essere teorizzata come “comune”, dovendo essere garantito a tutte e a tutti l'accesso ad alcuni beni fondamentali per la vita della persona²⁹. Ancora, anche il contratto, che alcuni avevano dato per morto³⁰, ha visto semplicemente marginalizzare la disciplina del contratto in generale, a fronte di una proliferazione dei singoli contratti, la cui differenziazione di disciplina permetterebbe di meglio tutelare alcune categorie di contraenti ritenuti deboli, come i consumatori³¹, per i quali il vincolo negoziale – che ha *forza di legge* ex art. 1372 c.c. – si fa più “leggero” tramite il riconoscimento del diritto di recesso³². Infine, il diritto di famiglia mostra tutta

²⁶ Per tutte cfr. MARELLA, Maria Rosaria. **Le donne**. In L. Nivarra (a cura di) **Gli anni settanta del diritto privato. Atti del Convegno. Palermo, 7-8 luglio 2006**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 341 ss.

²⁷ Vedi la c.d. Riforma della filiazione (legge n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013), su cui cfr. SESTA, Michele. **L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari**. In **Famiglia e diritto**, n. 3/2013, p. 231 ss. Volendo utilizzare un altro valore calviniano, alla Riforma della filiazione va dato il merito di aver reso visibili – in termini di pari dignità sociale – i figli c.d. naturali, ossia nati fuori dal matrimonio, per anni rimasti al margine della famiglia tradizionale.

²⁸ PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)**. In Id., **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1954.

²⁹ RODOTA', Stefano. **Il terribile diritto**. Bologna: il Mulino, 2013; MARELLA, Maria Rosaria. **Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni**. Verona: Ombre corte, 2012.

³⁰ GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. Ohio State Univ. Pr., II ed., 1995.

³¹ ALPA, Guido, **Le stagioni del contratto**. Bologna: il Mulino, 2012.

³² Il quale garantisce al consumatore un diritto di ripensamento, che gli consente di determinare unilateralmente lo scioglimento del vincolo contrattuale. Allo scopo di rendere effettivo l'esercizio di tale diritto di scioglimento unilaterale del contratto è notevole la previsione di stringenti obblighi di informazione. Si considerino gli artt. 47, 52 e 59 del c.d. Codice del consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e successive modifiche e integrazioni), che ambientano tali prescrizioni a carico del professionista

la sua propensione verso la leggerezza: la famiglia fondata sul matrimonio si è dimostrata un modello troppo *hard*, non più in grado di rispondere alle esigenze sociali, come mostra il diffondersi di modelli familiari “altri” (coppie di fatto etero e *same-sex*; famiglie monoparentali, famiglie ricomposte, etc.)³³ che hanno trovato riconoscimento giuridico non solo nel formante giurisprudenziale, ma anche in isole normative definite dal legislatore³⁴. Non solo, giacché nel senso di rendere più rapida e *soft* l’uscita dalla famiglia matrimoniale si è mossa di recente la legge del 6 maggio 2015, n. 55, che introduce procedure semplificate e maggiormente “rapide” per la separazione e il divorzio³⁵.

3. La leggerezza è stata interpretata dai partecipanti alla sessione nelle sue declinazioni più personalistiche, con particolare riferimento, cioè, al biodiritto e al diritto di famiglia. Ambiti del diritto, d’altra parte, più esposti al potere politico e sovrano, ove si avverte da più parti che è in corso una partita in cui è in palio, foucaultianamente, la re-distribuzione del potere sul corpo e sulla vita³⁶. In questi ambiti, invero, la norma giuridica si è rivelata, nel XX secolo più che mai, uno straordinario strumento di governamentalità, dal momento che regole e istituti del diritto privato hanno finito per distribuire poteri economici, sociali o simbolici, dei quali occorre valutare gli effetti³⁷. Ciò emerge specie quando ci si confronta con casi di frontiera, c.d. eticamente sensibili, e come tali invischiati nel fuoco incrociato di polemiche e dibattiti spesso viziati da pregiudizi; in tali casi altissimo è il rischio che l’“appesantimento” delle posizioni contrapposte dia vita ad una

rispettivamente in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, di contratti conclusi a distanza, di vendite concluse tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi. Di non poco momento sono anche le ipotesi di recesso di cui agli artt. 64, 73 e 74 del Codice. La prima è dettata in tema di contrattazioni a distanza ovvero negoziate al di fuori dei locali commerciali, la seconda in tema di negoziazioni che attribuiscono all’acquirente un diritto reale che assicuri il godimento turnario di un immobile (c.d. multiproprietà).

³³ MARELLA, Maria Rosaria – MARINI, Giovanni, **Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia**. Roma-Bari: Laterza, 2014.

³⁴ Vedi ad esempio l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che l’art. 5 della legge 40/2004 riconosce anche alle coppie conviventi (eterosessuali).

³⁵ La legge sul c.d. “divorzio breve”, la cui disciplina prevede che il termine di separazione per chiedere lo scioglimento del matrimonio passa dai 3 anni a 12 mesi se la separazione è giudiziale o a 6 mesi se la separazione è consensuale. L’intervento legislativo completa il quadro delle misure acceleratorie in materia di divorzio e di separazione. Da ultimo, nel senso di una contrattualizzazione del diritto di famiglia si muovono le norme sulla c.d. ‘negoiazione assistita’, procedura conciliativa alternativa al contenzioso (ADR), disciplinata dal d. l. n. 132/2014 recante ‘Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile’, convertito con modificazioni in legge n. 162/2014.

³⁶ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: Naissance de la prison**, Paris:Gallimard, 1975. In questa prospettiva cfr. le riflessioni giuridiche di RODOTA’, Stefano. **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**, Roma-Bari: Laterza, II. ed., 2009.

³⁷ MARELLA, Maria Rosaria. **I diritti civili fra laicità e giustizia sociale**. In S. Anastasia (a cura di), **Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli**, Torino: Giappichelli, 2011, p. 45 ss.

logorante guerra di trincea, ad un *clash of absolutes*, dove il legislatore non interviene (per volontà o debolezza politica) con la conseguenza che i giudici (ordinari, costituzionali e sovranazionali), nel confrontarsi con i singoli casi della vita, si trovano a dover rendere giustizia in via suppletiva, muovendosi in un limbo normativo che li espone al rischio (o comunque alla critica) di appropriarsi degli spazi che dovrebbero inerire alla discrezionalità spettante proprio a quel legislatore rimasto inerte. Sotto questa lente possono essere letti i contributi di Raffaele Ragoni e di Giada Ragone e Benedetta Vimercati³⁸, volti ad indagare il rapporto tra diritto, etica e nuove tecnologie biomediche rispetto alle questioni del fine vita. L'attualità, difatti, ci mostra corpi contesi dal medico-scientziato, dai familiari del morente, dallo Stato e dalla persona interessata. Il potere sovrano sul corpo del cittadino sembra transitare dallo Stato, dunque da una disciplina di diritto pubblico, al cittadino, *ergo* ad una disciplina di diritto privato. Quest'ultimo, come noto, regola le relazioni sociali tra cittadini, ma - al pari del diritto pubblico (che invece predispone l'apparato coercitivo dello Stato) - non è esente da relazioni di potere tra soggetti che si pretendo e presumono uguali³⁹. È questo, peraltro, il lascito di quella che Michel Foucault ha definito la "microfisica dei poteri", ossia del potere che si ramifica in tutte le relazioni sociali, facendosi capillare⁴⁰.

L'attenzione sempre crescente per il corpo delle persone e la vita umana, allora, nello Stato moderno (e anche in quello costituzionale) comporta un progressivo allargarsi oltre lo "stato di eccezione" delle decisioni sulla "nuda vita", al punto che si giunge ad una zona di indistinzione non solo tra fatto e diritto, ma pure fra politiche di vita e politiche di morte, dove il potere sovrano «entra in simbiosi sempre più intima non solo col giurista, ma anche col medico, con lo scienziato, con l'esperto, col prete»⁴¹. Chi diventa, pertanto, il sovrano del corpo del cittadino in fin di vita? A quale potere/sapere spetta decidere sul corpo morente del malato? La prospettiva

³⁸ Questo contributo, in particolare, mostra come il rapido e considerevole sviluppo della scienza ha portato alla brevettazione di tecniche neuro scientifiche, quali il *Neuroimaging* o il *Brain-Computer interfacing*, che consentono di accedere a taluni aspetti interiori della persona umana, senza bisogno della mediazione di questa. Ciò ha conseguenze giuridiche di non poco momento, tanto più in seno agli ordinamenti giuridici contemporanei, volti a massimizzare sempre più la tutela dell'autodeterminazione della persona. Peraltro, la correlazione tra scienza e diritto è di nodale interesse nell'ambito delle c.d. *end-life decisions*, poiché le più avanzate tecniche neuro-scientifiche permettono di interagire con un individuo in apparente stato di incoscienza (coma o stato vegetativo) senza bisogno di alcuna estrinsecazione motoria o verbale, bastando dei puri "atti psichici" del soggetto esaminato. Ciò apre alla possibilità di conoscere l'attuale volontà di un paziente tradizionalmente considerato incapace, con riferimento al suo mantenimento in vita tramite apparecchiature mediche e/o nutrizione e idratazione artificiale.

³⁹ MARELLA, Maria Rosaria. **Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative**. In A. Somma (a cura di), **Soft law e hard law nelle società postmoderne**, Torino:Giappichelli, p. 101 ss.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita**, Torino: Einaudi, 1995, p. 135.

costituzionalmente orientata dell'autodeterminazione⁴² impone al giurista di spostare l'attenzione dal potere sovrano dello Stato alle singole persone interessate, dal momento che il potere post-moderno, vale a dire il biopotere – a differenza di quello passato, che si sostanzia nel potere di dare la morte o di lasciar vivere – interviene direttamente sulla vita, producendola e lasciando, invece, la libertà di morire. L'ospedalizzazione della morte, recente frontiera della medicalizzazione della vita⁴³, ridisegna allora le relazioni di potere tra i soggetti coinvolti: morente, familiari, personale sanitario. E tale redistribuzione di potere, inevitabilmente, coinvolge anche il diritto, a cui sempre più spesso si chiede di dare delle certezze.

Anche la famiglia, come mostrano infine i contributi di David Crescenzi, sul riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, e Michela Patti, si conferma un fondamentale strumento di governamentalità, dato che in essa il diritto disciplina rapporti interpersonali, sessuali e intergenerazionali, strutturando precise relazioni di potere fra i generi e costruendo identità e ruoli sociali che coinvolgono gli individui e i gruppi fino a incidere sulla fisionomia delle comunità nazionali⁴⁴.

4. All'inizio della prima lezione americana, Calvino constata il difficile compito di chi, come lui, voleva fare dei "fatti della vita (...) la materia prima" del proprio lavoro, perseguendo al tempo stesso l'ambizione ad una scrittura caratterizzata da "agilità scattante e tagliente", questo perché "la pesantezza, l'inerzia, l'opacità del mondo" sono "qualità che s'attaccano subito alla scrittura, se non si trova il modo di sfuggirle"⁴⁵.

Già da questa riflessione è possibile cogliere i molteplici parallelismi tra la letteratura e il diritto, l'una e l'altro chiamati a confrontarsi con la realtà per porsi poi su un piano diverso, così da assumere una posizione privilegiata, ma al tempo stesso pericolosa. Nel tentativo di rappresentare la vita, infatti, rischiano di venirne travolti e al tempo stesso di comprimerla, offrendone una cristallizzazione fittizia, incapace di esprimerne la dinamicità.

⁴² Ampliamente cfr. RODOTA', Stefano. **Il diritto di avere diritti**, Roma-Bari:Laterza, 2012, in particolare p. 250 ss.

⁴³ FOUCAULT, Michel. **La politica della salute nel XVIII secolo**. In Dal Lago A. (a cura di), **Archivio Foucault II. 1971–1977. Poteri, saperi, strategie**, Milano:Feltrinelli, p. 210 ss.

⁴⁴ Così cfr. MARELLA, Maria Rosaria – MARINI, Giovanni, **Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia**, op. cit. È del 26 giugno 2015, peraltro, la storica decisione della Corte Suprema degli USA che ha statuito che i matrimoni *same sex* contratti negli Stati americani in cui sono permessi hanno valore legale in tutti gli Stati americani, anche in quelli in cui non sono disciplinati.

⁴⁵ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit., p. 8.

Come è emerso dai contributi dei relatori, tale aspetto è tanto più vero quanto più il diritto è chiamato ad affrontare le tematiche attinenti alla biologia, agli affetti o che pongono delicati interrogativi sotto il profilo etico. Proprio laddove deve confrontarsi con le possibilità offerte dalla tecnica o è chiamato ad intervenire rispetto a valori, principi e interessi contrastanti, infatti, il diritto rischia di trasformarsi nella Medusa che tutto muta in pietra.

Contro il mostro della mitologia greca si staglia la figura di Perseo che, sollevato dai venti e dalle nuvole, viene presentato da Calvino come eroe di leggerezza: egli è il modello cui deve ispirarsi lo scrittore del nuovo millennio nel confrontarsi con un mondo pesante o con il peso del vivere. Perseo è capace di vincere la Gorgone perché, pur senza volgergli lo sguardo direttamente, non ne rifiuta l'esistenza e anzi, una volta vinta, la conserva con delicatezza e ne fa la propria arma. L'Autore delle *Lezioni americane*, infatti, non invita a fuggire nel sogno o nell'irrazionale, ma a "guardare il mondo con un'altra ottica, un'altra logica, altri metodi di conoscenza e di verifica"⁴⁶. Il diritto leggero non deve essere infatti un diritto che rinuncia al suo compito regolativo, ma che lo fa con un approccio diverso⁴⁷.

Il giurista è invitato a muoversi con leggerezza, dovendo maneggiare uno strumento che come la Medusa è al tempo stesso minaccia e risorsa. Come osserva Eligio Resta, infatti, il diritto è *pharmakon*, antidoto e veleno, in grado di salvare solo a fronte di un accurato dosaggio, che sappia mediare tra le potenzialità della tecnica, le aspirazioni e i valori della vita e la misura della legge⁴⁸.

Ma nel far ciò il diritto può raggiungere un'ideale di leggerezza? Quando il diritto può definirsi leggero?

A lungo e in diversi contesti si è parlato di mitezza, leggerezza del diritto, di una "graduazione dell'*hardness*", rimanendo però spesso confinati in un equivoco di fondo⁴⁹.

Il dibattito è stato tradizionalmente articolato, infatti, sul piano della contrapposizione tra

⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁷ Rodotà, analizzando il rapporto del diritto con la vita si pone il problema dei limiti del diritto, temendo che lo stesso possa impadronirsi della vita e prospetta l'esigenza di un diritto diverso, capace di porsi come "strumento umile e disponibile piuttosto che come imposizione insostenibile", RODOTÀ, Stefano, **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**. Milano, Feltrinelli, p. 72.

⁴⁸ RESTA, Eligio. Atti del seminario CNEL "**Il Diritto governa la Tecnica?**" *Focus sulla dematerializzazione dei documenti: Stato dell'arte e prospettive*, tenuto a Roma il 16 dicembre 2008, p. 25, reperibile on-line al link http://www.cnel.it/53?shadow_documenti=8226.

⁴⁹ Cfr. MARELLA, Maria Rosaria. **Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative**, in A. Somma (a cura di), **Soft law e hard law nelle società postmoderne**, Torino: Giappichelli, p. 101 ss.

diritto scritto e diritto giurisprudenziale, diritto pubblico e diritto privato, regolamentazione legislativa e autonomia privata, presupponendo che l'uno sia più o meno *hard* dell'altro perché più o meno coercitivo, quando invece "è diritto *hard* anche il non diritto"⁵⁰, poiché l'idea di forza è intrinseca alla stessa nozione di diritto, che è tale in quanto fonte di risorse e di potere⁵¹.

La ricerca di un diritto meno *hard*, allora, non deve avvenire sul piano contenutistico o del grado di coercizione, ma sulla base di una diversa relazione tra diritto e politica⁵². Emerge in questa prospettiva la leggerezza come tecnica legislativa, il diritto leggero è quello in cui assume rilievo il profilo relazionale; quest'ultimo diviene strumento sia di formazione che di legittimazione della norma, ma richiede che poi alle regole giuridiche si ricolleghino realmente effetti distributivi⁵³.

La sfida del giurista del Terzo millennio è quella di togliere peso al diritto, di renderlo capace di mutare costantemente, di cambiare interpretazioni, concetti e contenuti, così da garantire lo sviluppo della personalità di ciascuno e il continuo adeguamento alla realtà in un contesto che ne assicuri la più ampia libertà.

La stessa letteratura è, per Calvino, un fattore di ordine e di libertà, «è una di queste minime porzioni in cui l'esistente si cristallizza in una forma, acquista un senso, non fisso, non definitivo, non irrigidito in una immobilità minerale, ma vivente come un organismo»⁵⁴. La stessa flessibilità dovrebbe caratterizzare il diritto, soprattutto nel difficile compito di bilanciamento dei diritti fondamentali. Alla ricerca di "una scelta definitiva di interessi e valori in conflitto", la norma posta dal legislatore rischia di strutturarsi come "regola di prevalenza", incapace di risolvere il conflitto e tale anzi da condurre a una situazione di "*clash of absolutes*"⁵⁵.

Occorrerebbe prediligere, invece, una tecnica di regolamentazione giuridica diversa, basata su regole di "compatibilità", regole che consentono la coesistenza di valori differenti senza

⁵⁰ Il riferimento è al ruolo disciplinare dell'omissione. *Ibidem*, p. 105.

⁵¹ Cfr. Derrida, Jacques, **La forza del diritto**, In **Rivista critica del diritto privato**, n. 1/2005; MARELLA, Maria Rosaria. **Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative**, Cit.

⁵² MARELLA, Maria Rosaria. **Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative**, Cit., p. 106 ss.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit., p. 70.

⁵⁵ MARELLA, Maria Rosaria, **Identità culturale e 'differenze'. A proposito del saggio di Paolo Morozzo della Rocca**. In **Rivista critica del diritto privato**, n. 3/1992, p. 440.

delegittimarne alcuno, regole maggiormente conformi ad una società pluralista e laica⁵⁶. La regola di compatibilità, infatti, essendo «il frutto di una prospettiva relazionale», esclude l'opportunità di rifarsi ad una gerarchia prefissata di valori e interviene in «una situazione di conflitto senza far ricorso a valutazioni basate su criteri di carattere assoluto»⁵⁷.

Alla letteratura, così come al diritto, si chiede allora la capacità di trasformazione, l'assunzione di caratteri quasi antropomorfici, come del resto sono quelli proposti nelle sei *Lezioni americane*, idonei a rappresentare più un organismo che un testo letterario⁵⁸.

In questa ricerca antropologica, i sei *memos* vogliono essere una guida di fronte agli interrogativi «sulla sorte della letteratura e del libro nell'era tecnologica cosiddetta postindustriale». Il tema della macchina, della superfluità del soggetto, di cui l'Autore aveva già parlato in altre opere⁵⁹, è un tema che supera il linguaggio come afferma lui stesso nella lezione sull'esattezza, sostenendo che la «[l]a peste (l'inconsistenza) colpisce anche la vita delle persone e la storia delle nazioni, rende tutte le storie informi, casuali, confuse, senza principio né fine. Il mio disagio è per la perdita di forma che constato nella vita (...)»⁶⁰. Ancora una volta, se si vuole fare un parallelismo, emerge l'aspirazione a un diritto *soft* che conservi la propria umanità attraverso la valorizzazione di un'elaborazione partecipata e sottratta.

Nella prospettiva del diritto, in definitiva, la leggerezza diventa la cifra di tutti i valori indicati da Calvino nelle sue *Lezioni americane*, dal momento che il togliere peso al diritto comporta una ridefinizione di dogmi e categorie (spesso non più adeguate ad una società pluralista), una moltiplicazione di strumenti di tutela e garanzia, la predisposizione di procedure più snelle e rapide, in un quadro ove la molteplicità delle posizioni politiche e ideologiche dei consociati rimane l'unico contenuto "solido" da tutelare e i valori costituzionali la griglia che assicuri coerenza all'intero sistema giuridico.

⁵⁶ sulle regole di compatibilità cfr. RODOTA', Stefano. **Repertorio di fine secolo**. Roma-Bari: Laterza, 1999.

⁵⁷ così M.R. Marella, **Identità culturale e 'differenze'**. Cit. p. 440.

⁵⁸ ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. Cit., p. 86.

⁵⁹ Il riferimento è a *Cibernetica e fantasmi* (1967-68), in cui Calvino ipotizza che le macchine possano addirittura prevalere sulla figura dell'autore: sulla questione si veda ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. Specificamente p. 87.

⁶⁰ CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Cit., p. 61.

IL DIRITTO AL MATRIMONIO E ALLA VITA FAMILIARE DELLE COPPIE SAME-SEX AL TEMPO DELLA “NAZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA”: UNA PROPOSTA DI CONCILIAZIONE SULLA BASE DELLA LEGGEREZZA DEI PRINCIPI DI *HUMANITAS* EX ARTT. 2, 3 E 29 COST

David Crescenzi¹

1. PER UN DIRITTO “LEGGERO”

Calvino amava definirsi un autore di *fiction* che, per tutto il corso della sua avventura umana, si era profuso in una costante operazione di “sottrazione di peso”². Un peso che, in qualità di narratore universale, egli avvertiva gravare sulle “figure umane”, sui “corpi celesti” e, chiaramente, sul “linguaggio”³. Tuttavia, è proprio dinnanzi alle porte di questo dedalo che, forse, può cogliersi il messaggio più profondo lasciatoci da Calvino: dobbiamo allenare la nostra anima intellettuale a rimanere viva, in movimento ed in costante rapporto con la nostra componente sensitiva. Insomma, chiedere a mente e cuore di portarci a volare, come Perseo sui “venti e le nuvole”⁴, con leggerezza.

Ebbene, lungi dal rimanere relegata al fantastico della letteratura, questa stessa *levitas* dovrebbe informare ogni campo del vivere civile e, dunque, anche quello del diritto. Infatti, specie quando vengono in rilievo casi di frontiera, eticamente sensibili, e come tali invischiati nel fuoco incrociato di polemiche spesso viziate da pregiudizi, altissimo è il rischio che l’“appesantimento” delle posizioni contrapposte dia vita ad una logorante guerra di trincea dove ciascuno dimentica ciò che più conta: lo spirito di *humanitas* proprio del motto terenziano “*homo sum, humani nihil a me alienum puto*”⁵. In sostanza, la comprensione delle ragioni dell'altro-da-noi, primo fondamentale passo per l'elaborazione di soluzioni normative condivise.

¹ Dottorando presso l'Università degli Studi di Perugia.

² CALVINO, Italo. *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*. Milano: Mondadori, 2014 (ristampa).

³ CALVINO, Italo. *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 7.

⁴ CALVINO, Italo. *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 8.

⁵ PUBLIO TERENCE AFRO, *Heautontimorùmenos*. v. 77.

In tal senso, esemplare è la questione dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso e della domanda di riconoscimento che da esse si leva.

2. CENNI SUL DIBATTITO ATTORNO AL NUOVO DIRITTO DI FAMIGLIA

Uno dei caratteri propri della post-modernità è quello della velocità dei mutamenti sociali, con la conseguente emersione di aspettative di riconoscimento e tutela, sul piano giuridico, nuove ed ulteriori rispetto a quelle comunemente conosciute⁶. Cambiamenti spesso improvvisi che, mettendo in discussione costumi e paradigmi inveterati da secoli, raramente vengono accettati senza frizioni.

Prendiamo i concetti di famiglia e matrimonio consacrati dall'art. 29 Cost.: una disposizione che rappresenta il teatro su cui oggi si scontrano, da un lato, coloro i quali postulano la necessità di superare l'accezione avita degli istituti del diritto di famiglia al fine di attualizzarli a nuove realtà sociali e, dall'altro lato, i fautori della stabilità degli stessi attraverso la conservazione del loro assetto tradizionale.

Tra i primi, ricordiamo chi, come Rodotà⁷, ritiene che i legami che danno vita alla comunità familiare debbano identificarsi sempre meno con il vincolo di sangue e sempre più con quello della autodeterminazione affettiva.

Tra i secondi, invece, ricordiamo chi, come Dalla Torre⁸, denuncia l'emersione di una ideologia c.d. del *gender* che degraderebbe i concetti di femminilità e mascolinità a costruzioni puramente culturali: di qui, un' "eclisse dell'elemento dell'eterosessualità"⁹ che metterebbe in discussione la "verità naturale" del matrimonio come luogo normalmente deputato alla procreazione nonché la deriva verso rapporti familiari incardinati su un vincolo ambiguo, quello dell'*affectio*.

Chiaramente, prospettive come quella da ultimo ricordata si pongano in contrasto insanabile con quella degli attivisti dei diritti degli omosessuali che, nei *moloch* della natura e della

⁶MODUGNO, Franco. I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale. Torino: Giappichelli, 1995. p. 1.

⁷MARTIRANO, Dino. Rodotà: una trasparenza socialmente pericolosa. Il Corriere della Sera, 25 aprile 2000.

⁸ DALLA TORRE, Giuseppe. *Veritas, non auctoritas facit matrimonium*. pp. 3-4. Disponibile in: http://www.ugci.org/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=3&Itemid=165.

⁹DALLA TORRE, Giuseppe. *Veritas, non auctoritas facit matrimonium*. pp. 6-8.

tradizione, intravedono ragioni vuote, insincere e comunque inidonee a fraporsi al riconoscimento di nuove situazioni giuridicamente protette: intanto, perché di dubbia configurabilità su un piano scientifico-giuridico tanto da prestare il fianco a fallacie logiche¹⁰ e, soprattutto, perché, nell'ambito di una forma di Stato come la nostra, che è incentrata sulla primazia della persona umana, per negare il riconoscimento di un diritto fondamentale (come sarebbero quelli in parola) occorre la presenza di un preciso contro-interesse di eguale rango che, tuttavia, non sarebbe riscontrabile nei concetti indeterminati di *natura e tradizione*¹¹.

3. IL DIRITTO AL MATRIMONIO PER LE COPPIE OMOSESSUALI

3.1. La recente giurisprudenza della Corte costituzionale: dalla sentenza n. 138/2010 alla n. 170/2014

Ma veniamo all'analisi degli attuali orientamenti riscontrabili sul punto nel formante giurisprudenziale.

Come ricordato dalla Cassazione nella celebre sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, nel nostro Paese, la "diversità di sesso dei nubendi" è sempre stata considerata "requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante"¹². Infatti, sebbene l'art. 29 Cost. non affermi espressamente che i "coniugi" debbano essere di sesso opposto, detta chiarificazione giunge: *in primis*, da una serie di fonti pattizie internazionali, quali l'art. 16 § 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e l'art. 12 della CEDU del 1950; *in secundis*, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, dopo avere affermato in passato che il diritto al matrimonio derivi dal combinato disposto degli artt. 2 e 29 Cost.¹³, con la sentenza n. 138 del 14 aprile 2010, ha rilevato che è proprio sotto il profilo dell'art. 29 che la posizione delle coppie omosessuali non sarebbe paragonabile a quella delle coppie eterosessuali. Infatti, la Consulta fa leva su una lettura storico-originalista del parametro in

¹⁰LOLLI, Chiara. Osservazioni rese nel corso del convegno "La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie", organizzato da Rete Lenford, Articolo 29 e Magistratura Democratica. Roma, Nuova Aula dei Gruppi parlamentari, 30 maggio 2014. Disponibile in: <http://www.radioradicale.it/scheda/412691>.

¹¹BRUNELLI, Giuditta. PEZZINI, Barbara. Osservazioni rese nel corso del convegno "La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie", organizzato da Rete Lenford, Articolo 29 e Magistratura Democratica. Roma, Nuova Aula dei Gruppi parlamentari, 30 maggio 2014.

¹²§ 2.2.2. "motivi della decisione" Cass. n. 4184/2012.

¹³Corte cost. n. 445 del 12 novembre 2002.

questione per cui, sebbene i concetti di famiglia e matrimonio non debbono necessariamente ritenersi “cristallizzati” all’epoca in cui entrò in vigore la Costituzione, tuttavia, esistono dei limiti ermeneutici che, al di fuori di una “interpretazione creativa” di dubbia legittimità, non potrebbero travalicarsi senza incidere sul “nucleo della norma” voluta dai Padri ¹⁴: questo perché, evidentemente, gli autori della Costituzione “tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942” ¹⁵, il quale contiene disposizioni che indubbiamente postulano che il rapporto di coniugio si sviluppi tra un uomo e una donna, al punto di considerare che, come recentemente precisato sempre dalla Corte nella sentenza n. 170 dell’ 11 giugno 2014, “quella stessa” nozione fosse “presupposta” anche dall’art. 29 ¹⁶. Del resto, incalza il Giudice delle leggi, sul piano sistematico, alla luce dell’art. 30 Cost., sembra di potersi desumere che il matrimonio si caratterizzerebbe, altresì, per la sua “(potenziale) finalità procreativa” ¹⁷.

Di qui, la conclusione che “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”, sicché, trattandosi di fenomeni differenti, non sarebbe irragionevole alla stregua dell’art. 3 Cost. che il codice civile non le contempli nell’ambito della disciplina sull’istituto matrimoniale ¹⁸.

Per contro, apre la Corte, il profilo da valorizzare è quello *ex art. 2 Cost.* in forza del quale l’unione *same-sex*, intesa come “stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso”, va ormai ricondotta nel novero delle “formazioni sociali” cui si riferisce proprio l’art. 2 e che si identificano con “ogni forma di comunità [...] idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona” ¹⁹. Per l’effetto, dunque, ecco la proclamazione del “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia” che, a sua volta, postula il riconoscimento e l’attribuzione a tali coppie di uno statuto di diritti e doveri ²⁰. Tuttavia, alla luce della “diversità delle scelte operate” dalle “legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette”, e dunque al cospetto di più possibili opzioni per inverare il diritto fondamentale predetto e non già di una e una sola (nel qual caso avrebbe potuto intervenire la stessa Corte con una sentenza additiva), spetta al

¹⁴§ 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

¹⁵§ 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

¹⁶§ 5.2. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 170/2014.

¹⁷§ 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

¹⁸§ 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

¹⁹§ 8. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

²⁰§ 8. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

“Parlamento” provvedervi “nei tempi, nei modi e nei limiti” da esso stabiliti²¹.

Un assetto, questo, sostanzialmente confermato dalla sentenza 11 giugno 2014 n. 174 che ha censurato la l. n. 164/1982 per il fatto che, quando impone (legittimamente) lo scioglimento del matrimonio e la cessazione dei suoi effetti civili nel caso in cui uno dei coniugi cambi sesso (c.d. divorzio imposto), dovrebbe però prevedere che, ove i due soggetti intendano continuare a vivere insieme, ciò sia loro possibile nell'ambito di un rapporto regolato dalla legge. Infatti, osserva la Corte, attualmente non si avrebbe un adeguato bilanciamento tra l'interesse della coppia (soccombente) e il c.d. “interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio”²². Ma, detto ciò, la Consulta si è poi limitata ad invitare il Legislatore ad intervenire sul punto²³.

3.2. Una lettura critica della giurisprudenza della Corte

L'impostazione fatta propria dalla Consulta, pur essendo “un primo passo” verso il “pieno riconoscimento giuridico” delle unioni in parola²⁴, invero, presta il fianco a gravi criticità.

Prendiamo, ad es., l'accusa per cui la Corte avrebbe invertito la logica del giudizio di costituzionalità utilizzando eccentricamente le disposizioni oggetto del sindacato di legittimità (ad es. le parti del codice civile che ostano al matrimonio omosessuale) come dato per interpretare il parametro (art. 29 Cost.)²⁵.

Ma ciò che risulta davvero bizzarro è il nuovo concetto di *interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio*. In tal senso, è importante osservare che, nonostante l'interesse delle parti private coinvolte nella sentenza n. 170 del 2014 trovi un chiaro

²¹§ 8. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

²²§ 1. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 170/2014.

²³§ 5.6. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 170/2014. BIONDI, Francesca. **La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto**. In **Forum di Quaderni costituzionali**. 24 giugno 2014. Disponibile in: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0026_nota_170_2014_biondi.pdf. Accesso effettuato in: 30 giugno 2014

²⁴RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012. p. 294.

²⁵BRUNELLI, Giuditta. PEZZINI, Barbara. Osservazioni rese nel corso del convegno “*La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie*”, organizzato da Rete Lenford, Articolo 29 e Magistratura Democratica. Roma, Nuova Aula dei Gruppi parlamentari, 30 maggio 2014.

fondamento nell'art. 2 Cost.²⁶, *ergo* nel *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*²⁷, per contro, affatto chiaro appare il fondamento del contro-interesse statale sopra menzionato.

Infatti, se, alla luce lettura data all'art. 29 Cost. dai Padri costituenti²⁸, la “famiglia fondata sul matrimonio” è “una società” definita “naturale” *al solo scopo* di porla quale entità-data-*preesistente* allo Stato²⁹, ebbene: come prima conseguenza (in positivo), ne viene che non può esservi un *interesse* di quest'ultimo a conformarne il modello, bensì, semmai, un *dovere* di “riconoscerlo”, ossia prendere atto della sua esistenza e contestualmente, in ragione della sua caratura di *formazione sociale* essenziale al pieno sviluppo della persona umana, tutelarla; poi, come seconda conseguenza (in negativo), ne viene che l'aggettivo “naturale”, per il diritto, non comporta l'obbligo di difesa di un “ordine naturale” biologicamente inteso, sicché neanche questo può essere il contenuto del suddetto *interesse* dello Stato.

Del resto, di tale ultimo rilievo troviamo conferma anche nella sentenza n. 4184/2012 della Cassazione, la quale ricorda che il “postulato” su cui trova giustificazione il paradigma eterosessuale del matrimonio è fondato su “antichissime e condivise tradizioni”, definite “culturali”, tra le quali si pone anche l'idea di un ““ordine naturale” che esige la diversità di sesso dei nubendi”³⁰. Dunque, se il diritto considera il matrimonio come unione tra un uomo e una donna, lo fa non in ossequio alle scienze naturali, bensì, alle tradizioni sociali (almeno fintanto che restino “condivise”). Quindi, il termine “natura” deve essere considerato come sinonimo di “tradizione”, il che è fondamentale poiché, mentre la *natura tecnicamente intesa* non può cambiare, la tradizione, sotto le inevitabili trasformazioni sociali, sì.

D'altra parte, ne abbiamo una palese conferma se guardiamo a quella giurisprudenza

²⁶§ 5.6. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 170/2014.

²⁷§ 5.1. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 170/2014.

²⁸Vd.: intervento di Aldo Moro nell'Adunanza plenaria del 15 gennaio 1947. CAPORRELLA, Vittorio. *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*. In *Storicamente*, 6 (2010), no. 9. Disponibile in: http://storicamente.org/famiglia_costituzione_italiana. Accesso effettuato in: 28 giugno 2014.

²⁹§ 9. dei “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

³⁰§ 2.2.2. “motivi della decisione” Cass. n. 4184/2012. PUGIOTTO, Andrea. *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*. In *Forum di Quaderni costituzionali*. p. 7 e nota n. 29. Disponibile in: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0226_pugiotto.pdf. Accesso effettuato in: 20 giugno 2014.

costituzionale ³¹ (e sovranazionale ³²) che è ormai ferma nell'accogliere il matrimonio tra individui con il medesimo genotipo, maschile o femminile, dei quali uno abbia proceduto ad intervento modificativo dei caratteri sessuali (coppie *opposite gender* ³³). Da ciò, si evince: *in primis*, che taluni argomenti utilizzati dalla Corte per configurare in senso eterosessuale il matrimonio, come quello della sua "(potenziale) finalità procreativa" nonché quello dell'interpretazione che avrebbero potuto darne i Padri ³⁴, ne escono grandemente depotenziati, per l'ovvia considerazione che consentire il matrimonio ad una coppia solo giuridicamente (ma non biologicamente) eterosessuale significa, da un lato, accettare *a priori* che possano costituirsi "famiglie fondate sul matrimonio" che non potranno procreare (ma, d'altra parte, chi si era mai sognato di negare il matrimonio a coppie eterosessuali sterili?) e, dall'altro lato, fornire una interpretazione evolutiva della Carta costituzionale, attenta molto più alle aspettative delle persone di oggi che non agli orizzonti culturali del mondo di ieri; *in secundis*, conseguentemente, in base al principio di non contraddizione, ne viene che l'*eterosessualità biologicamente intesa* non può far parte di quel "nucleo" dell'art. 29 che, a detta della Corte, non sarebbe superabile per via ermeneutica ³⁵. Ciò che rimane, dunque, è una *fictio artificiale*: quella dell'*eterosessualità giuridicamente intesa* che interviene in un settore che non tollera artificiosità poiché, oltre ad essere sostenuta in un contesto di *tradizione non più condivisa* da gran parte della collettività ³⁶, si configura, altresì, come un capovolgimento della logica sottesa all'art. 29, per il quale la "Repubblica" si limita a "riconoscere" ciò che la società, con il mutare del tempo, considera famiglia e matrimonio, astenendosi dallo strutturarli *giuridicamente* dall'alto ³⁷.

Quindi, è quantomeno dubbio il rilievo della Consulta secondo cui, alla stregua dell'art. 3 Cost., le coppie omosessuali non sarebbero discriminate rispetto a quelle eterosessuali dacché si

³¹ § 9. "Considerato in diritto" Corte cost. n. 138/2010; § 5.2. "Considerato in diritto" Corte cost. n. 170/2014.

³² V. Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002.

³³ In tal senso, fondamentale è stata la dottrina elaborata dalla Corte EDU nell'ambito del caso *Goodwin c. Regno Unito* del 2002. REPETTO, Giorgio. **Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto.** In *rivistaaic*, N.00 del 2 luglio 2010. p. 2. Disponibile in: <http://www.rivistaaic.it/il-matrimonio-omosessuale-al-vaglio-della-corte-di-strasburgo-ovvero-la-negazione-virtuosa-di-un-diritto.html>. Accesso effettuato in: 20 giugno 2014.

³⁴ § 9. "Considerato in diritto" Corte cost. n. 138/2010.

³⁵ § 9. "Considerato in diritto" Corte cost. n. 138/2010.

³⁶ ISTAT (a cura di). **La popolazione omosessuale nella società italiana.** 17 maggio 2012. p. 1. Disponibile in: <file:///C:/Users/Notebook/Downloads/Popolazione%20omosessuale%20nella%20societ%C3%A0%20-%2017-mag-2012%20-%20Testo%20integrale.pdf>.

³⁷ Cfr. BIONDI, Francesca. **La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto.** p. 2.

tratterebbe di situazioni tra loro “non omogenee” e dunque regolabili in termini differenti³⁸: infatti, se tra gli *essentialia* del matrimonio non può comparire la finalità procreativa (la quale è soltanto un’eventualità, per quanto importante), non si vede come possa dirsi ragionevole espungere dallo statuto matrimoniale delle coppie (*same-sex*) disposte a sobbarcarsi tutti i diritti e gli obblighi che ad esso si accompagnano al pari di quelle eterosessuali. Tanto più che queste ultime non subirebbero da tale innovazione alcuna minorazione dei loro diritti e doveri, come dimostra la vicenda dell’estensione del matrimonio alle coppie *opposite gender*. Anzi, a ben vedere, e contrariamente a quanto sostenuto dalla Consulta³⁹, proprio la vicenda di queste ultime vale a pieno titolo come *tertium comparationis* per dimostrare la sussistenza di una vocazione discriminatoria ai danni degli omosessuali nell’attuale panorama legislativo.

Ma c’è di più: alla base della tutela giuridica del transessuale sta la necessità di permettergli di veder ricongiunto “il soma con la psiche”⁴⁰. Perché, dunque, in un’epoca in cui il diritto fondamentale alla salute si declina anche in termini di benessere psicofisico con l’ambiente sociale in cui viviamo⁴¹, frustrare una coppia di omosessuali contrassegnandola con il marchio di *unioni minoranti*? È dal 1990 che l’O.M.S. ha depennato l’omosessualità dalla lista delle patologie mentali cominciando a definirla una “variante naturale del comportamento umano”⁴², tuttavia, come puntualizzato da molti studi⁴³, il perdurare di “social stressors related to stigma and prejudice” nei confronti di queste persone le espone a disagi psichici che, per poter essere estirpati, dovrebbero essere affrontati anche attraverso una serie di “political and structural changes” fra i quali, giustappunto, interventi legislativi antidiscriminatori come sarebbero quelli tesi ad introdurre il matrimonio *same-sex*. Invece, allo stato, parrebbe volersi far passare il messaggio (barbarico e violento) che, per potersi sposare, un omosessuale dovrebbe conformare *il soma con le tavole della legge*.

³⁸ § 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

³⁹ § 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

⁴⁰ § 9. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

⁴¹ Merita di essere ricordato l’Atto costitutivo dell’O.M.S., siglato a New York il 22 luglio 1946, secondo cui “*La sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale*” e anche “*sociale*” che “*non consiste solo in un’assenza di malattia o di infermità*”.

⁴² Decisione dell’OMS del 17 maggio 1990.

⁴³ MEYER. Ilan. **Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: Conceptual issues and research evidence.** In **Psychological Bulletin**, Vol. 129 (5), Sep 2003, pp. 674-697. Disponibile in: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2072932/?iframe=true&width=100%25&height=100%25#S15title>.

3.3. Per un'interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost.: l'esempio delle Corti estere e sovranazionali fino alle aperture della Cassazione

Le suddette problematiche potrebbero superarsi se, anziché considerare l'art. 29 nella staticità di una lettura storico-originalista (dal “sapore retrò” per un mondo in così evidente trasformazione⁴⁴), si scegliesse di sposarne una *evolutiva*, rischiarata attraverso: *in primis*, quella che Ruggeri ha chiamato la “luce abbagliante” degli artt. 2 e 3 Cost.⁴⁵ e, in particolare, sulla base della valenza antidiscriminatoria del principio di uguaglianza⁴⁶; *in secundis*, una rilettura della Costituzione combinata con quella delle Carte dei diritti.

Del resto, sarebbe dogmaticamente ed operativamente errato ritenere che il significato della legge, compresa la Costituzione, vada indagato *sic et simpliciter* alla luce del (solo) canone storico-originalista. Questo perché, a fronte delle oggettive difficoltà ermeneutiche legate alla vaghezza dei testi costituzionali⁴⁷, per sciogliere eventuali nodi interpretativi e capire se si debba e/o si possa procedere ad una “interpretazione correttiva” del significato letterale⁴⁸, si rende necessario domandarsi quale sia stata, sul piano teleologico, la *ratio* perseguita dal Costituente nel modulare quella certa disposizione. D'altra parte, è questa la *forma mentis* richiesta all'interprete da quella *metanorma* che è l'articolo 12 delle disp. prel. al Codice Civile⁴⁹, secondo cui: “Nell'applicare” la legge (compresa la Costituzione⁵⁰) si deve tener conto della “intenzione del legislatore”. Sennonché questa locuzione esprime un “concetto oltremodo vago”⁵¹. Infatti, siccome il termine “legislatore” (al pari di “Costituente”) è utilizzato solo come raffigurazione di comodo, noi non ricerchiamo alcuna “intenzione soggettiva” propria di una o più persone storicamente determinate, sibbene, andiamo in cerca dello “scopo obiettivo” perseguito dalla

⁴⁴VERONESI, Paolo. **Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi**. in *Studium iuris*, n. 10/2010. p. 998.

⁴⁵La citazione di Antonio Ruggeri è in CONTI, Roberto. **La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito**, testo rielaborato dell'incontro di studi su *Vecchie e nuove “famiglie” nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Catania, 29 maggio 2014. In **Questione Giustizia**. 24 giugno 2014. p. 39. Disponibile in: http://www.questionegiustizia.it/articolo/vecchie-e-nuove-famiglie-nella-giurisprudenza-dell_24-06-2014.php. Accesso effettuato in: 30 giugno 2014.

⁴⁶RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. p. 294.

⁴⁷PEGORARO, Lucio. Le fonti del diritto. in AA.VV. **Diritto costituzionale e pubblico**. Torino: Giappichelli, 2002. p. 116.

⁴⁸TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. pp. 42 e 45.

⁴⁹PEGORARO, Lucio. Le fonti del diritto. in AA.VV. **Diritto costituzionale e pubblico**. pp. 108-109.

⁵⁰PEGORARO, Lucio. Le fonti del diritto. in AA.VV. **Diritto costituzionale e pubblico**. p. 108.

⁵¹TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. p. 41.

disposizione⁵². Un fine che si deriva utilizzando differenti strumenti ermeneutici e incrociando le conclusioni cui essi ci portano⁵³. Trattasi, ad es., del sopra menzionato criterio storico, che, come già visto, può declinarsi quale indagine intorno alle motivazioni originarie dei redattori del testo, investendo così anche i “lavori preparatori”, dai quali possono sì trarsi “indizi importanti”⁵⁴, ma sempre nella consapevolezza del loro “valore meramente sussidiario”⁵⁵. Questo perché dobbiamo fare i conti, altresì, con criteri ulteriori, quali: quello *logico*, che, a fronte di un matrimonio fondato su un paradigma di eterosessualità non biologica, ci ha mostrato l’irrazionalità del diverso trattamento tra coppie omosessuali e *opposite gender*; ma, soprattutto, quello *sistematico* che ci chiede di ricercare lo scopo della disposizione leggendo in armonia con i principi dell’ordinamento⁵⁶ (specie quelli “fondamentali” come gli artt. 2 e 3 Cost.) e con quelli derivanti da organizzazioni sovranazionali preposte alla tutela dei diritti umani, come l’UE e il Consiglio d’Europa⁵⁷.

Ebbene, nel nostro caso, proprio il criterio sistematico assume valenza dirimente, tanto nella sua dimensione *interna* (che ci orienta a cercare per l’art. 29 una lettura coerente con principi come quello *ex art. 3 Cost.*) quanto nella sua dimensione *esterna* (che ci spinge ad attribuire ai concetti di “famiglia” e “matrimonio” un significato conforme ai principi sovranazionali in materia di diritti umani).

Un esempio del primo approccio (quello che valorizza il canone dell’eguaglianza) è offerto dal *Tribunal Constitucional portoghese* il quale ha dovuto recentemente confrontarsi con un precetto costituzionale (art. 36 Cost. Port.) che, al pari del nostro art. 29 Cost., non attribuisce espressamente alla sola coppia uomo-donna il “diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio”. Infatti, dopo che con la decisione n. 359 del 9 luglio 2009 detto Tribunale ha

⁵²TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. pp. 45-46.

⁵³TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. pp. 46-47.

⁵⁴TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. p. 45.

⁵⁵PEGORARO, Lucio. Le fonti del diritto. in AA.VV. (a cura di). **Diritto costituzionale e pubblico**. p. 108. Cfr. DAL CANTO, Francesco. **Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza**. In *rivistaic*, N.00 del 2 luglio 2010. pp. 10-11. Disponibile in: <http://www.rivistaic.it/le-coppie-omosessuali-davanti-alla-corte-costituzionale-dalla-aspirazione-al-matrimonio-al-diritto-alla-convivenza.html>. Accesso effettuato in: 20 giugno 2014.

⁵⁶TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. p. 46.

⁵⁷La primazia del criterio sistematico emerge in tutta la sua chiarezza in MADDALENA, Paolo. **I percorsi logici per l’interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale**, Relazione tenuta alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee “La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità”. Bucarest, 23-25 maggio 2011. p. 10. Disponibile in: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Bucarest_2011.pdf. Accesso effettuato in: 25 giugno 2014.

osservato che la Costituzione lusitana *consente* al legislatore di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁵⁸, poi, quando tale legge è intervenuta nel 2010, con la decisione n. 121 dell' 8 aprile 2010 il Tribunal Constitucional l'ha fatta salva, osservando che, nonostante le differenze sul piano biologico, antropologico e sociologico tra unioni omosessuali ed eterosessuali, invece, dal punto di vista giuridico, siccome la nuova normativa non incide negativamente sull'eguale possibilità di sposarsi per le coppie di sesso opposto (né sui connessi diritti e doveri), del tutto ragionevole è stata la scelta del legislatore di estendere anche alle coppie *same-sex* la disciplina del matrimonio. Anzi, proprio il fatto di avere utilizzato l'istituto del matrimonio, piuttosto che altro analogo costrutto legale, avrebbe avuto il merito di sfruttare l'effetto sociale antidiscriminatorio che si riconnette alla circostanza di porre tutte le coppie, per così dire, sotto lo stesso tetto normativo⁵⁹.

Invece, un esempio del secondo approccio (quello che valorizza la reciproca etero-integrazione tra principi di ordinamenti distinti ma connessi) ci viene dalla Corte EDU la quale, nonostante l'art. 12 CEDU attribuisca espressamente solo al *ticket* uomo-donna il "diritto di sposarsi" (spingendosi quindi ben al di là dell'art. 29 Cost.), con la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, ha saputo estendere la *portata* del diritto a contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali. Il che, proprio partendo dal medesimo art. 12 (che nacque nel 1950, ossia in un contesto politico-culturale del tutto assimilabile a quello dell'art. 29 Cost.), il quale è stato riletto alla luce del mutato orizzonte europeo, specie dopo l'entrata in vigore il 1 dicembre 2009 della Carta di Nizza che, all'art. 9, garantisce "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia" senza però restringerlo *ex professo* alle coppie eterosessuali. Così, venuto meno il riferimento alla diade uomo-donna, si è sancito l'abbandono del paradigma eterosessuale come requisito necessario per configurare tale forma di unione⁶⁰. Questo, anche alla luce del successivo art. 21 § 1 della Carta di Nizza che vieta "qualsiasi forma di discriminazione fondata" sulle

⁵⁸Cfr. CRIVELLI, Elisabetta. **Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese**. In *rivistaaic*, N.00 del 2 luglio 2010. pp. 2-4. Disponibile in: <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Crivelli001.pdf>. Accesso effettuato in: 20 giugno 2014.

⁵⁹CRIVELLI, Elisabetta. **Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese**. pp. 4-7. V. anche PERRONE, Daria. **Corte Costituzionale, sentenza 138/2010 (G.U. 21/04/2010)**. In *rivistaaic*, N.00 del 2 luglio 2010. p. 6. Disponibile in: http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Corte_Cost00/Corte%20cost.,%20n.%20138%20del%202010%20_Perrone_.pdf. Accesso effettuato in: 20 giugno 2014.

⁶⁰PALLADINO, Rossana. **Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**. In *Federalismi*. 16 settembre 2013. p. 3. Disponibile in: <http://docenti.unicam.it/tmp/3702.pdf>. Accesso effettuato in: 19 giugno 2014.

“tendenze sessuali”⁶¹.

Peraltro, l'*overruling* dei giudici di Strasburgo si è limitato al *riconoscimento in prospettiva* degli anzidetti diritti poiché, sotto il profilo della loro effettiva garanzia, non si è spinto fino ad obbligare gli Stati membri ad implementarli: il che, non già perché la Corte EDU si sia dichiarata impossibilitata a farlo (così come la Consulta nella sent. 138/2010 che ottempera al principio di separazione che impone di lasciare al Parlamento tutte le *political questions*, ossia quelle che presentano margini di discrezionalità⁶²), sibbene, in base ad un volontario *restraint*, frutto della dottrina secondo cui Strasburgo non interviene su quei diritti sanciti dalla CEDU rispetto ai quali non si sia ancora registrata un certa qual convergenza tra le discipline degli Stati membri⁶³, dalla quale trarre un *common ground* di tutela cui commisurare il sindacato di legittimità delle singole discipline nazionali. È il c.d. “margine di apprezzamento” lasciato ad ogni Stato, il quale ultimo, dunque, potrà anche scegliere di introdurre, per le coppie omosessuali, forme di unione diverse dal matrimonio⁶⁴.

Peraltro, nonostante i loro limiti in termini di effettiva cogenza, le argomentazioni svolte dalla Corte EDU possono assurgere a “supporto logistico e teorico” per aiutare gli operatori nazionali a percorrere, anche a Costituzione invariata, nuovi sentieri⁶⁵. Ne ha dato dimostrazione il *Tribunal Constitucional iberico* il quale, pur dovendosi misurare con una Costituzione che attribuisce “il diritto di contrarre matrimonio” solo all’uomo e alla donna (art. 32 Cost. Sp.), chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle legge 13/2005 sul matrimonio omosessuale, con la sentenza n. 198 del 6 novembre 2012 ha affermato che, alla luce dell’ “evoluzione verificata in diritto comparato e nel diritto europeo dei diritti umani” è emersa “una nuova “immagine” del matrimonio sempre più estesa [...] che ci permette di intendere oggi la concezione del matrimonio,

⁶¹RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*, pp. 292-295.

⁶²REPETTO, Giorgio. *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*. pp. 7-8.

⁶³Infatti, il panorama normativo in materia è assai variegato tra i Paesi del Consiglio d’Europa. In tal senso, si veda: http://it.wikipedia.org/wiki/Diritti_LGBT_in_Europa.

⁶⁴REPETTO, Giorgio. *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*. pp. 4-5 e 7.

⁶⁵DI BARI, Michele. *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 dalla Corte costituzionale*. In *rivistaaic*, N.1/2012. p. 4. Disponibile in: http://www.uilpadirigenti.ministeriali.com/aggiornamenti/03.04.2012/considerazioni_a_margine_della_.pdf. Accesso effettuato in: 15 giugno 2014.

dal punto di vista del diritto comparato e del mondo occidentale, come una concezione plurale”⁶⁶.

Per contro, ancora abbastanza impermeabile agli stimoli sovranazionali appare la nostra Corte costituzionale che, facendosi scudo con la circostanza che i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto il margine di apprezzamento agli Stati nella materia *de qua*⁶⁷, propende tuttora per una lettura originalista dell’art. 12 CEDU⁶⁸, ritenendo che nessuna valenza di integrazione ermeneutica possa avere la Carta di Nizza⁶⁹.

Eppure, siamo certi di trovarci al cospetto di un diaframma insuperabile? Il dubbio è legittimo se si considera, ad es., l’esito diametralmente opposto cui sono giunti altri giudici costituzionali proprio valorizzando la medesima Carta di Nizza. Per non dire della Cassazione la quale ha lasciato chiaramente intendere che, in forza del principio di massima estensione e protezione dei diritti, dovrebbe esistere una piena identità tra i diritti della Carta e quelli corrispondenti della CEDU (così come vivono nell’interpretazione della Corte EDU, quindi anche alla luce di *Shalk e Kopf* che mutua l’art. 9 della Carta di Nizza⁷⁰), con la conseguenza che: da un lato, non possono più esservi ostacoli perché il matrimonio sia considerato un diritto fondamentale che spetta ai singoli “in quanto esseri umani”⁷¹; dall’altro, il matrimonio *same-sex* (contratto all’estero) non può considerarsi “inesistente”, sibbene (finché non interverrà il legislatore), soltanto “inidoneo” a produrre gli effetti tipici di tale atto⁷².

4. LEVITAS ANIMI, HUMANITAS E MEDIETAS NELLA REGOLAZIONE DELLE RELAZIONI OMOAFFETTIVE: PER UNA CODIFICAZIONE NON IDEOLOGICA AL TEMPO DELLA “NAZIONE COSTITUZIONALE”

4.1. La questione della “omoparentalità”: spunti di riflessione dalla giurisprudenza di merito. - Come si è visto, perlomeno in Italia, le coppie *same-sex* risultano a oggi escluse sia dal

⁶⁶CONTI, Roberto. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e dei giudici di merito*. pp. 40-41 e nota n. 113.

⁶⁷§ 5.3. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 170/2014.

⁶⁸§ 10. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010.

⁶⁹§ 10. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 138/2010; §§ 5.2.-5.5. “Considerato in diritto” Corte cost. n. 80 del 7 marzo 2011.

⁷⁰ § 3.3.3. “motivi della decisione” Cass. n. 4184/2012.

⁷¹§ 4.1. “motivi della decisione” Cass. n. 4184/2012. ANGELINI, Francesca. I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali. In *rivistaaic*, N.00 del 2 luglio 2010. pp. 3-4. Disponibile in: <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Angelini001.pdf>. Accesso effettuato in: 15 giugno 2014.

⁷²§ 4.3. “motivi della decisione” Cass. n. 4184/2012.

matrimonio sia da forme di unione “diverse”.

Tuttavia, merita un cenno a parte la *vexata quaestio* delle adozioni, la quale deve essere trattata in chiusura del presente contributo perché l’evocare un pur legittimo riconoscimento dei diritti alla vita familiare e al matrimonio per le coppie omosessuali non deve portare a considerare l’adozione come una *ovvia conseguenza* dei predetti diritti, sottostimando così, in maniera semplicistica, le specifiche problematiche connesse ad un tema tanto delicato. È, questa volta, la pesantezza calviniana nella sua accezione positiva⁷³: quella che, riportando Perseo coi piedi per terra, gli chiede *medietas* e senso di responsabilità, onde addivenire ad una soluzione equilibrata e non ideologica, parametrata, primariamente, sulla ricerca del *best interest* del minore⁷⁴, ossia il terzo coinvolto (potenzialmente fragile).

Infatti, il dibattito scientifico e culturale sulla omogenitorialità è ancora infuocato, disseminato com’è di studi in aperto contrasto tra loro circa *l’idoneità o meno degli omosessuali ad essere dei buoni genitori*.

A tal proposito, D’Agostino⁷⁵ osserva che, nell’accostarci alla materia, dovremmo in qualche modo prendere atto del *dato antropologico* che “essere” genitori è cosa ben diversa dal “comportarsi” come genitori perché la “configurazione ottimale” della famiglia in cui far crescere un minore sarebbe quella composta da un “papà e una mamma di sesso diverso”. Peraltro, non è chiaro se questa evidenza antropologica dovrebbe derivarsi da un dato quantitativo (*secondo l’id quod plerumque accidit i minori vengono cresciuti in famiglie eterosessuali*) o qualitativo (*l’aver genitori omosessuali sarebbe un male in sé*). D’altro canto, a detta del medesimo autore, “non c’è dubbio” che *in singoli casi* potrà avvenire che il bambino affidato ad una coppia gay “riconosciuta dai giudici come equilibrata” possa crescere soggettivamente e oggettivamente felice⁷⁶. Di qui, però, un primo fondamentale rilievo: anche nell’ottica dei suoi detrattori, l’omoparentalità non è un *male-assoluto*, bensì, un *male-relativo* perché, seppur peggiore rispetto ad una situazione “ideale” (una coppia di genitori *opposite-sex* responsabile), non si può affermare che sia sempre deteriore. A tal proposito, al di là della situazione estrema rappresentata da una famiglia

⁷³CALVINO, Italo. *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 7.

⁷⁴Sulla cui rilevanza, v. PALLADINO, Rossana. *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*. pp. 2, 17-21.

⁷⁵D’AGOSTINO, Francesco. *Famiglia, la trappola della nuova psicologia*. Avvenire, 10 dicembre 2013.

⁷⁶D’AGOSTINO, Francesco. *Famiglia, la trappola della nuova psicologia*.

eterosessuale violenta o completamente mancante, infatti, viene da chiedersi se non sia un male peggiore anche l'inserire il minore in *strutture collegiali altamente artificiali* che, per quanto qualificate, certamente, non potranno mai eguagliare il consesso familiare "ideale" di cui sopra. Trattasi di rilievi che non si prestano ad essere liquidati, semplicisticamente, con l'argomento (in sé auspicabile ma assai spesso strumentalizzato in chiave anti-omogenitoriale) "e allora velocizziamo l'iter per le adozioni", non foss'altro perché, specie con riferimento ai minori più grandi, si registra una oggettiva difficoltà a farli prendere in considerazione dalle potenziali coppie di adottanti eterosessuali ⁷⁷.

Ma, sicuramente, è con riferimento ai minori in tenera età che entrano in gioco le maggiori criticità. Infatti, ad autorevoli pareri scientifici come quello reso nel 2004 dall'American Psychological Association (APA) secondo cui "There is no scientific evidence that parenting effectiveness is related to parental sexual orientation" con la conseguenza che "lesbian and gay parent" sarebbero "as likely as heterosexual parents to provide supportive and healthy environments for their children" ⁷⁸, hanno fatto da contraltare altre opinioni, di segno opposto, come quella di un vasto studio intitolato "How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study", condotto dall'Università di Austin, Texas. Studio, quest'ultimo, che è stato ripreso e citato anche in Italia da molti critici dell'omoparentalità ⁷⁹ che hanno levato forti perplessità contro la presunta "neutralità dell'omogenitorialità rispetto allo sviluppo psicofisico del bambino" ⁸⁰.

Ad ogni modo, in attesa che si raggiunga il *consensus scholarum* in campo scientifico, forse, si può fare di meglio che trincerarsi dietro il c.d. principio di precauzione, il quale, *nelle more del giudizio scientifico*, imporrebbe di non prendere affatto in considerazione la possibilità di concedere, magari solo in affido, un minore ad un soggetto o ad una coppia omosessuale ⁸¹. Del resto, sposando la logica per cui ogni singola fattispecie ha la sua storia, un dato che nessuno degli

⁷⁷ Cfr. CONTI, Roberto. **La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito**. p. 27.

⁷⁸ V. Parere del *Council of Representatives* dell'APA del 2004, Disponibile in: <https://www.apa.org/news/press/response/gay-parents.aspx>.

⁷⁹ GANDOLFINI, Massimo. MARCHESINI, Roberto. **L'omogenitorialità ovvero l'adozione omosessuale**. Newsletter di **Scienza e Vita**, n. 69 dell'ottobre 2013. p. 16. Disponibile in: <http://www.farfamiglia.it/documenti/6-GandolfMarches69.pdf>. Accesso effettuato in: 20 giugno 2014.

⁸⁰ GANDOLFINI, Massimo. MARCHESINI, Roberto. **L'omogenitorialità ovvero l'adozione omosessuale**. pp. 16-19. Per una voce contraria, v. LINGIARDI, Vittorio. **Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale**. Milano: il Saggiatore, 2007. p. 101.

⁸¹ GANDOLFINI, Massimo. MARCHESINI, Roberto. **L'omogenitorialità ovvero l'adozione omosessuale**. p. 19.

studi anzidetti esclude è che, se anche una posizione (contraria o favorevole alle adozioni omosessuali) dovesse dimostrarsi verosimile, lo sarebbe non sempre, bensì, in una mole significativa di casi. *E ciò che è meglio per un minore non deve forse essere indagato, volta per volta, in concreto?*

In tal senso, premesso che nel nostro ordinamento non è ancora possibile l'adozione omosessuale⁸², è di grande aiuto la giurisprudenza in materia di "affidamento" del minore "temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo" ai sensi della l. n. 184/83.

A questo proposito, si ricorda la pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Palermo del 4 dicembre 2013, intervenuto per trovare una soluzione accettabile alla situazione disastrosa di un minore rimasto privo di un ambiente familiare idoneo. Ebbene, in questo contesto, sviluppando due precedenti dei giudici di Parma e Bologna⁸³, in sinergia con i Servizi sociali, il Tribunale ha valutato positivamente l'inserimento del minore in una coppia omosessuale che aveva manifestato "sincero interesse" verso di lui. Ciò, sulla base di due rilievi: 1) che, siccome l'art. 2 della l. 143/83 consente l'affido anche ad "una persona singola" o ad una "comunità di tipo familiare" idonea, a quest'ultima tipologia possono essere condotte tutte quelle forme di unione che la giurisprudenza EDU (*Schalk e Kopf*) ha ricondotto nel concetto di "famiglia"; 2) che detto minore, proprio perché prossimo alla maggiore età, aveva già "una personalità strutturata" e, inoltre, aveva espresso "entusiastica adesione" all'inserimento nella coppia in questione, con la quale aveva stabilito una "relazione empatica" che lo aveva "notevolmente aiutato a valorizzare le proprie doti e risorse personali"⁸⁴.

Ora, chi scrive confessa di non essere mai stato uno strenuo sostenitore delle adozioni in questa materia ma, al contempo, vuole testimoniare che la conoscenza dello svolgersi di vicende come questa nelle aule dei Tribunali (per certi versi drammatiche), molto più che fiumi di dottrina, può portare ad un'*erosione ragionata* di quelle che in precedenza si sarebbero potute dire convinzioni granitiche e, conseguentemente, condurre a ricercare soluzioni mediane più miti. Detto in altri termini, solo la vividezza dei casi concreti può dare un senso a tutto quello che si sta oggi muovendo, a livello europeo, con pronunce come quella del caso *X e Altri c. Austria* del 19

⁸²CONTI, Roberto. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*. pp. 20 e 28.

⁸³G. T. Parma, 3 luglio 2013 e Trib. Minori Bologna, 31 ottobre 2013.

⁸⁴Cfr. CONTI, Roberto. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*. pp. 27-29.

febbraio 2013 da parte della Corte EDU che ha bilanciato tutti gli “interessi sensibili” coinvolti nella prospettiva per cui, in certi casi, il *best interest of the child* può essere inaccettabilmente sacrificato proprio tramite discipline discriminatorie delle coppie omosessuali (ad es., ove risulti che quella dell’affidamento/adozione a queste ultime sarebbe stata la scelta migliore). Ciò significa che gli Stati, pur depositari di un margine di apprezzamento in materia, dovranno essere attenti, ove intendano introdurre discipline differenziate in tema di adozioni, a *dimostrare* che tale differenziazione sia *necessaria*, persegua uno *scopo legittimo* e sia *proporzionata*⁸⁵. Il che, chiaramente, equivale ad introdurre una presunzione di non rilevanza, fino a prova contraria, della condizione omosessuale della coppia ai fini della possibilità di far crescere un minore⁸⁶.

Ecco dunque ribaltata la logica del principio di precauzione, ma in un quadro nel quale ancora manca una sintesi virtuosa fra le diverse posizioni in campo.

4.2. Alla luce della dialettica Democrazia-Corti, le ragioni per un ritrovarsi insieme nella “Nazione costituzionale”

Le materie fin qui esaminate ci hanno accompagnato in un viaggio che, attraverso i principi costituzionali e sovranazionali in materia di libertà fondamentali delle coppie omosessuali, ci ha riportato a congiungerci con i nostri più antichi valori umanistici: quelli che si sono qui chiamati con i termini di *humanitas*, *medietas* e, in ossequio a Calvino, *levitas*. *Leggerezza* contro tutte le sovrastrutture che ottenebrano il nostro giudizio, facendoci comportare più come tifoserie che non come membri di un medesimo consesso civile. Perfino quando vengono in rilievo i diritti fondamentali.

In tale vicenda, le Corti hanno spesso dato l’idea di non saper svolgere il loro ruolo, ad es., a detta di alcuni, perché sarebbero state poco incisive. Ora, quest’ultima accusa ha riguardato specificamente la Consulta⁸⁷ allorché ha riconosciuto ma non anche garantito questi diritti.

⁸⁵PALLADINO, Rossana. **Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**. pp. 8, 11-18.

⁸⁶LECIS COCCO-ORTU, Anna Maria. **La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio**. In **Forum di Quaderni costituzionali**. 15 marzo 2013. p. 4. Disponibile in: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0025_lecis_cocco_ortu.pdf. Accesso effettuato in: 15 giugno 2014.

⁸⁷RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. p. 294.

Peraltro, a giustificazione di tale *restraint*, deve osservarsi che anche i Tribunali costituzionali di Portogallo e Spagna, quando sono intervenuti, non lo hanno fatto in via additiva, limitandosi a segnalare la *conformità a Costituzione* del matrimonio omosessuale, sia laddove una legislazione *ad hoc* ancora non vi fosse, sia laddove essa fosse intervenuta. Ciò a riprova di come, finora, si sia avuto grande riguardo per quel progressivo adattamento ai nuovi istituti che il Parlamento sembra poter assicurare in modo più efficace rispetto ad una pronuncia di secca rottura da parte di un giudice costituzionale. Chiaramente, è spiacevole constatare che un *ormai riconosciuto* diritto fondamentale, non venga immediatamente *garantito*, tuttavia, l'esperienza dimostra che è quella politica la via migliore per giungere ad una interiorizzazione/accettazione dei nuovi diritti da parte dei consociati.

Quindi, pur con tutte le riserve del caso, una prima conclusione empirica cui possiamo giungere è che Corti e Istituzioni democratiche hanno saputo cooperare, senza arrogarsi prerogative *extra ordinem*: le prime, *segnalando* (più che *garantendo*) la necessità di tutelare i nuovi fenomeni sociali; le seconde, definendo ed attuando, nel contraddittorio tra le forze politiche, la *road map* per giungere infine a regolare in modo durevole dette realtà. Pensiamo a due Paesi guidati da maggioranze politiche di segno opposto: il Regno Unito di Cameron e la Francia di Hollande, rispettivamente, con: il *Marriage (Same Sex Couple) Act* del 2013, in sostituzione della più ibrida *Civil partnership* introdotta nel 2005; l'introduzione del matrimonio omosessuale nel *Code civil* nel 2013, dopo l'esperienza inaugurata nel 1999 dei Patti civili di solidarietà (PACS).

Diversa la situazione in Italia dove, dopo un lungo *iter* parlamentare, il 24 giugno 2014⁸⁸ è stato depositato in Commissione Giustizia del Senato uno schema di Testo Unificato che ha cercato una sintesi tra le diverse sensibilità politiche adottando la distinzione fra matrimonio, che rimane riservato alle coppie eterosessuali, e “unioni civili”, le quali: 1) verranno riferite a coppie di persone dello stesso sesso e poste in rapporto di incompatibilità con il matrimonio (art. 1, cc. 1 e 2); 2) saranno originate dalla “dichiarazione”, resa “di fronte all'ufficiale dello stato civile” da “due persone dello stesso sesso”, cui seguirà iscrizione in apposito “registro” (art. 1, cc. 1 e 2); 3) “ad ogni effetto” vedranno ad esse applicate “tutte le disposizioni previste per il matrimonio”, benché “ad esclusione delle adozioni” (art. 3, c. 1).

⁸⁸Posto che nel momento in cui si scrive, fine giugno del 2014, il provvedimento in questione è *in fieri*, per seguirne l'iter successivo v.: http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/comm/39314_comm.htm.

Ora, al di là del profilo delle adozioni le quali, come si è visto, pongono problemi specifici dovuti al coinvolgimento di un soggetto ulteriore, il minore, per il resto, è evidente che il Parlamento si appresti ad avvalersi del proprio margine di apprezzamento attraverso un gioco più nominalistico che di sostanza. Infatti, sia il matrimonio che l'unione civile si configureranno come negozi giuridici bilaterali di regime analogo ed originati da una dichiarazione, resa nel rispetto di formalità amministrative del tutto simili. Del resto, che si tratti di situazioni normative pressoché identiche risulta evidente ove si consideri che, se, come osservato in dottrina⁸⁹, è dall'art. 1 della legge sul divorzio che si deriva (indirettamente) il fine del matrimonio, ossia quello di realizzare una "comunione di vita "spirituale e materiale"", siccome lo schema di T.U. prevede che la legge sul divorzio si applicherà anche alle unioni civili, per forza di cose, si tratterà di formazioni sociali teleologicamente equipollenti.

Si potrebbe continuare ancora a lungo, tuttavia, giunti a questo punto, si vorrebbe chiudere con un auspicio.

Riflettendo sul pensiero di Revelli, Bobbio osservava che i massimi termini da sempre utilizzati per dividere l'universo politico, quelli di destra e sinistra, sono "luoghi" che non designano contenuti fissati una volta per sempre⁹⁰. Non già nel senso che essi sarebbero scatole vuote, bensì, perché, nel definire la loro identità in rapporto ad una certa contingenza storica, destra e sinistra si muovono sulla duplice direttrice dell'essere, da un lato, più o meno libertarie e, dall'altro, più o meno disposte ad eliminare talune ineguaglianze⁹¹. Ebbene, in questo gioco di continuo scorrimento sugli assi cartesiani della libertà e dell'uguaglianza, per quale motivo escludere che, nella diade predetta, non possano sperimentarsi delle reciproche convergenze? Prendiamo la ricostruzione di Confrancesco⁹², secondo il quale la coppia destra-sinistra avrebbe i suoi riferimenti, rispettivamente, nei concetti-guida di *tradizione* ed *emancipazione*: considerati in sé, trattasi di "termini assiologicamente positivi", "distinti" ma "non contrapposti", che pure, proprio perché generici, possono prestarsi ad interpretazioni ambigue⁹³. Sennonché, per quanto concerne il concetto di "tradizione", esiste una sua accezione che, a parere di chi scrive, può apparire

⁸⁹TORRENTE, Andrea. SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. p. 850.

⁹⁰BOBBIO, Norberto. **Destra e Sinistra**. Roma: Donzelli, 2009 (ristampa). pp. 81-82.

⁹¹BOBBIO, Norberto. **Destra e Sinistra**. pp. 108-112.

⁹²D. Confrancesco è citato in BOBBIO, Norberto. **Destra e Sinistra**. pp. 69 ss.

⁹³BOBBIO, Norberto. **Destra e Sinistra**. p. 75.

pregnante ai fini del presente lavoro: quella di “fedeltà alla Nazione”⁹⁴. Infatti, noi tutti viviamo in uno Stato costituzionale, nell’ambito del quale ciascuno (indipendentemente dal proprio credo politico) può riconoscersi in un nucleo comune di principi condivisi. Trattasi di quelli consacrati proprio a livello costituzionale e di Carte europee dei diritti, le quali ultime vengono espressamente richiamate dalle Costituzioni. Sicché, quelli che una volta si sarebbero detti i valori tradizionali della “Nazione”, non sono più (soltanto) quelli di Patria cristallizzati in odi romantiche, bensì, sono (anche) quelli della Costituzione, della CEDU e di Nizza, i quali ci forniscono oggi gli elementi alla luce dei quali rischiare e aggiornare i vecchi⁹⁵. Di qui la presa di coscienza che il catalogo di quei valori non si è chiuso nel mondo di ieri, ma è rimasto aperto. Aperto all’arricchimento, realizzato a volte tornando ai classici, altre volte proiettandoci verso l’accettazione delle trasformazioni sociali. Un’apertura che non si vede perché ostacolare quando non si tratti di cancellare una delle voci fondamentali consegnateci dal passato (il matrimonio), bensì, allorché si tratti di amplificarne la diffusione, in ottemperanza a precisi imperativi che dovrebbero essere interiorizzati nel nostro essere parte di una Nazione costituzionale europea: pensiamo al *principio di laicità*, che ci ricorda di dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio e, dunque, di non imporre a tutti, tramite le leggi dello Stato, un modello negoziale (com’è quello del matrimonio civile) parametrato sui caratteri di un istituto confessionale (com’è il matrimonio canonico, quello sì ancorato al canone “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae*”⁹⁶ in ragione delle specificità del sottostante Sacramento⁹⁷); e pensiamo poi al *principio della pari dignità ed eguaglianza di tutte le persone* che, per dirsi implementato, non vuole niente più che concedere anche ad altri quello che per molti è un *privilegio*, ossia il diritto di potersi sposare sotto il crisma del medesimo negozio normativo.

Su tale orizzonte, il rifiuto corale di ogni ostracismo pregiudiziale avverso le campagne sui diritti che si sono ricordate in questo contributo, potrebbe dare vita ad un felice momento di contatto fra *tradizione* ed *emancipazione*. È accaduto con Cameron, il quale, scegliendo di guardare a ciò che ci unisce, proprio su questo terreno, ha saputo trovare la *sintesi conservatrice* mediando tra i valori di “equality” e “commitment” (*uguaglianza e mutuo impegno* a tener saldi i

⁹⁴BOBBIO, Norberto. **Destra e Sinistra**. p. 70.

⁹⁵Cfr. il concetto di “Patriottismo costituzionale” in HABERMAS, Jürgen. **Die Nachholende Revolution**. Frankfurt: Suhrkamp, 1990. p. 151.

⁹⁶MODESTINO, D I, 1,23,2.

⁹⁷Cfr. Can. 1055, § 1 del Codice di diritto canonico.

legami sociali). Non si tratta di una battaglia contro i mulini a vento: può accadere anche da noi. Perché non possiamo più utilizzare l'identità sessuale delle altre persone come elemento per edificare, per contrapposizione, la nostra identità politica. Ben altri (e più sinceri) dovranno essere i terreni di scontro.

“we’re consulting on legalizing gay marriage. And to anyone who has reservations, I say: Yes, it’s about equality, but it’s also about something else: commitment. Conservatives believe in the ties that bind us; that society is stronger when we make vows to each other and support each other. So I don’t support gay marriage despite being a Conservative. I support gay marriage because I’m Conservative”.

(David Cameron, Primo Ministro britannico)⁹⁸

⁹⁸ CAMERON, David. *Speech on Conservative Conference*, Manchester, 2-5 ottobre 2011.

LA VITA TRA DIRITTO E NON DIRITTO. FUTURO ALLE SPALLE?

Michela Patti¹

INTRODUZIONE

“Per quanto sia audace esplorare l’ignoto,
lo è ancor di più indagare il noto”
Kaspar Hauser

L’istituzione di regole rigide ha segnato il passaggio dalla semplice *comunità* alla società organizzata. Per Hobbes² scopo del diritto, che si presenta come obbligo o divieto, è l’ordine (*pax est quaerenda*). Vico, in posizione diametralmente opposta, individua il fine del diritto nell’incivilimento delle nazioni in quanto permette l’approfondimento di libertà naturali attraverso le istituzioni³. Questi autori classici della filosofia del diritto, e già altri prima di loro, sono stati tra coloro che per primi hanno posto i paradigmi dottrinali della distinzione tra un “rigido diritto” e un “flessibile diritto”.

La domanda *in nuce* al tema di indagine è la seguente: è conciliabile e come, la ragion stessa del diritto quale regola regolativa, con la multiforme realtà dell’ordinamento giuridico in continua trasformazione in quanto espressione di “istanze naturali” relative alle affermazioni dell’uomo nel suo divenire? È possibile un incontro tra due punti apparentemente tanto lontani? Esiste un anello di congiunzione? Se sì, qual è?

In questo lavoro, da un lato si è tentato di fornire delle risposte, dall’altro si sono posti degli interrogativi anche sotto forma di provocazione. Ciò già a partire dal titolo, che in massima sintesi ha la pretesa (forse è più dell’autore che del titolo) di dare delle risposte (poche) nonché

¹ Avvocato, Cassazionista, Presidente di “Dafne Futura” – Associazione per la tutela delle persone e della famiglia.

² HOBBS Thomas, *Leviatano*, XIV. Cfr. Th. Hobbes, *Leviathan*. A cura di C.B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin, 1968

³ VICO, Giambattista *Scienza Nuova* [1744], in *Opere*, a cura di Andrea Battistini, Milano, Mondadori, 1990, p. 497)

di porre spinose domande (molte), tutto in progress e gettando un ponte al futuro, che è fondamentale.

Premessa indispensabile è che, come sostiene il grande storico Tony Judt⁴, prima di discutere dobbiamo conoscere. L'analisi in questo caso, però, è possibile solo a patto di distaccarsi, dalle tradizioni di ricerca che rappresentano il *mainstream*, l'ortodossia dominante.

“Per quanto sia audace esplorare l'ignoto, lo è ancor di più indagare il noto” con questa famosa frase di Kaspar, Paul Watzlawick et all. aprono *Change*, un testo il cui tema principale è quello del cambiamento. Motore centrale del cambiamento è trovare nuovi punti di osservazione, guardare la realtà con occhi diversi. E' quindi importante che l'individuo si ponga in una posizione tale da vedere il problema da prospettive diverse, mettendo in discussione il senso comune della realtà. Anche perché, come ricordava Kant⁵ la nostra esperienza del sublime come qualcosa che è difficile da spiegare e addirittura comprendere, ci dimostra la finitezza della cognizione umana a fronte dell'esistenza di aspetti del complesso mondo-vita che sono tutti da esplorare.

In generale, il funzionamento di un sistema giuridico non può essere spiegato adeguatamente limitando l'analisi ai soli dati espliciti contenuti nelle norme, *il mondo del diritto è più complesso del suo stesso linguaggio*, come afferma la dottrina. Per dirla con un grande studioso della materia, *“tutto è possibile, nel senso del fatto normativo extra ordinem”*⁶. Dopotutto *“la natura è piena d'infinite ragioni che non furon mai in isperienza”*⁷.

Già Antigone, nella celebre tragedia di Sofocle, invoca il diritto divino non consegnato alle tavole della legge, ma esistente tra gli uomini, contro l'autorità politica.

Si hanno, fin da allora, i semi della “commistione” tra diritto e non – diritto. Si verifica, già in tempi antichissimi, anche nel diritto il fenomeno - tracciato da alcuni teorici⁸ - del *blurring*

⁴ JUDT Tony - SNYDER Timothy, ***Novecento. Il secolo degli intellettuali e della politica***, Laterza, Roma-Bari, 2012, Ediz. originale: *Thinking the Twentieth Century*, William Heinemann, London, 2012.

⁵ Kant E., ***Critica del giudizio***, trad. di Alfredo Gargiulo, Bari, Laterza, 1907; trad. rivista da Valerio Verra, 1960; con introduzione di Paolo D'Angelo, 1997.

⁶ Zagrebelsky, ***Il sistema delle fonti del diritto***, Torino, 1988.

⁷ Leonardo da Vinci, 1452 – Cloux 1519.

⁸ vedi per molteplici spunti ZANETTI G. ***“Individui situati e trasformazione del diritto”*** in <http://www.ethicaforum.it/intervento-zanetti-p1.pdf>.

the line che indebolisce, in nome della complessità, la rigidità binaria di alcune classiche dicotomie giuridiche.

Questa sorta di ibridazione giuridico-normativa, come la definisce la dottrina, raggiunge il suo apice nei rapporti interpersonali di tipo familiare e parafamiliare, in cui l'essere della persona si pone in primo piano rispetto all'avere. Quest'ambito, particolarmente caro al Carbonnier - che ne fa oggetto di analisi privilegiato affermando il principio "*à chacun sa famille, à chacun son droit*" - è materia di approfondimento del presente lavoro.

Un po' di mesi fa, a Palazzo Reale a Milano, camminando tra le opere della mostra "*Pollock e gli Irascibili*", mi ha colpito in modo quasi ipnotico la maestosa tela di Mark Rothko – *Untitled (Blue, Yellow, Green on Red)* del 1954. Come per l'opera "*Number 27*" di Pollock lunga 3 metri, vi è l'assenza di cornice, in quanto, come gli stessi artisti menzionati hanno avuto modo di dire, non si deve guardare il quadro come se si volesse visionare un'immagine, ma ci si deve immergere in esso. A tal proposito scrive Rothko: "*Nessuna eventuale serie di commenti può spiegare i nostri quadri. La loro spiegazione deve provenire da un'esperienza consumata tra il quadro e chi lo guarda...*".

Davanti a tale raffigurazione "senza confini" che Edmund Burke⁹, in altra sede e in altro tempo aveva definito "infinità artificiale" - e che ben si adatta a tradurre il messaggio intrinseco del dipinto - la mia mente liberamente è corsa verso un concetto o meglio una realtà che se non è infinita partecipa assai dell'infinito stesso. Questa è la "famiglia", nell'accezione più vasta del termine, che il diritto - anche in sede penale - fa fatica ad "arginare"¹⁰.

1. LA FAMIGLIA: TRA FINZIONE E REALTÀ, TRA DIRITTO E NON DIRITTO

E' assai arduo il compito di chi osserva la multiforme realtà dei rapporti familiari dal punto di vista del diritto. Seppur la materia va ricostruita su basi giuridiche partendo dal diritto positivo, essa non potrà essere avulsa dal contesto socio-culturale in cui tali richieste di giustizia emergono.

⁹ BURKE Edmund, autore di un testo edito nel 1756 dal titolo : "*A Philosophical Enquiry into the Origin of Our Ideas of The Sublime and Beautiful*" ed. del 1958 a cura di J.T. Boulton, Notre Dame, University of Notre Dame Press.

¹⁰ PATTI Michela. "*Il figlio tra padre e madre. Quale tutela penale?*" Pubblicato in data 07.04.14 sulla rivista on line "*Persona e danno*", a cura del Prof. Paolo Cendon, sul sito web: www.personaedanno.it.

Non si possono ignorare fatti quali: le unioni gay, le famiglie di fatto, la fecondazione assistita, la maternità surrogata, i progressi della scienza medica e della tecnica che hanno portato l'uomo a "duplicare se stesso" con la clonazione, le problematiche sul fine vita, riguardo alle quali è stato elaborato un disegno di legge *Per un diritto gentile in medicina*, da parte del Gruppo di lavoro coordinato dal Prof. Zatti. In tale contesto, l'idea di Rousseau¹¹ che la legge sarebbe l'unico strumento idoneo ad assicurare all'uomo "giustizia e libertà" perde la sua assolutezza.

Prova ne sono alcuni istituti regolati dal diritto civile. Per esempio, l'attuale legislazione normativa, dimostra attenzione all'evolversi della personalità dei soggetti da tutelare con la l. n. 6/2004, che, istituendo la figura dell'amministratore di sostegno assicura una protezione estremamente flessibile, modulata sulle esigenze specifiche di ciascun soggetto. Non a caso, si parla dell'amministrazione di sostegno come di una *tailored measure*, un istituto "su misura". Con l'Ads è il diritto che si "piega" all'uomo e non viceversa. Dalla persona al diritto, dunque. Si tratta sicuramente di un istituto civilistico alternativo a quelli tradizionali dell'interdizione e dell'inabilitazione invasivi e mortificanti per il soggetto. Con l'Ads il legislatore si occupa della malattia in termini nuovi, in modo da impedire che la menomazione si traduca in un sostanziale impedimento alle facoltà dell'individuo intaccandone la qualità della vita.

Assoggettabili alla forma di tutela costituita dall'amministrazione di sostegno sono le persone che risultino, in tutto o in parte prive di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana. E' tale la persona che, per effetto di un'infermità o di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi. Il nuovo istituto, pertanto, si prefigge lo scopo di prestare sostegno a detta persona, in modo che ne derivi la minore limitazione possibile della sua capacità d'agire. Ai sensi dell'art. 1 della L. n. 6/04, si ha l'abbandono del concetto d'incapacità legato all'infermità, privilegiando il rapporto tra chi abbia bisogno di cura in senso lato e la società. A differenza dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno si prefigge un compito assai ambizioso: offrire un duttile ausilio anche a quanti, pur non psichicamente incapaci, si trovino nell'impossibilità di assolvere alle quotidiane incombenze della vita.

¹¹ ROUSSEAU J.J., *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini*, trad.it. a cura di G. Preti, Feltrinelli, Milano 1992, p. 19.

Fondamentale nonché assai importante è stato il dibattito avviato dal Prof. Paolo Cendon, nella seconda metà degli anni ottanta al quale presero parte numerosi esponenti della scuola civilistica italiana, volto a sollecitare un intervento normativo, diretto alla migliore protezione dei soggetti deboli. Paolo Cendon riguardo all'amministrazione di sostegno, in numerosi suoi scritti ha detto che: *"l'amministratore di sostegno ha in sé un potenziale di morbidezza, di elasticità, di duttilità sufficiente per adattarsi in maniera proporzionata, calibrata ai diversi casi ed è in grado di distinguere le difficoltà specifiche di ciascuna persona"*. Difesa su misura, dunque, in considerazione dei bisogni specifici della persona, diretta a: soddisfare gli interessi della stessa, tutelarla, non escluderla dalle attività civili, e contemporaneamente svilupparne le energie psicofisiche. Basti solo considerare che la figura dell'amministrazione di sostegno è complessa in quanto involge, in modo complementare, sia la cura della persona che la gestione del patrimonio.

Giustamente è stato sottolineato che *"il sostegno non è limitato al solo ambito patrimoniale ma si estende anche e soprattutto alla sfera personale, ai bisogni e alle aspirazioni dell'interessato, in una parola alle forme di manifestazione dell'essere umano nella sua complessità"*¹².

2. UNA TESTIMONIANZA: È PER CASO? CHISSÀ, SICURAMENTE, UN PONTE AL FUTURO

L'amministrazione di sostegno si configura come un vero e proprio "abito su misura" per il destinatario. La Legge 6/2004, infatti, ha espresso una rivoluzione che non è esagerato definire "copernicana", mettendo la persona – e non più la malattia – al centro dell'Universo della disabilità, della vecchiaia, della depressione e di tutte le altre forme e manifestazioni del disagio umano. L'emanazione della Legge 6/2004 è stata il frutto della finalmente riconosciuta importanza del tenere in conto le – a volte anche limitatissime – capacità del beneficiario,

¹² TAGLIAFERRI Claudio, *L'Amministrazione di sostegno*, Ed. LaTribuna, 2008 pag. 22 e ss; per ulteriori spunti anche riguardo a riflessi di carattere penale della normativa vedi anche: PATTI Michela, *I provvedimenti di affidamento di minori e altri incapaci – Misure di tutela penale* - Collana Diritto / GENITORI E FIGLI ,Edizione MARZO 2014 -Cendon Libri. Disponibile anche come e-book sul Sito internet:<http://www.aracneeditrice.it/aracneweb/index.php/pubblicazione.html?item=9788854870352> ; vedi, inoltre, PATTI M. nel paper vincitore della Call 2014 del Progetto Capovolti , dal titolo: *"Giovani con disabilità mentale che delinquono , tra progetti di rieducazione e inclusione sociale . I risultati di una ricerca"* in : <http://www.capovolti.org/call-for-papers-i-risultati>

seguendone le inclinazioni personali, rispettandone le scelte esistenziali, tutelandone i diritti fondamentali ed assicurandogli una misura di protezione adeguata alle concrete esigenze di tutela della persona.

“Abito su misura” significa che il decreto di nomina dell’amministratore deve essere di volta in volta calibrato sul caso concreto prospettato al vaglio del Giudice Tutelare, tenendo conto delle inclinazioni e delle esigenze del beneficiario. Non si tratta più di un vestito da grande magazzino (come accadeva e come, *de residuo*, accade ancora oggi con le sentenze dichiarative dell’interdizione o dell’inabilitazione), ma di un capo di fine sartoria, che talvolta sconfina addirittura nell’abito firmato. In effetti, abbiamo avuto la fortuna, nel corso del tempo successivo all’entrata in vigore della Legge (19.3.2004), di leggere decreti che hanno tracciato la strada nell’applicazione dell’amministrazione di sostegno. Mi riferisco, in particolare, a quei Tribunali grazie ai quali hanno trovato per la prima volta la luce, fra l’altro, il cd. “progetto di sostegno” (da mettere in pratica con la cooperazione della famiglia, del medico di base, dell’assistente sociale e/o dei servizi sociosanitari), la figura del “coamministratore di sostegno” (a cui sono riservati compiti di particolare complessità tecnico-specialistica o che è chiamato ad affiancare l’amministratore di sostegno familiare anziano o a sua volta malato) e le numerose pronunce nell’ambito della salute e del consenso informato tra cui :

- autorizzazione all’amministratore, in caso di incapacità del beneficiario, a prestare il consenso ad un intervento chirurgico (Trib. Roma, 18.6.2009) o a trattamenti sanitari (Trib. Trieste, 20.11.2008);

- reiezione del ricorso ove sia stato accertato uno stato di necessità prevalente sulla prestazione del consenso (Trib. Trieste, 17.12.2008; Trib. Modena, 29.6.2009);

- rilascio all’amministratore, nel rispetto di una volontà precedentemente espressa dal beneficiario, dell’autorizzazione a negare ai sanitari il consenso a procedere a terapie di sopravvivenza artificiale, in particolare a ventilazione assistita, ad alimentazione con idratazione, a trasfusioni di sangue (Trib. Prato, 8.4.2009; Trib. Modena, 27.2.2009; id. 16.9.2008; Trib. Bologna – sez. dist. Imola, 4.6.2008; Trib. Modena, 13.5.2008);

- in caso di persona gravemente menomata, ma in grado di esprimersi attraverso il sintetizzatore vocale, nomina di un amministratore di sostegno non per l’attività di

manifestazione della volontà, ma solo per l'attività materiale di redazione degli atti e delle istanze dirette a porre in essere il distacco del respiratore artificiale (Trib. Sassari – sez. dist. Alghero, 16.7.2007);

- autorizzazione a richiedere ai sanitari, ai fini di lenimento delle sofferenze del beneficiario, le cure palliative più efficaci, compreso l'utilizzo di farmaci oppiacei (Trib. Modena, 14.5.2009);

- reiezione del ricorso volto alla nomina di un amministratore di sostegno per la prestazione del consenso, negato dal beneficiario, ad un indispensabile intervento chirurgico di amputazione di un arto in cancrena (Trib. Modena, 27.12.2007);

- rigetto del ricorso volto ad autorizzare la contenzione al letto, da ammettersi solo in casi estremi e dietro prescrizione medica limitata nel tempo e indicante le modalità (Trib. Piacenza, 17.10.2014);

- previsione espressa del ruolo dell'amministrazione di sostegno quale strumento attraverso cui possono trovare riconoscimento le direttive anticipate di trattamento sanitario (DAT: Cass. Civ. 20.12.2012 n. 23707) e dei diritti personalissimi in generale, per l'esercizio dei quali l'amministratore di sostegno può essere dotato dei poteri per assistere e coadiuvare il beneficiario nell'espressione della propria volontà (Cass. Civ. 30.6.2014 n. 14794).

A quest'ultimo riguardo, per quanto concerne il matrimonio, segnaliamo Trib. Varese 6.10.2009, che, nell'ammettere una giovane affetta da sindrome di Down all'amministrazione di sostegno, ha respinto l'istanza della madre ricorrente volta ad includere, fra gli atti giuridici riservati al solo amministratore, anche il matrimonio, nel rilievo che "gli esiti dell'esame hanno consentito a questo Giudice di verificare il rapporto della beneficiaria con il mondo degli affetti allorchè questa, con serena determinazione, sorridendo, ha dichiarato "lo mi sposo con il mio fidanzato". S. ha diritto di sposarsi". Merita di essere citato un provvedimento del GT di Pinerolo del 2006, mediante il quale è stato nominato un amministratore di sostegno ad un disabile psichico, con il compito di assistere il beneficiario nell'assunzione delle scelte inerenti la causa di separazione personale di cui il beneficiario era parte. In quest'ottica appare pienamente giustificabile l'intervento "di sostegno" quando la persona, che intenda allentare o liberarsi dal vincolo di coniugio, proprio a causa della condizione di disabilità in cui versa, abbia necessità di

un vicario il quale offra specifiche garanzie di controllo sulla convenienza (anche economica) delle condizioni di separazione o divorzio, onde evitare che l'esercizio di tale diritto esistenziale fondamentale, da parte del disabile, possa indurre una lesione ai suoi interessi.

In questi casi, trova giustificazione, come ritiene il Tribunale di Modena la presenza sostitutiva o in affiancamento dell'amministratore di sostegno; ossia, la presenza "di qualcuno che accompagni la persona nel processo che porta ad una decisione spesso sofferta e dolorosa", il quale sappia consigliare la scelta migliore o più conveniente.

Non va neppure escluso che all'amministratore di sostegno vengano attribuiti compiti di rappresentanza esclusiva in merito al giudizio di separazione o di divorzio del beneficiario, quando tale misura sia invocata dallo stesso beneficiario: è questo il caso deciso con decreto dal GT di Modena, che ha respinto la domanda dell'amministratore di nominare un curatore speciale all'amministrata, al fine di sostituire quest'ultima nel giudizio relativo, demandando, appunto, all'amministratore la rappresentanza esclusiva nel procedimento, conformemente alla volontà in tal senso espressa dalla beneficiaria (Tribunale di Modena, ottobre 2007).

In una pronuncia del 2009, riguardante il divorzio, il Tribunale di Roma giunge ad attribuire all'Ads il ruolo di semplice *nuncius* della volontà espressa dal beneficiario, previa verifica probatoria da parte del GT circa la formazione di una valida, libera, inequivocabile formazione della volontà del beneficiario di cessare la convivenza coniugale (nel caso in esame vi era un verbale di separazione personale consensuale in tempo lontano e precedente all'affermarsi di alcuna patologia, assenza di prole, rilevante tempo trascorso dalla separazione senza che tra i coniugi vi sia stata alcuna frequentazione, mancanza di volontà di tentare la ricostituzione del rapporto familiare, assenza di rapporti di natura patrimoniale e assistenziale tra i coniugi separati, assenza di contestazione da parte di altri familiari).

Pertanto, anche riguardo a quegli atti personalissimi il cui contenuto consiste nel disporre del proprio patrimonio (v. donazione e testamento), fermo restando la non delegabilità dell'atto a terzi, vi è la possibilità di estendere la previsione limitativa dell'art. 411 cc. Il presupposto è il permanere in capo al beneficiario della piena capacità di disporre dei propri beni.

Per il testamento, si ripropone la stessa questione. Presupposto per la capacità di testare è il permanere della piena capacità di agire del beneficiario. Non vi è una norma generale

analoga all'art. 774, ma vi è l'art. 591 cc che disciplina ipotesi di incapacità di testare. Il GT può, anche in tal caso, estendere esplicitamente nel decreto il divieto di testare, previa verifiche del singolo caso. Resta ferma la facoltà per ogni interessato di impugnare il testamento ove si dimostri la temporanea incapacità del testatore al momento della sua redazione.

Certo, l'applicazione della misura è ancora un po' a macchia di leopardo nel territorio nazionale: passiamo da tanti Tribunali che ammettono l'amministrazione di sostegno anche nelle ipotesi più gravi di soggetti "perduti nel buio della loro mente" (Alzheimer all'ultimo stadio, demenza senile, gravi disturbi psicotici, ed altro), ad altri che le preferiscono l'interdizione anche in quei casi sì di incapacità di intendere e di volere, ma in relazione ai quali il patrimonio del beneficiario non è rilevante né l'attività di amministrazione complessa, così da far scivolare direttamente quei precedenti di giurisprudenza nell'ambito dell'"*horribile visu et auditu*".

D'altro canto, richiamando George Moore (The Bending of the Bough) "*la strada sbagliata pare sempre la più ragionevole*"¹³.

A scrivere è l'Avv. Claudio Tagliaferri – che gentilmente mi ha concesso l'onore di dare il suo contributo al presente lavoro- uno dei maggiori esperti in tema di amministrazione di sostegno nella realtà nazionale. Ascoltare la sua testimonianza in un convegno organizzato a Salerno nel lontano 2008 - nel quale ero anche io tra i relatori- e poi negli anni a seguire in altre parti d'Italia , non solo mi ha arricchito(e di questo devo ringraziarlo) , ma ha fatto sorgere in me anche diversi interrogativi. Vedere l'Avv. Tagliaferri con quanta e quale passione nonché maestria e arguta e brillante intelligenza, parla dell'ADS , più che sulla materia specifica dell'amministratore di sostegno , ha suscitato in me la domanda su chi sia l'avvocato oggi giorno. Chi difende le persone? Chi interpreta la legge? Chi redige degli atti? Chi va davanti ai giudici a perorare le ragioni del proprio assistito ? Chi evita il carcere al presunto colpevole? Ho tentato di dare una risposta che non pretende di rivestire il carattere dell'assolutezza e della generalità, anzi è un'opinione dell'autore : l'Avvocato è un artista del diritto, è colui che adatta la norma astratta , la piega al caso concreto e come un pittore con un pennello alla mano, crea la tela , reinterpretando la realtà. E' colui che continuamente e di volta in volta riporta il diritto

¹³ Parte scritta, dall'inizio di questo paragrafo 2 e fino a questo punto, dall'Avv. **Claudio Tagliaferri**, civilista, Presidente Aias Piacenza, autore di numerose pubblicazioni e interventi in materia.

all'uomo.

3. UN NUOVO DIRITTO DI FAMIGLIA?¹⁴

Il diritto di famiglia è una materia che si pone sempre al confine tra *iure condito* ed *iure condendo*, perché anche in questo momento, mentre scrivo (ed in futuro mentre voi leggerete), sta cambiando qualcosa nella realtà da cui trae origine e che ha lo scopo di regolamentare.

L'uomo è in cammino, la società in evoluzione. Quale che sia la dottrina filosofica che si sceglie per cercare di spiegare la realtà, non vi è dubbio che essa deve essere applicata ad un'entità dinamica e che la storia, pur presentando corsi e ricorsi e dimostrando spesso l'identità della natura umana, è proiettata eternamente in avanti.

Il movimento ed i cambiamenti che caratterizzano la realtà trovano il loro epicentro nel modo d'essere dell'uomo e, conseguentemente, nei rapporti e nelle interazioni per lui più importanti e significative, vale a dire nelle relazioni (rapporto di coppia, filiazione, genitorialità) che costituiscono l'essenza di ciò che definiamo "diritto di famiglia".

Spesso i cambiamenti del modo di intendere i rapporti familiari sono recepiti tardivamente dal legislatore, ma ciò non significa che la realtà sia ferma: resta fermo soltanto chi dovrebbe essere preposto a capirla e regolamentarla.

Se si pensa al diritto di famiglia o ad un compendio che debba occuparsi, con una qualche completezza, di esso, la prima parola che viene in mente è "matrimonio".

La disciplina del matrimonio nel nostro Paese, *de iure condito*, è consolidata ed immobile, nel segno della tradizione.

Dopo che la riforma del 1975 ha rivoluzionato il concetto di matrimonio, sostituendo alla configurazione gerarchica, che vedeva il marito come capo della famiglia, l'idea costituzionale di parità tra i coniugi ed introducendo il regime della comunione dei beni, come modello preferenziale di regime patrimoniale familiare, le attività legislative e giurisprudenziali relative ad esso hanno avuto un momento di arresto.

¹⁴ Paragrafo redatto dal Dott. **Bruno de FILIPPIS**, Magistrato, cultore del Diritto di Famiglia, autore di innumerevoli pubblicazioni in materia e direttore di svariate Collane Giuridiche

L'esistenza del divorzio ha spostato il contenzioso, ponendo sostanzialmente fine, non solo alle controversie in ordine all'annullamento del matrimonio, ormai inutili per la maggiore semplicità ed onnicomprensività del rimedio divorzile, ma anche a cause tra i coniugi di diversa natura, essendo le stesse assorbite per la *vis* attrattiva delle cause separative.

Ad oggi, in effetti, tutte le volte che i coniugi intendono adire il giudice in relazione ai rapporti che li concernono, finiscono per farlo con un giudizio di separazione o divorzio.

Se il matrimonio non fornisce più materia prima per il contenzioso, esso non è nemmeno fonte di prospettive riformiste.

Di riforme si parla per le "coppie di fatto", per l'unione tra due persone dello stesso sesso e recentemente con la L. 219/2019 e poi con il Dlgs 154/2013 si è avuta la parificazione tra figli legittimi e naturali, ma non per il matrimonio, come se, per tale istituto, non vi fosse alcuna istanza o prospettiva di modificazione.

Al contrario, anche per quanto riguarda il matrimonio, il fuoco delle riforme cova sotto la cenere dell'immobilità.

Le prospettive innovative riguardano i *prenuptial agreements*, vale a dire i patti prematrimoniali che in altri Paesi fanno parte del patrimonio legislativo, mentre in Italia non sono ammessi.

È verosimile che, con l'andar del tempo, anche nel nostro Paese divenga possibile regolare, al momento delle nozze o in epoca successiva (come ad esempio in occasione della separazione), le condizioni di un futuro, possibile, divorzio e che, per questa strada (che è quella del riconoscimento dell'autonomia privata), si arrivi a riforme allo stato avveniristiche, come quelle che consentano, al momento della stipula del matrimonio, di escludere alcuni obblighi o di aggiungerne altri, personalizzando l'art. 143 c.c. e contrattualizzando l'unione.

Sul versante del matrimonio, una riforma è possibile anche per quanto riguarda le conseguenze del matrimonio putativo e l'applicazione di esse alle dichiarazioni di nullità pronunciate dai tribunali ecclesiastici. Allo stato, il sistema di giurisdizione concorrente tra Stato e Chiesa di fatto determina inaccettabili disparità di trattamento tra coniuge divorziato, che fruisce di numerose giuste tutele e coniuge per il quale sia intervenuta delibazione della nullità ecclesiastica, per il quale vi è solo la possibilità di fruire di un assegno di mantenimento, per il

tempo massimo di tre anni.

Per quanto riguarda l'accennata tematica delle unioni tra persone dello stesso sesso, ormai riconosciuta e ammessa dalle legislazioni di numerosi Stati occidentali, il problema è anche terminologico, essendovi una divisione tra quanti, anche nel nostro Paese, si dichiarano favorevoli ad esse.

Secondo alcuni, le persone dello stesso sesso che intendono veder riconosciuta la propria unione devono avere la possibilità di accedere ad un istituto analogo al matrimonio, avente tuttavia una diversa denominazione e proprie regole, mentre secondo altri la piena realizzazione dei precetti di uguaglianza e non discriminazione, di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione richiede che sia consentito l'accesso diretto al matrimonio.

Come è noto, è di recente intervenuta sull'argomento la Corte Costituzionale, con una posizione poi ribadita e specificata dalla Corte di Cassazione.

La Consulta (sent. 138/2010) ha affermato che tra le "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost., è inclusa "l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia" e che "spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette".

La Cassazione, con sentenza 4184 del 2012 ha a sua volta affermato che i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, sono titolari del diritto alla "vita familiare" e "nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata".

Tutto ciò nel quadro e subendo l'eco delle decisioni europee favorevoli ad unioni di tal tipo, come la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010, secondo la quale è "artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'art. 8", e "conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una

stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione".

Anche in questo caso, si resta in attesa delle decisioni del Legislatore.

Per quanto riguarda le "coppie di fatto", termine, se non dispregiativo, quanto meno diminutivo della loro dignità (è preferibile dire "coppie non matrimoniali"), la situazione, dopo il fallimento della tentata riforma dei Di.Co., è, *de iure condendo*, del tutto ferma.

I Di.Co., con i quali si intendeva creare un istituto analogo ai "Pacs francesi" (che invece sono risultati, in quel Paese, concreti e funzionali) non sono stati approvati per l'impossibilità di trovare un compromesso tra posizioni integraliste e laiche. Essi, tuttavia, nascevano con il vizio di fondo di non voler riconoscere come coppia convivente la coppia che, semplicemente, dichiarasse di essere tale, onde evitare di creare un modello alternativo al matrimonio. Si cercavano, perciò, vie traverse, con il paradosso di voler regolamentare la coppia senza riconoscerla o fingendo che non fosse tale, puntando l'attenzione sui suoi due singoli componenti, ritenuti, ciascuno, portatore di autonomi diritti. In tal modo, anche l'identificazione della coppia diveniva incerta e nel modello creato dall'aspirante legislatore avevano modo di riconoscersi anche coppie del tutto diverse da quella che si intendeva regolamentare (es. due anziane sorelle che vivessero sotto lo stesso tetto).

De iure condito, le coppie non matrimoniali continuano a trovarsi in una situazione ibrida, nella quale alcune leggi ed alcune decisioni giurisprudenziali riconoscono diritti, ma senza il contesto di una complessiva ed organica regolamentazione.

Esse possono valersi di un riconoscimento anagrafico, poiché le disposizioni a ciò relative consentono un'auto dichiarazione che attesti l'esistenza di legami affettivi che accompagnino la convivenza e possono fruire di normative che consentono la conservazione o il trasferimento del rapporto di locazione di un immobile, alcuni permessi lavorativi, possibilità di visita del partner in carcere, possibilità di ottenere un risarcimento dal soggetto autore di un fatto delittuoso verso lo stesso.

Per quanto riguarda l'ambito interno alla coppia, restano applicabili ai rapporti economici le regole dell'obbligazione naturale e la *soluti retentio* che le caratterizza.

Nel campo del diritto penale, alcuni istituti risultano applicabili alle coppie non

matrimoniali (violenza familiare, astensione dal testimoniare) ed altri no (art. 649 c.p., esclusione della punibilità del favoreggiamento, ecc.), senza che, alla base di tale alternanza sia individuabile una logica precisa.

Un altro settore del diritto di famiglia per il quale vengono invocate riforme è quello relativo all'adozione.

In questo ambito, a differenza di altri, le modifiche legislative sono alquanto recenti (2001). Esse, tuttavia, non si sono rivelate esaustive. Da più parti tuttora si invocano semplificazioni delle procedure (che tuttavia non abbassino il livello dei diritti dei minori), spostamenti di competenze all'autorità amministrativa (adeguandosi a quanto avviene in molti altri Paesi), superamento di duplicazione di organi ed attività.

Il discorso potrebbe allargarsi a molti altri istituti, tra i quali l'amministrazione di sostegno, ancora diffusa "a macchia di leopardo" sul territorio nazionale, con punte virtuose nelle Regioni che hanno realizzato congrue iniziative per valorizzare questo istituto. Ove la diffusione divenga effettivamente nazionale, il passo successivo consiste nell'abrogazione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, ormai inutili e superati dalla nuova disciplina, più rispettosa dei diritti della persona ed in grado di valorizzare ogni residuo margine di capacità del beneficiario.

Le materie più rilevanti del diritto di famiglia restano tuttavia la separazione ed il divorzio.

Entrambe, sono tuttora sotto l'effetto della legge sull'affido condiviso e stanno metabolizzando le conseguenze della rivoluzione culturale che essa ha rappresentato.

La riforma del 2006 resta la più importante verificatasi nell'ambito del diritto di famiglia, dopo le modifiche apportate nel 1975. Con essa, si è posto rimedio all'errore consistito nel ritenere che, per il figlio della coppia separata o divorziata, la soluzione migliore fosse quella di avere come punto di riferimento un solo genitore, per evitare di essere coinvolto nel conflitto e trovarsi al centro di indicazioni di genitorialità contrapposte.

Il principio affermato consiste invece nella constatazione che ciò che il figlio realmente e fortemente desidera è mantenere un rapporto con entrambi i genitori ed i rispettivi gruppi parentali e che, se la coniugalità può avere termine, la genitorialità, pur comportando

dinamiche diverse, legate all'evoluzione dell'età e dei bisogni del figlio, è destinata a durare per sempre.

4. E IL DIRITTO PENALE?

Ciò è per le categorie civilistiche. In modo ardito si vorrebbe analizzare quanto avviene per "il diritto penale della famiglia" dove le categorie giuridiche rischiano di scontrarsi con i principi rigidi dell'ordinamento penale. Eppure, in alcuni casi (relativamente molti, in tema di penale della famiglia) anche il diritto penale è "costretto a piegarsi all'uomo e alle sue varie manifestazioni. In quanto, per dirla con Carbonnier : *"Il diritto autenticamente positivo è diritto che vive... Non corpus irrigidito, bensì pullulare di corpuscoli in movimento..... i fenomeni giuridici sono di un'evidente eterogeneità in quanto riflettono la varietà del fenomeno sociale"*¹⁵.

*"...Non la superficie delle leggi nell'istante immediato, bensì lo spessore della loro storia, il loro passato che le solidifica in consuetudine, l'eventuale divenire riformatore che già le rende fragili. Non il testo nudo per ciò che pare esprimere, ma l'infinità delle interpretazioni concepibili, fino al loro diametrale contrario"*¹⁶. Tanto emerge soprattutto riguardo alle misure penali a tutela dell'adempimento dei provvedimenti del giudice civile. In nessuna materia come in questa, notevoli difficoltà si presentano all'interprete nel coniugare lo strumento penale con gli accadimenti concreti che avvengono nell'ambito delle mutevoli realtà familiari. Tanto più che, in tale settore, il diritto penale è costretto a cedere di fronte a un principio "superiore": la tutela dell'interesse del minore¹⁷.

Il diritto penale della famiglia – come autorevole dottrina¹⁸ ha specificato - non è materia connotata da autonomia. Ciò dipende soprattutto dal fatto che la famiglia coinvolge un intreccio complesso di beni giuridici. Infatti, la dimensione primigenia della famiglia non appartiene al diritto, ma al costume che è alimentato da svariati elementi dell'ambiente di vita. Questa

¹⁵ Carbonnier, *Sociologie Juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, Collection Quadrige, p. 331-32

¹⁶ Carbonnier, *Écrits*, (Textes rassemblés par Raymond Verdier, publiés par le GIP-Mission de recherche Droit et justice) Paris : Presses universitaires de France, 2008, p. 1014

¹⁷ Patti M. *"Il figlio tra padre e madre. Quale tutela penale?"* Pubblicato in data 07.04.14 sulla rivista on line "Persona e danno", a cura del Prof. Paolo Cendon.

¹⁸ RIONDATO S. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Zatti P., vol. IV, II ed., Giuffrè, Milano, 2011

variegata realtà si riflette anche nella legislazione penale e il concetto di famiglia ne risulta vago e interminato in quanto lo strumento penale non riesce a imporre limiti né ad attuare dei processi di carattere selettivo.

Per tali ragioni molti profili problematici si presentano all'interprete che si trova, per così dire, sospeso tra un ordinamento penale di stampo garantistico caratterizzato da precisi principi generali quali la determinatezza, la tassatività, la certezza della pena e tra realtà familiari che nella loro mutevolezza mal si adattano ad essere imbrigliate in rigidi schemi¹⁹.

I problemi che sorgono in merito all'esecuzione delle disposizioni riguardanti i figli sono rilevanti perché, a differenza dei provvedimenti a carattere patrimoniale, quelli che riguardano diritti personali mal tollerano un'esecuzione coattiva.

5. ART. 388 CO. 2 C.P.: ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE DELITTUOSA

Il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, contenuto nel libro secondo, titolo III del codice penale punisce - tra l'altro - con la pena della reclusione fino a tre anni o della multa da euro 103 a euro 1.032, chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, concernente l'affidamento di minori o di altre persone incapaci.

Siamo di fronte a una norma penale "in bianco", ossia una fattispecie che per completarsi prevede un'eterointegrazione con il provvedimento giurisdizionale.

Molteplici sono le problematiche non solo in punto di applicazione della normativa, ma anche riguardo alla determinatezza e tassatività della fattispecie così come astrattamente configurata²⁰. Proprio per questo, l'orbita punitiva della fattispecie si delinea in base alle specificazioni che ne attua, man mano, la giurisprudenza attraverso la decisione del caso concreto.

¹⁹ Per un'attuale informazione sul tema della tutela penale dei provvedimenti di affidamento di minori e altri incapaci : PATTI Michela, *I provvedimenti di affidamento di minori e altri incapaci – Misure di tutela penale - Collana Diritto / GENITORI E FIGLI*, Edizione MARZO 2014 - Cendon Libri. Disponibile anche come e-book sul Sito internet: <http://www.aracneeditrice.it/aracneweb/index.php/pubblicazione.html?item=9788854870352>

²⁰ Palazzo F., *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1988, p. 523.

Ma cosa si intende per elusione? A chiarire la portata da attribuire al termine sono intervenute le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, con la sent. n. 36692 del 5 ottobre 2007, che hanno affermato che: *“il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dal co. 2 dell’art. 388 c.p., non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte, ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l’esecuzione il contributo dell’obbligato”*. (Vedi inoltre, come conformemente ha deciso Cass. sez. VI pen., 16 giugno 2010, n. 23274).

La S.C., sofferma l’attenzione anche sulle modalità di descrizione della condotta prevista dal co. 2 dell’art. 388 c.p., configurata come elusione non del provvedimento interinale in sé, bensì della sua esecuzione. *“Sicchè- aggiungono le SS.UU. – è ragionevole ritenere che si richieda una condotta ben più trasgressiva della mera inottemperanza, altrimenti sarebbe stato sufficiente definire la condotta in termini di inosservanza”*, come negli artt. 389, 509 e 650 c.p.

Inoltre è posto l’accento sulla necessità di una distinzione della natura degli obblighi derivanti dai provvedimenti tutelati dal secondo comma dell’art. 388 c.p.

Nel caso di provvedimento prescrittivo di prestazioni personali o comunque di un comportamento agevolatore dell’obbligato, il rifiuto di adempiere non si esaurisce in una mera inottemperanza all’ordine del giudice, ma deve tendere a impedire o comunque ostacolare l’esecuzione, incidendo così sull’interesse all’effettività della giurisdizione, tutelato dalla norma incriminatrice. (Cass. Sez. unite, 5 ottobre 2007 n. 36692).

Invece, *«quando si tratti di obblighi la cui esecuzione coattiva non richieda necessariamente un intervento agevolatore del soggetto obbligato, non v’è ragione di assegnare rilevanza al solo atteggiamento di mera inottemperanza, perché, come s’è detto, non è qui in discussione una mera trasgressione all’ordine del giudice, bensì l’ostacolo all’effettiva possibilità di una sua esecuzione»* (Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 2007, n. 36692).

In merito all’elemento soggettivo, per la configurabilità del reato di cui all’art. 388 co. 2 c.p. è sufficiente la coscienza e volontà di eludere il provvedimento civile²¹. Infatti: *“il reato di cui all’art. 388 co. 2 c.p., è configurabile tutte le volte che l’agente ponga in essere, con*

²¹ Marinucci-Dolcini, **Codice Penale**, 2005 ,p. 2214; Padovani, **Codice Penale** , 2005 ,p. 1883; Manzini, **Trattato di diritto penale italiano**, a cura di P. Nuvolone e G. D. Pisapia Torino, 1962, p. 1101

consapevole volontà, una condotta diversa da quella disposta dal giudice, così ledendo il bene giuridico protetto. L'elemento psicologico del reato rimane integrato dalla cosciente volontà di eludere il provvedimento senza che sia richiesto alcun fine specifico" (Cass. Pen. sez. VI 26 ottobre 1998, n. 11254.).

6. L'ART. 388 CO. 2 C.P. INCONTRA L'UOMO

Una delle problematiche che si è posta all'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza riguarda l'eventuale applicazione di cause di non punibilità alle fattispecie concrete di elusione dei provvedimenti del giudice civile.

Considerata la estrema dinamicità che contraddistingue i rapporti familiari, è impossibile pretendere che un "rigido" provvedimento giudiziale sia in grado di prevedere tutte le ipotesi verificabili in concreto. Ne deriva che, in presenza di situazioni particolari, è in concreto che deve essere valutata, non solo l'offensività della condotta posta in essere dal soggetto agente, ma anche se sia attribuibile un rimprovero all'autore della violazione secondo i principi che regolano la responsabilità penale nel nostro ordinamento.

Quando, allora, si realizza la fattispecie penale prevista e punita dall'art. 388. co. 2 c.p.?

Sia le norme civili che penali, anche secondo quanto previsto dalla L. 54/06, ritengono preminente l'interesse morale e materiale della prole, considerato come principio ispiratore di ogni provvedimento giudiziale riguardante i minori.

A riguardo, la giurisprudenza ha stabilito che il rifiuto di dare esecuzione ad un provvedimento del giudice, che concerne l'affidamento di figli minori e le modalità di relazione del genitore non affidatario, può considerarsi scriminato quando l'adempimento implicherebbe un pregiudizio degli interessi del minore per effetto di situazioni sopravvenute al provvedimento stesso, e tali, per il momento in cui si manifestano e per la loro transitorietà, da non consentire il ricorso al giudice affinché le prescrizioni già impartite possano essere modificate. (Cass. Pen., sez. VI, 19 novembre 2004, n. 4439. Conforme, Cass. Sez. 6, sent. 09.01.2004 n. 17691; Cass. Sez. 6 sentenza 20.01.1997 n. 2720).

L'interesse del minore, così astrattamente delineato, potrà essere concretamente individuato alla luce delle circostanze fattuali che man mano si verificano. Ne deriva che

risulterà penalmente lecito il comportamento del genitore idoneo a soddisfare tale interesse in concreto.

La rilevanza dell'interesse del minore è sancita anche dalla giurisprudenza Cedu (Corte Europea dei diritti dell'uomo, (A) contro Austria, 25 gennaio 2007 nonché Corte europea dei diritti dell'uomo (CC) e altri contro Italia, 30 giugno 2005) che ha stabilito in diverse pronunce che il bambino separato dai genitori o da uno di essi, ha diritto di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi, a meno che ciò non sia contrario al suo interesse preminente²².

7. ART. 388 CO. 2 C.P. E BEST INTEREST OF THE CHILD

Il principio dell'interesse del minore è di fondamentale importanza anche nel diritto penale per tracciare il *limen* tra condotte lecite e illecite e ai fini dell'applicazione di eventuali scriminanti.

Sul punto, la giurisprudenza penale ha elaborato il concetto del "plausibile e giustificato motivo", disponendo che: *"in tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, il motivo plausibile e giustificato, che può costituire valida causa di esclusione della antigiuridicità della condotta anche se non deve configurarsi l'esimente dello stato di necessità, deve comunque essere stato determinato dalla volontà di esercitare il diritto-dovere di tutela dell'interesse del minore, in situazione che non può essere devoluta al giudice per l'eventuale modifica del provvedimento"*. (vedi, Cass. Pen., sez. VI, 20.01.97 n. 2720; Cass. Pen. , sez VI, 24.02.86, in Giust. Pen., 1987, II, 294).

Altre ipotesi in cui viene scriminata la condotta del genitore affidatario e /o collocatario ricorrono quando il genitore stesso viene a trovarsi in una concreta difficoltà determinata dalla resistenza del minore.

La Cassazione penale ha stabilito che: *"i conflitti fra l'adolescente e il padre separato non possono ricadere sulla madre (affidataria o convivente) che, infatti, non risponde del reato di*

²² Così in: PATTI Michela, *I provvedimenti di affidamento di minori e altri incapaci – Misure di tutela penale* - Collana Diritto / GENITORI E FIGLI ,Edizione MARZO 2014 - Cendon Libri. Disponibile anche come e-book sul Sito internet:<http://www.aracneeditrice.it/aracneweb/index.php/pubblicazione.html?item=9788854870352>

mancata esecuzione dolosa dell'ordine del giudice se il figlio si rifiuta di rispettare gli incontri". (Cass. pen. sent. n. 4946 del 4 febbraio 2009).

Le conclusioni raggiunte dalle pronunce esaminate, tuttavia, non possono essere elevate a principio generale.

Considerata l'importanza del rapporto tra figlio e genitore – sancita anche dalla legge sull'affido condiviso- per lo sviluppo psichico dell'adolescente, assecondare la volontà del ragazzo di non frequentare il genitore può solo formalmente realizzare l'interesse dello stesso, ma lo nega invece da un punto di vista sostanziale.

Proprio per questo, parte della giurisprudenza tesa al recupero del rapporto parentale, pur nel rispetto della volontà del minore, ha riconosciuto rilevanza penale al comportamento omissivo del genitore affidatario che ostacoli il diritto di visita dell'altro genitore approfittando dei rifiuti adottati dal minore (Cass. Pen., IV Sez., Sentenza 07.04/08.07.2011 n° 26810) senza adoperarsi efficacemente per agevolare gli incontri tra figlia e padre.

Nella pratica, frequenti sono i casi in cui c'è la netta opposizione del minore a frequentare l'altro genitore. In tali casi, se pur si vuole escludere una responsabilità di carattere penale, non si può fare a meno di indagare a livello psicologico sul perché vengano posti in essere tali atteggiamenti. Da un po' di tempo anche in ambienti forensi è emerso un concetto: "PAS".

La sindrome da alienazione parentale, sarebbe "una condizione relazionale" o meglio una "distorsione relazionale" attraverso cui i sentimenti del bambino nei confronti di uno dei due genitori vengono mistificati dall'altro²³.

Recentemente, sul tema sono intervenute due pronunce della Suprema Corte di Cassazione. Una prima pronuncia (Cass. sent. n. 5847/13) relativamente a un caso di affidamento prima congiunto e poi esclusivo alla madre dei figli minorenni, afferma che il comportamento del padre teso a ostacolare gli incontri dei figli con la madre avrebbe danneggiato l'equilibrio psicofisico dei figli. Pertanto sarebbe giustificato l'affidamento esclusivo alla madre *"in ragione dell'esistenza di una sindrome di alienazione parentale (PAS) causata da pressioni paterne che avrebbero inficiato i risultati dell'audizione (dei minori)"*.

²³ GULOTTA G., *La sindrome da alienazione parentale*, Giuffrè 2008.

Altra pronuncia (Corte di Cassazione, *sent. nr. 7041 del 6 marzo 2013* che riguarda il noto e triste caso del bambino di Cittadella), in senso diametralmente opposto, stabilisce che :*“una C.T.U. che si fondi sulla PAS – quale malattia–costituisce una mera devianza della scienza medica e come tale non può costituire oggetto per l’adozione di un provvedimento giurisdizionale; dove ciò avvenga l’effetto sarà certamente la demolizione del processo per un nuovo esame in cui a governare il processo siano la legge e la scienza (...)”*.

8. DIRITTO E LETTERATURA

Quanto su detto ci mostra chiaramente che non c’è spazio per una teoria «pura», del diritto. Ed ecco emergere anche il rapporto tra letteratura e diritto che, secondo Bruner, ognuno a suo modo, descrivono la realtà sociale in cui hanno radici comuni.

Attraverso la letteratura e la narrazione che è il cuore della stessa, si parla e si interpreta la realtà. Attraverso le storie si riesce a conoscere il passato a recuperare il tempo del vissuto, in tal modo costruendo una memoria individuale e sociale. Senza la narrazione non sarebbe possibile rielaborare l’esperienza e gestire il presente stesso²⁴.

Nel diritto -specifica sempre Bruner - vi sono molteplici costruzioni narrative. Si pensi ai contenuti di una legge in cui si riversano le rappresentazioni e le interpretazioni del legislatore che derivano da un tessuto di storie proprie alla loro comunità di riferimento , per non parlare delle sentenze dei giudici che sono una narrazione in fatto e in diritto . Ma anche i testimoni nel narrare i fatti accaduti procedono per storie e gli stessi avvocati nell’arringa rendono attraverso la narrazione le conclusioni del caso secondo la tesi difensiva proposta.

Quando, poi, si parla di narrazione non ci si deve riferire solo alla comunicazione scritta o verbale di una “storia”, in quanto si racconta anche attraverso la musica, la pittura , il cinema, la fotografia e attraverso ogni altro genere di produzione culturale ²⁵.

Secondo Iosif Brodskij ²⁶, l’arte *“stimola nell’uomo, volente o nolente, il senso della sua*

²⁴ BRUNER J., *La fabbrica delle storie. Letteratura, Diritto, Vita*, Roma - Bari, 2002

²⁵ CESERANI R. e BERNARDELLI A., *Il testo narrativo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2005

²⁶ Tanto afferma nel discorso dal titolo *Un volto non comune*- pubblicato nel volume: Iosif Brodskij, *Dall’esilio*, Adelphi, Milano 1988 - tenuto nel 1987, in occasione della cerimonia di conferimento del Premio Nobel

unicità, dell'individualità, della separatezza, trasformandolo da animale sociale in un io autonomo....permettendogli così di "vivere una vita propria, di cui sia padrone, non già una vita imposta e prescritta dall'esterno" e ciò riesce a farlo introducendo delle varianti al consueto e trasformando "ogni piccolo zero in un piccolo volto [...] umano".

Tale "intimo rapporto" tra letteratura –nell'accezione più vasta del termine- e diritto, è stato già professato anni or sono dal Petrarca per poi essere ripreso, tra gli altri, dal Falzea e trova la massima espressione in molti scritti di Hannah Arendt.

Per il Falzea²⁷, il diritto appartiene alla cultura infatti, *"i caratteri incontrovertibili del diritto sono, com'è noto, la umanità e la socialità; il carattere emergente della realtà umana, ed anche questo è noto, è la spiritualità; e poiché la spiritualità nella dimensione sociale costituisce la cultura, ne segue che il diritto, in quanto fenomeno umano e sociale, non può non appartenere alla cultura"*.

Nel saggio della Arendt sulla «banalità del male» vengono analizzati i problemi morali, politici e giuridici sollevati dal processo.

Secondo quanto affermava anche Ferruccio Pergolesi²⁸, tra i primi che si è occupato in Italia del rapporto tra «diritto e letteratura», a partire dal suo saggio del 1927, dato che nella vita facciamo continuamente del diritto anche senza accorgercene, la letteratura – che in definitiva riflette la vita – si trova permeata dal diritto.

Il diritto e la scienza giuridica non possono essere estranei a fenomeni come questi e certamente il diritto non si incontra solo con la letteratura ma con la psicologia, le neuroscienze, la genetica, la robotica, etc.

E dell'interazione del diritto con la cultura e le altre branche del sapere scrive in modo sublime Martha C. Nussbaum in diverse sue opere²⁹.

L'Autrice con convinzione reagisce *"all'isolamento del fenomeno giuridico in una visione astratta, tecnicista, neutralista, dalla quale sfumi ogni senso di morale coinvolgimento e*

²⁷ FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Riv. Dir. Civ. 1988

²⁸ PERGOLESÌ Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*, Ed. Cedam, 1949

²⁹ Si veda di NUSSBAUM Martha C.: *L'intelligenza delle emozioni*, Il Mulino (collana Biblioteca paperbacks), 2009; *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*, Feltrinelli, 1996

responsabilità» e lo fa riservando alle EMOZIONI , come già Lucrezio e Seneca, lo spazio di “ *una forza fondamentale per la giustizia sociale e la difesa degli oppressi*” in quanto una vita prosciugata dalle emozioni rappresenterebbe per l’uomo una *contradictio in adiecto*.

Pertanto le istituzioni devono coltivare le emozioni , il che vuol dire anche che devono non solo “proteggere” , ma anche promuovere tutta l’espressione artistica in cui si articola la vita dell’individuo che è arte –nel senso ampio del termine - essa stessa .

Tempo fa, (precisamente nel maggio 2014) al Congresso di Neuroetica in Padova, in cui ho avuto l’onore di esporre un mio lavoro³⁰ , andavo a dire che per ri – educare il giovane che delinque, prima di tutto è necessario trasmettere delle emozioni positive. I ragazzi che commettono crimini, molte volte, presentano proprio a carico del sistema cerebrale lesioni al centro delle emozioni, una disabilità mentale a carico dei regolatori delle emozioni , della percezione della realtà e del controllo degli impulsi. Goleman, nel suo libro sull’intelligenza emotiva parla proprio di “educazione alle emozioni”.

Ma anche le c.d. “persone normali”, a volte non colgono le emozioni, risvegliarle può contribuire a far sì che il sistema non solo giuridico ma anche sociale migliori a livello di sicurezza, di efficacia, di garanzia . L’educazione alle emozioni dovrebbe partire dalle istituzioni per poi passare dalle varie realtà sociali - e in una sorta di *interplay* - fino ad arrivare al singolo e viceversa.

Si propone un non –diritto? No, questa idea di giustizia, non va ascritta al *non droit*, quanto al *diversamente* morale o giuridico.

Quando il Carbonnier parla di «*Diritto del Non-Diritto*» e di «*Diritto al Non-Diritto*» intende dire che il diritto stesso debba confrontarsi con il proprio contrario, facendo sì che ogni definizione sia ipotetica e provvisoria, in continua metamorfosi, non definibile una volta per tutte³¹. Ogni definizione del diritto esige, il passaggio per l’immaginario, il simbolico. Carbonnier parla, proprio di «*Attraversamento del Simbolico*»³².

³⁰ PATTI M. , paper dal titolo : “*Adolescenze “criminali”: minori che uccidono e che commettono crimini efferati. Fattori neurobiologici di “influenza” e imputabilità. Risposte istituzionali e percorsi di intervento. I risultati di una ricerca*”, presentato nel maggio 2014 in Padova , al Congresso di Neuroetica : “Uno sguardo da quale mente? La prospettiva neuroetica”.

³¹ CARBONNIER J., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, trad. it. di A. De Vita, Milano, Giuffrè, 1997.

³² Arnaud, *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, Paris, Lgdj (Collana Droit et Société, Classics) 2012, p. 29.

Solo nel rapporto col proprio contrario (con il non-diritto, ossia con le altre sfere sociali, altrettanto capaci di regolazione normativa), il diritto si può cogliere nella sua totalità.

E il rapporto tra diritto e non diritto risiede nel tempo, nelle trasformazioni che attraversano le epoche, nella storia, in un complesso intreccio che lega passato e presente – che si integrano , si spiegano e si “sorreggono” a vicenda - alla volta del futuro che deve essere espressione dell’identità umana . In mancanza, si incorrerebbe in una perdita della coscienza con lo scadimento alla posizione di automi. Tale conclusione mi riporta a quello che è il “titolo”, o meglio la traccia data al lavoro *de quo*.

9. CONCLUSIONI? LA VITA TRA DIRITTO E NON DIRITTO: FUTURO ALLE SPALLE?

Il titolo del presente lavoro, che ripropongo in questo paragrafo, non è altro che la domanda – caratterizzata da una falsa dicotomia o meglio da una contrapposizione che tale non è, in quanto raffigura solo gli opposti di un *unicum*: la vita - che mi pongo e pongo a chi legge.

Ho cercato di dare una risposta. Giusta? Sbagliata? Non so. Intanto ho tentato.

Sì, il futuro è alle spalle nel senso di quanto detto, è alle spalle in quanto si deve ricercare nella storia . Il diritto pur rispettando le norme non deve irrigidirsi tanto da rinunciare all’uomo nelle sue molteplici espressioni di vita che in una continua metamorfosi e in profonda simbiosi si muovono tra diritto e non diritto nel corso del tempo.

Contemporaneamente , però, si deve rispondere “no” a tale interrogativo, nel senso che si spera che il diritto non si lasci il suo possibile e auspicabile futuro alle spalle , ma compia l’ulteriore passo, si apra alle altre scienze , al diritto naturale e non si immobilizzi rinunciando a portare avanti istanze del passato che nascono contemporaneamente all’uomo , ma si adoperi per farle progredire . Se rinuncia ad esse, rischia di rinunciare all’uomo, che non può e non deve essere solo regole seppur regolato, ma anche “emozioni”, per dirla con la Nussbaum. Perché è la vita ad essere un’emozione, a muoversi - è guai se così non fosse- tra diritto, con norme rigide e codificate, e non-diritto, ossia situazioni fattuali, contingenti che per quanto si voglia farle rientrare in rigidi schemi giuridici non è possibile.

Pertanto, più che trarre delle conclusioni, lancio un’altra domanda: in questi casi dovrà essere la vita/l’uomo a piegarsi alle norme sacrificando la sua umanità, il suo essere, la sua dignità

o viceversa è il diritto che, modificandosi, evolvendosi - pur senza rinunciare alle regole e alle garanzie che devono contraddistinguerlo – deve “piegarsi” all’uomo rispondendo alle sue istanze in progress? Dopotutto il diritto è il mezzo, non il fine. Il fine rimane la persona.

Elizabeth H. Wolgast³³ – scorge nel concetto di diritto individuale uno strumento potente e utile per realizzare il bene della persona, quale soggetto indipendente, libero e con interessi individuali.

Secondo Mario Cattaneo³⁴, la ricerca filosofico-giuridica deve essere caratterizzata da un profondo umanesimo, e deve essere diretta alla difesa e alla tutela della dignità umana.

La sfida per il diritto , a questo punto è da dire in uno ai più grandi filosofi della materia, è quella di costruire “... una nuova dogmatica giuridica, che organizzi concettualmente le norme dal punto di vista del loro rapporto al fine ultimo, la persona appunto, il suo realizzarsi, il suo comunicare”³⁵.

³³ WOLGAST Elizabeth H. *Ethics of an Artificial Person: Lost Responsibility in Professions and Organizations* Ed. Stanford University Press - July 1992

³⁴ Vedi CATTANEO Mario, *Riflessioni sull’umanesimo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane (collana Filosofia del diritto e dignità umana), 2004

³⁵ VALLAURI L. LOMBARDI, *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, in R. ORECCHIA (ed.), *Il problema del «metagiuridico» nell’esperienza contemporanea del diritto. I doveri fondamentali dell’uomo nella società dei diritti. Il diritto e alcune discipline di nuova frontiera*, Milano, 1984, pp. 59-60

LIGHTNESS, LAW AND NEUROSCIENCES: A NEW TOOL TO PROTECT THE UNRESPONSIVE PATIENT'S SELF-DETERMINATION?

Giada Ragone¹

Benedetta Vimercati²³

1. SCIENCE V. LAW AND LIGHTNESS V. HEAVINESS?

At the end of the 20th century, Italo Calvino indicated six values for the literature of the next millennium and, among them, lightness: “this does not mean that I consider the virtues of weight any less compelling, but simply that I have more to say about lightness”⁴. This value also can be important for the law of the next millennium.

Science is in constant evolution as an ever-changing process, while the “world of the law” is characterized by stability because law is an element of rationalization and continuity. It seems that the law’s heaviness is not suited for the challenge of science’s lightness.⁵

It is not the aim here to affirm that the law of the third millennium needs to lose those typical connotations inspired by an idea of heaviness; on the contrary, affirming this idea would mean emptying the law of its essence, of its function. Indeed, law is established to adjust societal life: it is instituted to give rationality and stability to the life of society and in order to fulfil its task, law needs – in a way – heaviness. Meanwhile, with a view to fulfilling its task, however, law must not forget reality, which is in constant evolution. In this context, heaviness needs to be lighter. Heaviness should not be an obstacle to the law’s aim but rather a tool for the legal system in the

¹ Giada Ragone is a Ph. D. Candidate in Public Law, Department of Economics, Ca’ Foscari University, Venice.

² Benedetta Vimercati is a Research Fellow in Constitutional Law, University of Milan-Bicocca.

³ Paragraphs n. 1, 2 and 5 are written by Benedetta Vimercati; paragraphs n. 3, 4 and 6 are written by Giada Ragone. The conclusions (paragraph n. 7) are written by both authors.

⁴ Citation from CALVINO, Italo. **Six memos for the next millennium**. Charles Eliot Norton Lectures, 1985.

⁵ “La scienza è in continua evoluzione, in continuo ripensamento rispetto a se stessa, mentre il mondo delle norme, pensate come fattore di stabilità, di razionalizzazione e di continuità ha come connotato saliente la staticità. L’una sembra, così, mettere in continua discussione l’altro”, VIOLINI, Lorenza. **Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita**. In: ZANON, Nicolò – CELOTTO, Alfonso (cur). **La fecondazione medicalmente assistita: al margine di una legge controversa**. Milano: Franco Angeli. 2004. p. 39.

effort to face social challenges⁶.

In this sense, lightness can be considered a benefit rather than a defect and becomes a keystone in the relationship between neurosciences and end-of-life decisions. Our aim in this article is not to explore deeply the forensic application of neuroscience but rather to show how the use of neuroscience in end-of-life decisions offers the opportunity to deepen a large-scale topic: the relationship between science and law.

To do that, before analyzing the connection between the regulation of end-of-life decisions (especially when the patient is incapable) and neurosciences in the Italian legal system, we must provide two brief overviews: the first concerns the Italian legal framework regarding end-of-life decisions, while the second regards the state of the art about neurosciences and their use in the legal field.

2. END-OF-LIFE DECISIONS IN A NUTSHELL

The legal and constitutional cornerstone of end-of-life decisions is the right to informed consent⁷. This right, which is considered the cornerstone of the alliance between patient and physician – which until this right's inception was marked by the so-called medical paternalistic model⁸ – was recognized as a fundamental right by the sentence n. 438/2008 of the Constitutional Court⁹.

The recognition of informed consent as the constitutional right to choose among medically

⁶ We use “light” referring to law because we do not want to talk about the concept of “soft law” from a legal point of view as atypical regulation. We want instead to refer to the idea of heaviness and lightness described by Italo Calvino.

⁷ Informed consent was recognized as a fundamental right after a long process, starting at the beginning of the 20th century, especially in common law legal systems. Some significant legal cases have shaped the current doctrine of informed consent after courts had extended the common law tort doctrine of negligence. The negligence can consist of the breach of the physician's duty to inform the patient who has the right to decide about his plans for care. The most famous cases are *Mohor v. Williams*, Minnesota Supreme Court (1905), *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), *Salgo v Leland Stranford Jr. University Board of Trustees* (1957). About the history of informed consent see FADEN, Ruth R. – BEAUCHAMP, Tom. L. **A history and theory of informed consent**. Oxford University Press, 1986; AJLOUNI, Kamel M.. History of informed medical consent. *Lancet*, p. 980. 1995.

⁸ In order to go deeper into the matter of the models of the physician and patient relationship, see EMANUEL, Ezekiel J. – EMANUEL, Linda L. **Four models of the physician-patient relationship**, in *Journal of the American Medical Association*. p. 2221 - 2226. 1992.

⁹ In this decision the Constitutional Court declares that informed consent, as the expression of the conscious agreement to a specific treatment, is a fundamental right and is anchored in constitutional principles, especially in art. 2 (guarantee and promotion of fundamental rights), in art. 13 (inviolability of personal freedom) and in art. 32 (freedom to choose to be subject to medical treatment).

reasonable plans for care has recognized both sides of informed consent, the positive one (approval of a medical treatment) and the negative one (refusal of a medical treatment, whether it has been already initiated or not). Considering that informed consent is indispensable even in choices concerning life support, it can be defined also as an instrument to protect individual self-determination in the end of life context.

This right is made up of two different but interrelated components: a technical component and a moral component¹⁰. The technical component, “informed”, entails complete and comprehensive information provided by the physician to the patient about the proposed treatment options (potential benefits, risks, any available alternative treatment and so on). The other component, the moral one, implies the demand to recognize the principle of autonomy that allows the patient to determine what would be good or bad for him. This principle means that the patient is free from both controlling interferences by others and personal limitations that prevent meaningful choice. Ultimately, this principle requires preventive and adequate information, however; without obtaining adequate information from the physician, the patient cannot consciously exercise his autonomy; the patient’s decision-making cannot be free from any undue influences.

But the exercise of this right to make decisions about one’s body and medical care is strictly intertwined with the patient’s capability. The process of informed consent makes sense only for people who have the ability to make informed decisions and not for people who are incompetent or incapacitated.

These remarks become crucial in the context of incapable persons’ end-of-life decisions and neuroscience. If the national law does not want to deny some citizens the right to self-determination because of their incapability, especially where the incapacitation of the patient merely consists of the impossibility to communicate his will, how can the legal system protect those who lack the cognitive and legal capacity to understand the decision’s consequences, the ability to understand relevant information or the ability to communicate a choice¹¹?

¹⁰ See CASONATO, Carlo. **End of Life in Comparative Law: Duties, Rights and Fuzzy sets**, in *Salute e società*. 2012. p. 89-106; CASONATO, Carlo. **Informed Consent and End-of-Life Decisions: Notes of Comparative Law**, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3, p. 225-256. 2011.

¹¹ An analysis of rational decision-making capacity is from Welie and Welie. They affirm that it relies on at least four qualities and abilities: “(i) the ability to absorb, comprehend and retain knowledge or, more broadly, cognitive content; (ii) the ability to manipulate cognitive content critically; (iii) freedom of will; and (iv) the ability to express oneself”. See WELIE, Jos.V.M. - WELIE, Sander.P.K. **Patient Decision-Making Competence: Outline of a Conceptual Analysis**, in *Medicine, Health Care and Philosophy*.

The Italian legal system has tried to answer this question by identifying – especially through case law – some tools: first, the ex post reconstruction of what the incompetent patient himself "would have wanted" or, to be more exact, what the patient would have done if able to choose for himself (as the Civil Court of Cassation stated in the famous *Englaro* case¹²); second, advance directives or a living will, although the Parliament has not regulated them yet; last, the *ad acta* guardian called upon to express the will of his ward (that is, in Italy, *tutore*, *curatore* or *amministratore di sostegno*)¹³.

Nonetheless, the ex post reconstruction of the patient's will, the living will and the guardian options are problematic.

First and foremost, these legal instruments cannot guarantee the actuality of the informed consent event, if actuality is a prerequisite for the validity of consent as a whole. As a consequence of this basic shortcoming, some authors argue that the actuality of the consent must be interpreted not as a chronological actuality but rather as a logical one¹⁴. This view, however, does not overcome this critical flaw. This is why the Italian Parliament, discussing the legislative proposal on living wills, decided to add the provision whereby advanced directives will become invalid after 5 years.

The second challenge involves the risk linked to using a "retrospective consent". Notwithstanding an appropriate use of the ex post reconstruction of the patient's will, the judge or the guardian could fall into a reconstruction of one's personality rather than a reconstruction of one's will, despite the request of clear and convincing evidence of the patient's wishes. This is the paradox of the "retrospective consent": personality, used for the scrutiny of the patient's will, becomes – doubly – the goal of this same scrutiny¹⁵.

Last, it is crucial to stress that consent in medicine is not simple consent, but informed

p. 127–138. 2001.

¹² See Sent. Cass. civ. n. 21748 del 2007.

¹³ In this last event, some legal and medical contributions assert that choosing the guardian within the family unit can probably guarantee a better harmony between the patient's will and what the guardian says. But this is not always true. In a few Italian decrees, judges decided to reject the request of an incompetent's relative to be appointed as guardian on the strength of the patient's best interest (*ex multis*, Trib. Modena, January 26, 2009 in www.altalex.com).

¹⁴ See D'AVACK, Lorenzo. **Scelte di fine vita**. In: VERONESI, Umberto (cur.). **Testamento Biologico. Riflessioni di dieci giuristi**, Milano: Il Sole 24 Ore, 2005. p. 47.

¹⁵ See, VIMERCATI, Benedetta. **Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica**. Milano: Giuffrè, 2014.

consent¹⁶. Nevertheless, the aforementioned instruments, in particular retrospective consent and proxy consent, cannot ensure that the patient previously has been informed about that specific treatment.

Rapid progress in neuroscience is enabling experts to begin to track the neural correlates of decision formation as it is implemented in the brain; several authors have raised the idea that in a (more or less proximate) future, neuroscience will be able to identify the neural correlates of decision-making for the purpose of informed consent, in order to indicate if the patient has expressed his consent and what his will is.

With respect to this, can neurosciences have a positive impact? Could current neuroimaging research be used in order to change the context of end-of-life decision-making¹⁷?

3. NEUROSCIENCE AND LAW: A RELATIONSHIP IN THE MAKING

Before discussing the contribution of neuroscience to the debate about end-of-life decisions, it is important to provide an overview regarding the state of the art of neurosciences and their use in the legal field.

Firstly, we need to underline that the relationship between law and cognitive neurosciences has developed over time. This alliance is no more science fiction: as Orlando Carter Snead wrote, neuroscience “has been proffered and admitted in a variety of jurisdictions, in both civil and criminal cases and for a variety of purposes”¹⁸. And surely the criminal field is the most affected by this revolution¹⁹.

¹⁶ The importance of information in the physician and patient relationship is an issue dealt with often. It represents a duty for the physician to perform in order to avoid civil or criminal liability. See, in this sense, BAKIĆ-MIRIĆ, Nataša M. – BAKIĆ, Nikola. Successful doctor-patient communication and rapport building as the key skills of medical practice. **Medicine and Biology**. 2008. p. 74 - 79.

¹⁷ The aforementioned question about neuroscience in the context of end-of-life decisions is just a part of the so-called neuroethics (ROSKIES, Adina. Neuroethics in the third millennium. **Neuron**, vol. 35, n. 1, p. 21 – 23. 2002). Informed consent involves in fact a psychological process of decision-making that can be related to specific types of neuronal activity. Some patients with cognitive or emotional disturbances often show an impairment in giving informed consent (in this sense see NORTHOFF, Georg. Neuroscience of decision making and informed consent: an investigation in neuroethics. **J Med Ethics**, vol. 32, n. 2, p. 70-73, February 2006).

¹⁸ See SNEAD, O. Carter. Cognitive neuroscience and the future of punishment. **Governance Studies at Brookings**, p. 5, 2011.

¹⁹ As regards with the civil context, “neuroimaging has been proffered and admitted to prove actual harm (and, to a lesser extent, causation) in personal injury cases”. Moreover, “in contract disputes, neuroimaging has been admitted - and has been found persuasive by fact finders - to show that one of the parties lacked sufficient cognitive capacity to form a valid contract”. See SNEAD, O. Carter. Cognitive neuroscience and the future of punishment. p. 5.

Just think about the use of neuroimaging in trials to declare a defendant incapable²⁰, or lie detection methods²¹, or even the use of brain fingerprinting to reveal memory traces in a witness's mind²².

Moreover, neurosciences are not relevant only in trials, but also in judicial review: for example, in the U.S. - where these techniques are widely used²³ - the Supreme Court has struck down a law providing for the death penalty for teenagers, considering that neuroimaging shows that a teen's brain is not completely developed²⁴.

Also in Europe and Italy we can find examples of the legal application of neurosciences. Concerning the Italian cases, four recent judgments are particularly relevant: *Bayout* (2009)²⁵, *Albertani* (2011)²⁶, *Serventi* (2011)²⁷ and *Mattiello* (2013)²⁸. In the first two cases, the courts reduced the defendants' jail terms because series of tests demonstrated abnormalities in brain-imaging scans and genes that have been linked to their violent behavior. In *Serventi*, neurosciences have been employed to verify the victim's memory and assess the damages suffered because of post-traumatic stress. Lastly, in *Mattiello*, the accused's defense presented neurological expertise to demonstrate that a brain tumor was the cause of his actions.

4. A NEW TOOL TO PROTECT THE INCOMPETENT PATIENT'S SELF-DETERMINATION?

The connection between neuroscience and law is not so helpful concerning end-of-life decisions and incapable individuals' protection. It may soon become so, however. In the last few

²⁰ As Snead (Cognitive neuroscience and the future of punishment. p. 6) reminds, one of "the most famous example of neuroimaging being used in an insanity defense is the case of John Hinckley, Jr., who attempted to assassinate President Ronald Reagan in 1981. There, the court admitted a CT scan to show that Hinckley's brain had atrophied, which the defense argued - over the vigorous argument of the government's expert - was evidence of organic brain disease".

²¹ See GREELY, Henry T. - ILLES, Judy. Neuroscience-based lie detection: the urgent need for regulation. **Am. J. L. & Med.** n. 33, p. 377-431, 2007.

²² See IACONO, William G. The forensic application of "brain fingerprinting:" why scientists should encourage the use of P300 memory detection methods. **The American Journal of Bioethics**. vol. 8, n. 1, p. 30-32. January 2008.

²³ See JONES, Owen D. - BUCKHOLTZ, Joshua W. - SCHALL, Jeffrey D. - MAROIS, Rene. Brain imaging for judges: an introduction to law and neuroscience. **Court Review**. n. 50, p. 44-94. 2014.

²⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

²⁵ Corte d'Assise d'Appello of Trieste.

²⁶ GIP of Como.

²⁷ Tribunale of Cremona.

²⁸ Tribunale of Venice.

years, experiments and studies have been carried out all over the world regarding the possibility to “read minds” and communicate with people who cannot speak or seem to be in the so-called vegetative state. In this field, the most relevant studies are those made by a group of international researchers working at the *Brain and Mind Institute of Western Ontario University, Canada*²⁹. During these experiments, scientists have applied sophisticated methods of augmentative alternative communication with people unable to speak or move, thanks to brain computer interfaces. They demonstrate that some nonresponsive patients can respond to commands by modulating their brain activity according to instructions. Brain-computer interfaces may allow such patients to overcome the barriers imposed by their limitations and communicate with the external world. The communication is permitted by recording the brain activity of a subject according to external inputs: when the patient thinks about actions or movements that are suggested by scientists, a computer checks if brain areas corresponding to those mental performances are activated. This is possible because when a person thinks, a precise area of his brain (neuro identified with images) produces a trace discernible through electro-physiological exams. So, for example, it is possible to ask a patient to think of playing tennis if he wants to give a positive response to a question, or think of raising a hand if he wants to give a negative one. Looking at the mental activities (playing tennis or raising hand) emerging by the brain waves read, the person who asked the question is able to understand the answer of his interlocutor³⁰.

This type of experiment allows us to think that the relationship between neuroscience and law also will bear fruit in the field of end-of-life regulation. It is obvious that goals like these present not only technical and clinical challenges, but also legal ones.

First of all, “reading” the brain can lead to accurate diagnoses, especially when associated with the two traditional sources of information in this field: “detailed clinical history [...] and careful (albeit subjective) behavioral observation by trained personnel”³¹. Above all, neuroscience

²⁹ See NACI, Lorina – MONTI, Martin M. – CRUSE, Damian – KÜBLER, Andrea – SORGER, Bettina – GOEBEL, Rainer – KOTCHOUBEY, Boris – OWEN, Adrian. Brain computer interfaces for communication with nonresponsive patients. **Annals of Neurology**, vol. 72, n. 3, p. 312-323. September 2012.

³⁰ “Our ability to use neuroimaging to ‘read minds’ is unusually advanced, thanks in large part to functional magnetic resonance imaging”. The MRI machine can check mental signals; they “can then be used to assess what brain regions are active during various mental activities, by having people in scanner see, here, do, move, or think, about something” (cit. GREELY, Henry T. Law and the revolution in neuroscience: An early look at the field. **Akron Law Review**, n. 42, p. 694. 2009).

³¹ See MONTI, Martin M. – COLEMAN, Martin R. – OWEN, Adrian M. Neuroimaging and the vegetative state: resolving the behavioral assessment dilemma?. **Annals of the New York Academy of Sciences**, vol. 1157, n. 1, p. 82. March 2009.

can help distinguish between coma³², vegetative state³³, minimally conscious state³⁴ and locked-in state³⁵; indeed “recently, the development of noninvasive neuroimaging techniques has fostered a rapid increase in the exploration of residual cognitive abilities”³⁶. The great impact of this possibility on legislation concerning the end of life is clear. Indeed, in order to guarantee the right of self-determination, scrutiny of the patient’s mental capacity is a pivotal element.

Similarly, it stands to reason that the use of neuroscience could be important in determining when a person can be considered alive or, vice versa, he must be declared legally deceased.

Finally, the most important scenario – even if still in development – concerns the use of brain-computer interfacing to obtain informed consent from patients without the need of articulating words or moving parts of the body: in these cases, “functional neuroimaging may prove to be most valuable, as a unique clinical tool for probing volition and residual cognition without necessarily assuming that the patient is able to produce any motor output”³⁷.

The eventualities described show the “positive side” of the connection between neuroscience and end-of-life regulation. There is a number of problematic issues, however, that the legislature of the future must take into account. Here, we will point out just the most relevant ones.

Primarily, health risks related to the use of neuroscience must be clarified. Brain imaging, for instance, involves the use of contrast fluids injected inside the cerebral organ; these liquids are useful for detecting mental activity, but at the same time they are invasive and it is uncertain whether they are innocuous.

³² There are no signs of wakefulness and no signs of awareness. Usually it is transient and in rare cases, chronic.

³³ There are signs of wakefulness, including eye opening and stimulus-induced arousal, but no signs of awareness of oneself or of the environment.

³⁴ There are signs of wakefulness and inconsistent but reproducible signs of awareness, including sustained visual pursuit, command following, and intelligible verbalization. It may be chronic or permanent.

³⁵ Patients are usually aware, but unable to move or speak, and, unless completely locked-in, may communicate via small eye movements. In the acute phase, awareness may be impaired (for the description of this and the previous disorders of consciousness, see NACI, Lorina – MONTI, Martin M. – CRUSE, Damian – KÜBLER, Andrea – SORGER, Bettina – GOEBEL, Rainer – KOTCHOUBEY, Boris – OWEN, Adrian. Brain computer interfaces for communication with nonresponsive patients. p. 38).

³⁶ See MONTI, Martin M. – COLEMAN, Martin R. – OWEN, Adrian M. Neuroimaging and the vegetative state: resolving the behavioral assessment dilemma?. p. 81.

³⁷ Again MONTI, Martin M. – COLEMAN, Martin R. – OWEN, Adrian M. Neuroimaging and the vegetative state: resolving the behavioral assessment dilemma?. p. 81.

Another serious problem concerns privacy protection and the “freedom of mind”³⁸ liberty: if scientific progress permits one to reveal someone’s thought in the absence of external manifestations, it is necessary to provide the patient with the power of opting out of the interface that is reading his mind. Those doubts concerning the respect of health and privacy apply also to the authority of a legal administrator or trustee who takes care of the affairs of the incapable individual and decides whether to submit him to a computer interface session or other similar treatments.

Even overcoming these objections, some others arise concerning the possibility to reach a valid informed consent, which is – as seen above – the cornerstone of end-of-life regulation. Effectively, the brain-machine-web systems allow very basic forms of communication: a patient only could give affirmative or negative answers and he would not be able to suggest the topic of discussion. This alone is enough to think that any consent given in this way cannot be considered fully reliable. Moreover, it is almost impossible to ensure that the patient has been properly informed about the treatments that he is asked to accept: indeed he is not even able to ask for clarification on what he does not understand.

Lastly, despite the good guarantees regarding the reliability of the techniques in question, once their results have legal force, it is essential that the scientific community constantly recheck their precision and accuracy³⁹.

5. THE LEGISLATOR OF THE THIRD MILLENNIUM

Given these unresolved aspects, one could argue that the lawmaker should not act. Actually, in this context, because of the new resources that scientific progress makes available to protect the patient’s right to self-determination – without colliding with other constitutionally relevant rights and goods – discussing neurosciences in the end-of-life decision-making process could be a proposition to take into account⁴⁰. Meanwhile, the lawmaker is accountable for the

³⁸ See BLITZ, Marc Jonathan. Freedom of Thought for the Extended Mind: Cognitive Enhancement and the Constitution. **Wisconsin Law Review**. vol. 2010, n. 4, p. 1049. December 2010.

³⁹ Even the most enthusiastic scientists acknowledge this: “despite the very encouraging work that has been carried out on neuroimaging in disorders of consciousness, it is important to stress that there are many issues that should be considered carefully when using these tools in the clinical setting” (see MONTI, Martin M. – COLEMAN, Martin R. – OWEN, Adrian M. Neuroimaging and the vegetative state: resolving the behavioral assessment dilemma?. p. 87).

⁴⁰ In Italy, the perspective of healthcare professionals on these disorders and on these techniques still remains poorly understood.

regulation of scientific discoveries because he must provide legal certainty, as gathered from the Italian Constitutional Court's decision n. 282/2002⁴¹.

Accordingly, the key issue is to figure out the balance, which is necessary to regulate the area. Bearing in mind this issue, two dimensions should be considered: a substantive dimension, and a formal one (where formal means draft technical regulations).

With regard to the substantive dimension, the lawmaker must be careful not to give an absolute value to neurosciences. These techniques are not the sole tools for ascertaining the patient's wishes; on the contrary, they are only some of the vehicles for discerning the incompetent patient's will, and can contribute with the others⁴². Neurosciences could be used *ad adiuvandum* in order to weaken the defects of the other legal tools (established by case law or by the legislator).

This demand of non-absolutization comes from a further consideration concerning the risk of a naturalization of the human decision-making process that reduces man, in his multidimensionality and complexity, to being the result of a series of chemical-physical processes. For this reason, the use of neurosciences must respect the constitutional principles and, especially, the idea of the person recognized within the constitutional legal framework (article 2, Italian Constitution). This risk comes to light in the use of neurosciences in criminal law, in which the reduction of the person to a chemical-physical process misrepresents the anthropological model accepted in the Italian legal system. Scientific instruments, used in legal contexts, cannot devalue the concept of the human person recognized in the Constitution: a human person who must be protected because of his inherent dignity and with all his fundamental rights.

⁴¹ Question of constitutionality of the law n. 26/2001 of Marche Region. The regional law established interruption of Electroconvulsive therapy (ECT) and of prefrontal and transorbital lobotomy until the Health Minister had guaranteed the effectiveness and the non-dangerousness of these procedures. The Constitutional Court affirmed that the legislator could not decide by himself which medical practices are admissible because that is the scientists' task as well as a duty of the medical practitioner. This does not imply that the legislator cannot regulate this matter. On the contrary, he must provide that his decision will be founded on the scientific evidences obtained from experts. About the sentence see, *ex multis*, VIOLINI, **Lorenza**. **La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica (nota a sentenza 282/2002)**, in *Le Regioni*, n. 6, p. 1450-1461, 2002.

⁴² A patient with amyotrophic lateral sclerosis, for example, can use neuroimaging procedures in order to express his will, while a patient completely incompetent cannot do that. The ALS patient, indeed, has a good level of consciousness and merely has difficulty in communicating his wishes. From this point of view, we can find one of the most relevant differences between the two Italian leading cases, *Englaro* and *Welby*: Eluana Englaro was a young girl completely unconscious because of a permanent vegetative state, whereas Welby had just difficulty in expressing his will and in its enactment. Similar to the *Englaro* case is the case of Terri Schiavo, who was in a persistent vegetative state for 15 years before her artificial hydration and nutrition were stopped (see, about Terri Schiavo's case SNEAD, Carter O. **The (Surprising) Truth about Schiavo: A Defeat for the Cause of Autonomy**, in *Scholarly Works*. Paper 88. 2005. Available in http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/88. Last access: 12/12/2014.

As regards the formal dimension, i.e. draft technical regulations, lightness means the ability of the law to keep abreast of new scientific developments. Two instruments can help this purpose: the establishment of an experts' commission monitoring and ensuring the compatibility between law and scientific progress and the so-called deregulation, the provision of ministerial guidelines in place of legislation aiming at regulating the use of neurosciences in the context of end-of-life decisions. Guidelines are indeed easily editable both because of the technical, and not solely political, competence of the executive branch and the simplicity of the procedure typical of government regulations. The lightness does not eliminate the role of the legislator, who must define the fundamental principles of the matter, bearing in mind the values and principles established in the Constitution⁴³.

At the same time, this lightness is unavoidable when the machines used for brain-computer interfacing are various and changeable; it implies the need to identify conditions for the validity of the diversified and diversifiable wishes thus formed. A recent decision that could help in understanding this point is the decree of the *Tribunale tutelare* in Sassari (14 July 2007) whereby the judge rejected the designation of an *amministratore di sostegno* for a patient unable to express his will – in fact, he used a speech synthesizer– but in possession of the faculty to discern.

Rejecting this claim, the judge maintained that the designation of a guardian was not necessary in order to express the patient's wishes or to substitute his will. The communication through the speech synthesizer is sufficient and legally binding if it fulfils three requirements: the machine must be considered suitable for the specific purpose, the procedure must not be prohibitively expensive from a psycho-physical point of view and, lastly, the technique must clearly attribute the will to the patient. In the present case, the speech synthesizer allowed complete communication by movement of the eyes (the patient, watching a keyboard, chose the letters in order to compose the desired words).

Using a brain machine by which the patient can just answer yes or no to specific questions is, however, an entirely different situation instead. Therefore, the use of one machine rather than another or the use of one tool (guardian, retrospective consent, neuroscience techniques) rather than another can influence the will's scrutiny.

⁴³ See, for example, the Italian assisted reproduction regulation. Going beyond opinions about the content of the law, we can observe the technique of regulation: near the law n. 40/2004, wherein the legislator expressed the rights, the principles, and their counterbalance, there are guidelines adaptable according to the scientific progress.

This discloses one again that the legal instrument ought not to be too fixed in regulating technical innovations; on the contrary, it must be prepared to be employed in different circumstances.

6. THE JUDGE OF THE THIRD MILLENNIUM

After having stressed the problems that the legislator will face in regulating the use of neuroscience, it is necessary to consider the role of the other protagonist of the third millennium's right: the judge. He is indeed called to actively protect the rights of citizens and ensure their execution. He can contribute by indicating to the legislature new social requests and revealing the concrete issues concerning the use of neuroscience. Moreover, it is courts' duty to authorize the use of the tools that science makes available and law legitimates: judges need to evaluate, on a case-by-case basis, if and how to resort to scientific tools. This is not a simple duty, as every patient is different and empirical data are not indisputable⁴⁴.

For all these reasons, the neuroscientific tool available for judges (above all brain imaging) "represents a perfect storm of power, to be used or abused. It combines the authoritative patina enjoyed by scientific evidence generally, and the allure of all-modern brain science specifically, with seductive power of visual images"⁴⁵.

In addition, when dealing with end-of-life decisions and medical treatments, courts must choose among solutions that involve ethical questions.

Let's try to put ourselves in the position of the judge who has to decide on the authorization of an invasive treatment on an ALS (amyotrophic lateral sclerosis) patient who, when able to speak, had denied consent but, in a second instance, communicates, through brain-computer interface, that he had changed his mind. What should we do? Should we take into consideration the most reliable expression of his thought (what he said) or the most recent one? Maybe we can be guided by a "soft" principle: the precautionary principle, that – in a sense –

⁴⁴ BIN, Roberto. **La Corte e la scienza**, paper presented at the Conference "**Biotechnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale**", March 2004. Available in: <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/cortescienza.htm>. Last access: 12/12/2014: "La qual cosa comporta però un mutamento importante nella formazione professionale dei giudici (e degli avvocati stessi), che certo non devono trasformarsi in scienziati, ma devono essere in grado di capire il loro modo di procedere".

⁴⁵ JONES, Owen D. – BUCKHOLTZ, Joshua W. – SCHALL, Jeffrey D. – MAROIS, Rene. Brain imaging for judges: an introduction to law and neuroscience. p. 44-94.

allows to “lighten” the weight of a complex decision. Indeed, it asks the courts to choose a solution that endangers a patient’s life only when clear and convincing evidence shows that it would be in compliance with his will: as Latin speakers said, *in dubio pro vita*.

More generally, the precautionary principle permits looking with moderation and lightness at scientific progress. Indeed, it can guide the courts not only regarding the use of neuroscience, but in all those delicate topics where caution is needed because “vita” is “in dubio”. The field of end-of-life decisions is just an example.

CONCLUSIONS

In *Six Memos for the Next Millennium*, Italo Calvino, discussing literature, said that he has “come to consider lightness a value rather than a defect”. In this paper, we tried to demonstrate that lightness is also a value for the jurist of the next millennium, who is called to face the challenges of progress and – among them – the challenges of neurosciences.

Scientists have improved their knowledge about how the human brain works; this scientific development surely will affect law⁴⁶. We are still in a stage of uncertainty, however, about the reliability of neurosciences’ tools. The rapidity of technical progress does not allow one to predict future findings and their impact both on clinical environment and on the legal system.

For this reason, jurists – as experts and citizens – cannot ignore neuroscientific developments but, at the same time, must be careful in feeling confident about scientific progress.

Moreover, prudence and precaution can guard us against the risk of thinking that “human thought and behavior are caused solely by physical processes taking place inside the brain”⁴⁷. According to Greely, “even if neuroscientists convince themselves that humans have no free will, I doubt they will be able to convince the rest of us”⁴⁸.

The issue is both anthropological and legal. The idea of the person according which “we are our neurons”⁴⁹ is incompatible with the concept of human dignity promoted in the constitutional

⁴⁶ “We are in the middle of a revolution in neuroscience. Compared to 30 years ago, we know almost infinitely more about how human brain works” (cit. GREELY, Henry T. *Law and the revolution in neuroscience: An early look at the field*, p. 688).

⁴⁷ SNEAD Orlando C., *Cognitive neuroscience and the future of punishment*, p. 5.

⁴⁸ GREELY, Henry T. *Law and the revolution in neuroscience: An early look at the field*, p. 699.

⁴⁹ See MUSUMECI, Emilia. *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra*

framework and, most of all, in the Italian Constitution. Defining dignity is problematic because it is an ambiguous and multifaceted term; moreover, with respect to Italy, a clear reference to dignity is not available in the Constitution. If we at least agree, however, that human dignity means respect for the person as such⁵⁰, we must agree that considering human beings just as physical processes (which means considering human beings just as things) is against human dignity.

And we cannot forget that, in a legal system, before starting a dialogue about the most proper way to use cognitive neuroscience in the field of end-of-life decisions, it is necessary to regain the constitutional principles and values – such as dignity – that illustrate the idea of the person embraced by that specific society⁵¹. These principles are the precious and fundamental charge of every regulation and every branch of law. A famous Italian jurist and philosopher, Giuseppe Capograssi, said that the legal system is like a tree. The tree is not just the trunk and the beautiful and wide crown that you see (the positive law and judicial decisions), but also the dark and powerful branching of roots that are not visible, which are underground and support all (the principles)⁵². Then, these roots must support legislator and judges through the ground of technological progress and its challenges. Consequently, in a field where legislators' choices and judges' decisions should be "light" and careful, another legal instrument – the Constitution and the fundamental principles that subtend it – must be a heavy and unbending guide.

antiche chimere ed inediti scenari. Milano, 2012. p. 15.

⁵⁰ In this sense, see BELLOCCI, Mario – PASSAGLIA, Paolo (cur.). **La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderni predisposti in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. 1 Ottobre 2007.** Available in: www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf. Last access: 12/12/2014.

⁵¹ As Lorenza Violini wrote: "Ogni violazione che tocchi l'uomo nella sua essenza di essere libero e razionale ripropone con urgenza la necessità di tutelarne la dignità così come ogni progresso della scienza e della tecnica spinge a riflettere sul senso della stessa affinché gli sviluppi futuri che interferiscono con la vita umana non vengano compromessi da una indifferenza circa il suo reale significato". See VIOLINI, Lorenza. **Dignità e diritto alla vita.** In: GIANNITI, Pasquale (cur). **Commentario sulla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.** Being published. p. 570.

⁵² See TORRES, Ana Llano. **Coscienza, libertà diritto nel pensiero di Giuseppe Capograssi,** in *Iustitia*, n. 3, 2011. p. 336.

I DIRITTI DEL NUOVO MILLENNIO. LA LEGGEREZZA COME ULTIMA SCELTA: IL “DIRITTO SUL FINE VITA”

Raffaele Claudio Ragoni¹

1. UNA NUOVA QUALITÀ PER IL DIRITTO: LA LEGGEREZZA

La leggerezza di calviniana memoria² assume la sostanza di vera e propria *forma mentis*, ovverosia di un “metodo” del poeta-filosofo per la decodifica del mondo e per la scrittura, quindi un criterio guida per affrontare “il peso del vivere” con la consapevolezza del “proprio fardello”. “Leggerezza”, dunque, diviene sinonimo di razionalità e concretezza di metodo, non declinandosi in mera superficialità o, peggio, sciatteria.

Vi è da chiedersi, allora, se un siffatto tipo di approccio al reale possa essere utile anche alla legislazione e, soprattutto, alla “riflessione giuridica”. Spetta proprio alla scienza del diritto, infatti, il compito di portare alla luce quei tratti di leggerezza presenti nell’ordinamento: adattando le sue norme, facendole fluire con il decorso del tempo e rendendole permeabili alla realtà e alle istanze sociali, anziché relegare il tutto ad un “pesante” e statico blocco dispositivo.

Si tratta di esigenze di cui la più avveduta dottrina³ si è fatta da tempo portavoce e che, ad oggi, sembrano sensibilizzare anche la recente giurisprudenza⁴.

È nota la proposta di regolamentazione della relazione di cura e delle scelte di “fine vita”

¹ Dottorando di ricerca del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Pisa.

² CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio.**

³ In questa prospettiva merita un accenno il recente lavoro di LIPARI, Nicolò. **Le categorie del diritto civile.** Milano: Giuffrè, 2013 in cui la rivalutazione dell’odierna riflessione giuridica, quale “valvola di apertura per fare del diritto civile una più penetrante chiave di lettura delle esigenze del tempo presente” (p. 42) passa attraverso la costruzione delle nuove categorie del diritto civile. In questa prospettiva, “la categoria, anziché essere un preconfezionato ambito entro il quale ricondurre e classificare i fatti dell’esperienza, riassume la sua genuina funzione di strumento operativo, forgiato dall’interprete, in termini sempre elastici e variabili, per meglio intendere gli accadimenti mediando la distanza tra generalità della norma e la specialità di ogni caso concreto” (p. 32).

Ponendosi nel solco tracciato dal prof. Lipari, si ritiene che la ricostruzione del sistema giuridico, non “come presupposto di ogni ragionamento in chiave giuridica” ma come “potenziale punto di arrivo” (p. 32) richieda una visione d’insieme dell’ordinamento, così da parametrare la prospettiva categoriale sull’interazione esistente tra i diversi settori del diritto (v. § 3).

⁴ Si veda recentemente Cass. civ., 23.1.2014, n. 1361 sull’ammissibilità del risarcimento del danno “tanatologico”; sul ruolo della giurisprudenza c.d. normativa in un sistema ordinamentale di *civil law* semi-aperto come il nostro, v., con diversi accenti, Cass. civ., 11.5.2009, n. 10741 e Cass. civ., 2.10.2012, n. 16754, entrambe, trasversalmente, in tema di “soggettività giuridica” del concepito.

elaborata dal gruppo di lavoro “Undirittogentile”⁵; in quel testo normativo si è declinata una particolare qualità della legislazione, e cioè quella gentilezza che “sa ascoltare la verità, spesso sottile, delle relazioni che regola e non cadere con peso di piombo sulla aspettative ed i bisogni delle persone” (Zatti).

Le questioni “eticamente sensibili”, in effetti, costituiscono il banco di prova di un diritto che aspiri ad essere veramente “leggero”. Ecco che allora, rispetto alla gravità delle cc.dd. decisioni del fine vita – oggetto di riflessione di questo contributo – una disciplina che voglia così atteggiarsi è quella che, ragionevolmente, non “impone” niente al soggetto ma si “pone” al servizio della persona e delle sue scelte, accompagnandola nel modo più naturale e dignitoso possibile (*i.e.*: leggero) alla conclusione della propria esistenza.

2. IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA: TRA PRINCIPI E REGOLE

Si afferma comunemente che la relazione di cura tra medico e paziente si basi sul consenso informato al trattamento sanitario.

La volontarietà delle cure, in particolare, è espressione del c.d. principio di autodeterminazione terapeutica, che garantisce la persona contro l'imposizione coattiva di un trattamento sanitario indesiderato.

D'altronde, il suddetto principio costituisce nient'altro che una particolare declinazione dei generali attributi di cui la persona è portatrice, e la libertà è tra questi. Al contempo, è proprio autodeterminandosi che il soggetto estrinseca, nell'esperienza di vita, il proprio modo di essere, come forgiato dalla propria sensibilità e dal contatto con l'ambiente sociale circostante.

Sul piano giuridico, il principio di autodeterminazione terapeutica trova adeguata considerazione in una serie di univoci indici normativi di origine sia nazionale⁶ che convenzionale⁷

⁵ Rintracciabile nel blog <http://undirittogentile.wordpress.com>.

⁶ Sul piano costituzionale, si richiama correttamente gli artt. 2, 3, 13, 32 c. 1 e 2 Cost.; il legislatore ordinario ha ribadito il principio di consensualità dei trattamenti sanitari in disposizione settoriali, gli artt. 1 e 33 l. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale; l'art. 18 l. 194/1978 in tema di interruzione volontaria di gravidanza; art. 3 lett. d) l. 211/2003 sulle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico; l'art. 6 l. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita; l'art. 3 c. 2 l. 219/2005 sulle attività trasfusionali e di produzione nazionale di emoderivati; implicitamente, l'art. 1 l. 38/2010 sull'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore.

⁷ V. gli artt. 5 e 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; l'art. 5 Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e della biomedicina; l'art. 3 c. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

nonché nella stessa deontologia professionale medica⁸.

Per altro verso, il consenso (o dissenso) alle cure potrebbe essere considerato, almeno in taluni casi, come una forma di “disposizione” degli attributi materiali ed immateriali della persona; tale è una tematica di notevole complessità ma verso cui è opportuno orientare l’analisi, per dare una risposta soddisfacente alle note critiche mosse al riconoscimento di un indiscriminato diritto “di scelta” del paziente.

In proposito, l’art. 5 c.c. vieta gli *atti di disposizione* del proprio *corpo* quando cagionino una diminuzione permanente dell’*integrità fisica*, ovvero siano vietati dalla legge o contrari all’ordine pubblico o buon costume.

Seppur di portata apparentemente generale, la disposizione esprime una regola parziale, inadeguata⁹ e asistemica rispetto al bilanciamento di valori espresso nella carta costituzionale¹⁰.

Infatti, se la nozione di integrità fisica resta ancorata ad un modello caratterizzato dall’assenza di fisiche menomazioni, le coordinate costituzionali pongono invece all’attenzione il valore fondamentale della salute, quale concetto di natura poliedrica, riferito tanto agli elementi materiali, quanto a quelli psicologici e spirituali della persona. Alla luce di una tale scala valoriale la disposizione del corpo intesa in senso contrattuale e venale, per come traspare dall’art. 5 c.c., assume rilievo marginale rispetto alle ipotesi in cui il soggetto eserciti la libertà di autodeterminarsi, soprattutto riguardo aspetti fondamentali della propria esistenza quale il consenso (o il dissenso) al trattamento sanitario.

Al di là di una possibile lettura restrittiva dell’art. 5 c.c.¹¹, appare dunque chiaro che il criterio di bilanciamento dei valori in gioco, a fronte di atti di disposizione del corpo, non possa essere rintracciato nella disposizione suddetta; giova piuttosto rivolgere l’attenzione al quadro di principi delineato dalla Carta costituzionale.

⁸ V. l’art. 35 c. 2 cod. deont. medico.

⁹ Cfr. ANZANI, Gaetano. **Identità personale e “atti di disposizione della persona”**, in *Nuova giur. civ. comm.*, Padova, n. 7-8, Luglio-Agosto 2008, p. 207 ss. in part. 209.

¹⁰ “l’integrità fisica non è un valore in sé”, “giuridicamente protetta in modo unitario ed indifferenziato” (D’ARRIGO, Cosimo. Voce “**Integrità fisica**”, in *Enc. dir.*, Milano, vol. IV Agg., 2000, p. 724), ma solo in funzione della realizzazione di quei valori della persona che ad essa si riferiscono (p. 724), quali la salute (art. 32 Cost.) e la libertà (art. 13 Cost.), e quindi anche in termini dispositivi, configurandosi così un diritto di libertà che logicamente ricomprende anche il risvolto negativo dello stesso (ROMBOLI, Roberto. **La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo**, in *Pol. dir.*, Bologna, 1991, p. 569).

¹¹ V. FERRANDO, Gilda. **Il principio di gratuità, biotecnologie e “atti di disposizione del corpo”**, in *Europa e dir. priv.*, Milano, 2002, p. 761.

Sotto questo profilo, la tutela della salute è specificamente riconducibile all'art. 32 Cost., che la fa oggetto di un fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, vietando trattamenti sanitari obbligatori, ad eccezione di quelli *espressamente e tassativamente* previsti dalla legge, sempre nel rispetto del valore della persona umana. Il divieto di T.S.O. viene altresì ricondotto al più generale principio di inviolabilità della libertà personale ex art. 13 Cost.¹².

Rispetto alla tutela del diritto alla salute, è nota l'evoluzione che si è compiuta nel nostro ordinamento giuridico¹³: si è trattato di una trasformazione profonda, che ha preso spunto, in particolare, dalla radicale riconsiderazione del bene "salute" per opera di importanti strumenti internazionali¹⁴. Nello specifico, abbandonata una concezione meramente oggettiva come stato di assenza di malattia, si è fatta spazio una nozione soggettiva e dinamica di salute, quale completo benessere fisico, mentale e sociale della persona¹⁵¹⁶.

A ciò è corrisposto il mutamento del paradigma del diritto alla salute che, in forza dell'art. 32 Cost., si è apprestato a divenire una componente essenziale dei diritti fondamentali della persona, da leggersi alla luce dei principi sanciti negli artt. 2 e 3 Cost., ossia in coordinato con la tutela della personalità e della libertà umana.

Nella rinnovata veste personalistica, il diritto alla salute si atteggia dunque – in una prima e basilare accezione – come un diritto assoluto di libertà, a cui si correla un dovere di astensione di altri dal frapporre ostacoli al perseguimento del "benessere" della persona, così soggettivamente connotato. A partire da tale prospettiva, la "libertà di salute" – inscindibilmente connessa all'autodeterminazione terapeutica¹⁷ – si esplica mediante atti sia positivi che negativi poiché,

¹² C. cost. 22.10.1990, n. 471 ha sottolineato che nel precetto dell'art. 13 Cost. è "postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo".

¹³ Si rinvia, tra la sterminata bibliografia, a DURANTE, Vincenzo. **Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche**, in **Pol. dir.**, Bologna, n. 4, Dicembre 2004, p. 563 ss..

¹⁴ *In primis*, il protocollo concernente la costituzione dell'organizzazione mondiale della sanità stipulato a New York il 22.7.1946.

¹⁵ In questo senso, anche Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748.

¹⁶ Un puntuale riscontro dell'evoluzione del concetto di "salute" si rinviene nella disciplina del danno biologico. Infatti, a partire dalla nota sentenza della C. cost. 14.7.1986, n. 184 che ha ammesso la risarcibilità del danno alla salute in sé, qualificandolo come biologico, tale danno ha assunto, nella giurisprudenza successiva, un significato sempre più omnicomprensivo, non limitato al pregiudizio all'integrità psico-fisica ma esteso agli elementi psichici e relazionali dell'individuo. Tale orientamento è stato suggellato dalla nota Cass. civ. S.U. 11.11.2008, n. 26972 che ha evidenziato l'esistenza di un aspetto dinamico nel danno biologico "nel quale, per consolidata opinione, è ormai assorbito il c.d. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti aspetti relazionali della vita, conseguenti a lesioni dell'integrità psicofisica".

¹⁷ In tal senso C. cost. 23.12.2008, n. 438 ha osservato che "la circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello della salute".

come efficacemente osservato dal giudice nomofilattico, “come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo i canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire”¹⁸.

Salute e integrità fisica, lungi da dar vita ad una necessaria ed oggettiva compenetrazione, assumono dunque le sembianze di beni rimessi alla valutazione assiologica dell’individuo, che può ben ritenere che il “completo benessere” della persona passi attraverso una lesione dell’integrità fisica stessa¹⁹.

Si potrebbe affermare che, in qualche modo, il personalismo costituzionale *contagi* la nozione di salute: la centralità dell’uomo, quale valore etico in sé, richiede, infatti, di parametrare ogni scelta sanitaria alla specifica identità personale dell’interessato, posto che il “corpo” è strumento di realizzazione dell’identità²⁰, la quale, a sua volta, costituisce il paradigma dell’“appartenenza” degli attributi della persona²¹ (e, eventualmente, della “non appartenenza” per fattori originari o sopravvenuti).

Tali conclusioni sono avvalorate dalla prospettiva categoriale, all’interno della quale sono state evidenziate due tendenze (apparentemente antinomiche) dell’esperienza giuridica moderna: da un lato, una sorta di “frantumazione” della categoria della soggettività, che “si viene ramificando in una pluralità di situazioni in ciascuna delle quali l’individuazione del soggetto come punto di riferimento di effetti giuridicamente rilevanti discende dalla previa individuazione di situazioni peculiari e specificamente collegate al sesso, alle condizioni sociali e ad una serie di altri

¹⁸ Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748; v. anche C. cost. 16.7.1999, n. 309 che evidenzia che il diritto di salute costituisce il più fondamentale e inviolabile dei diritti, quale diritto sulla propria vita e sul proprio corpo, nella concezione e nella proiezione che ciascuno ha di sé e della propria dignità, anche rifiutando le cure, giacché il diritto alla salute ha un nucleo irriducibile, protetto dalla Costituzione “come ambito inviolabile della dignità umana”.

¹⁹ Si pensi, ad es., alla mutazione terapeutica di sesso ammessa dalla l. 164/1982 (su cui C. cost. 6.5.1985, n. 161 afferma che “per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti”) alla stessa interruzione volontaria di gravidanza ex l. 194/1978. Per un’analisi più generale degli atti di disposizione del corpo, alla luce del principio personalistico e nel quadro dell’identità personale non solo “terapeutica”, si rinvia a ANZANI, Gaetano. **Gli “atti di disposizione della persona” nel prisma dell’identità personale (tra regole e principi)**, in **Nuova giur. civ. comm.**, Padova, n. 1, Gennaio 2009, p. 1 ss.; ma il principio di disponibilità del corpo non è assoluto, v. GEMMA, Claudio. **Costituzione ed integrità fisica**. In ROMBOLI, Roberto (cur.). **Atti di disposizione del corpo**. Pisa: Plus, 2007, p. 49 ss..

²⁰ Come è stato osservato “ogni identità implica distinzione; di sé dall’altro da sé; ma anche tra più lo che siano isolabili, in prospettiva sincronica, in differenti contesti, così come, in prospettiva diacronica, in differenti fasi dell’esistenza. L’identità personale, inoltre comprende le credenze di ogni genere, [...] ma ognuno costituisce la propria identità solo in parte, mentre un’altra sua parte è la risultante della dialettica dell’individuo e la collettività” (ANZANI, Gaetano. *Identità personale e “atti di disposizione della persona”*, p. 215).

²¹ Per questa tesi, si veda ZATTI, Paolo. **Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza**, in **Nuova giur. civ. comm.**, Padova, n. 2, 2007, p. 4 ss..

fattori”; dall’altro, “talune imprescindibili qualità del soggetto assumono invece un ruolo di preventiva individuazione di un ambito invalicabile di tutela” poiché “legate al suo modo d’essere nel presente storico, per certi versi alla sua stessa dignità”²².

Il quadro dei principi costituzionali, d’altra parte, non esclude affatto che siano configurabili taluni limiti all’autodeterminazione terapeutica, nonostante che degli effetti delle scelte effettuate risenta, in linea di massima, solo il disponente²³; sotto questo profilo, viene in rilievo specifico il principio di rispetto della dignità umana, volto non tanto a bilanciare la discrezionalità di una scelta esistenziale della persona, con finalità “altre” da lei o in nome di valori che la trascendono, ma piuttosto a rafforzare sinergicamente la garanzia della persona stessa²⁴.

Si tratta, dunque, di una dignità in senso oggettivo che, se da un lato, è “nucleo che irradia la caratteristica di inviolabilità dei diritti umani”, dall’altro “opera anche come argine e misura delle libertà” rendendo “impossibile postularne di assolute, prive di limiti nel loro contenuto e nelle loro modalità di esplicazione”²⁵.

La clausola generale di dignità, in particolare, tutela tutto “ciò che vi è di umano nell’uomo”, “la qualità che lega il soggetto alla famiglia umana”; essa richiede “un’interpretazione restrittiva e ben circoscritta”, pertanto può essere invocata solo quando “vien messo in discussione quell’*irreductible humain* del soggetto che si fonda sull’imperativo del reciproco riconoscimento”. Contro l’equivoco di una dignità *disumana*, finalizzata alla restaurazione di un *ordre moral oppressif* dell’esclusione, questa dignità tutela piuttosto “la qualità umana presente nella persona” e ha dunque come propria finalità l’inclusione²⁶.

A tal proposito, giova richiamare la proposta di legge per un “Undirittogentile” quale esempio di un’efficace sintesi tra personalità e dignità; infatti, alla riconosciuta discrezionalità del paziente (anche incapace) circa le cure cui sottoporsi, fa da contraltare la previsione del limite

²² Le citazioni sono tratte da LIPARI, Nicolò. **Le categorie del diritto civile**, p. 58, 85 e 80.

²³ Come accennato, si tratta di conclusione solo tendenzialmente vera, si pensi, ad es., al diritto di autodeterminarsi in ordine alla filiazione attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la recente C. cost. 9.4.2014, n. 162 ha spiegato che si tratta di scelta in attuazione dello stesso diritto di salute (art. 32 Cost.), nella rinnovata ed ampia accezione di benessere fisico e psichico della persona. Orbene, non vi è chi non veda che tale diritto debba essere bilanciato con gli interessi della persona nata dalla P.M.A. e, a dispetto delle affermazioni della Corte, con il principio di tutela della dignità umana.

²⁴ Cfr. PIEPOLI, Gaetano. **Dignità e autonomia privata**, in **Pol. dir.**, Bologna, n. 1, Marzo 2003, p. 52 ss..

²⁵ Le citazioni sono tratte da BUSNELLI, Francesco Donato-PALMERINI, Erica. Voce “**Bioetica e diritto privato**”, in **Enc. dir.**, Milano, vol. V Agg., 2001, p. 144.

²⁶ Le citazioni sono tratte da PIEPOLI, Gaetano. **Dignità e autonomia privata**, p. 61.

invalicabile delle misure di assistenza e accudimento della persona indispensabili per la tutela della dignità umana (e non rifiutabili, quindi, mediante direttive anticipate di trattamento, v. artt. 18 e 19)²⁷. È indubbio, dunque, che la clausola di dignità meriti di essere applicata anche alla sfera, seppur personalissima, delle scelte terapeutiche; tale operazione, infatti, ove correttamente intesa, richiede solo di individuare l'estremo limite oltre il quale la scelta sanitaria spoglia l'individuo dal suo carico assiologico, negando l'idea stessa di libertà della persona.

Al di là del nucleo inviolabile della dignità umana vi è solo l'interesse generale che, in forza dell'art. 32 c. 2 Cost., può limitare l'autodeterminazione terapeutica²⁸; rimane tuttavia intatta la libertà di scelta della persona in ordine alle cure, mentre il bilanciamento di valori operato dalla Costituzione facoltizza, in via del tutto sussidiaria, il legislatore – e solo esso²⁹ – a prevedere determinati trattamenti sanitari come obbligatori, quando ciò sia necessario per la tutela dell'interesse generale³⁰ (i.e. la salute collettiva), senza detrimento per la salute del singolo³¹.

Le variegate opinioni³² volte ad introdurre surrettiziamente il divieto di rifiutare le cure necessarie alla sopravvivenza del disponente, e basate sul bilanciamento con un presunto principio di indisponibilità della vita, con gli inderogabili doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. o, ancora, con valori trascendenti come la “sacralità della vita”, sono dunque prive di pregio giuridico. Né è lecito estendere oltremodo l'operatività della clausola di rispetto della dignità umana³³.

Rimane fermo, invece, il principio del consenso informato che “ha, come correlato, la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche

²⁷ A livello comparatistico, v., ad esempio, il *Mental Capacity act* (2005) britannico che prevede, allo stesso modo, la non rifiutabilità con il *living will* dell'attività di cura di base della persona e cioè l'igiene, la nutrizione e l'idratazione non artificiale etc..

²⁸ Gli interessi anche inviolabili, come la libertà personale, possono essere bilanciati con interessi pariordinari a concreto vantaggio di quest'ultimi, quando non ne venga intaccato il contenuto essenziale ed il bilanciamento sia conforme ad un criterio di ragionevolezza (v. BALDASSARRE, Antonio. Voce “**Diritti inviolabili**”, in **Enc. giur. treccani**, Roma, vol. XI, 1989; C. Cost. 14.12.1988, n. 1130); in tal modo, a dispetto della libertà personale, si può giungere ad una forzosa tutela di un bene individuale se correlato a beni rilevanti di altri o della collettività. Cfr. C. Cost. 9.4.2014, n. 162 su cui n. 22.

²⁹ In tema di riserva di legge e necessità di autorizzazione giudiziaria per i T.S.O., C. cost. 9.10.1990, n. 471.

³⁰ C. cost. 14.6.1990, n. 307.

³¹ C. cost. 20.6.1994, n. 258.

³² V. recentemente GORASSINI, Attilio. **Appunti sparsi sul testamento biologico**, in **Rass. dir. civ.**, Napoli, n.1, 2011, p. 55 ss..

³³ Per una rassegna delle varie tesi ed una loro efficace critica, si rinvia, nella dottrina civilistica, a FERRANDO, Gilda. Voce **Testamento biologico**, in **Enc. dir.**, Milano, annali VII, 2014, p. 144; nella dottrina penalistica, VALLINI, Antonio. **Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza**, in **Dir. pen. proc.**, Milano, n. 1, 2008, p. 59 ss..

eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”³⁴. In conclusione, nessun limite al diritto di rifiutare cure salva vita, nemmeno ove si tratti di interrompere una terapia in atto, può essere posto a carico di taluno, dovendo il consenso sussistere per tutta la durata del trattamento³⁵.

3. IL CONSENSO ALLE CURE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO (CENNI)

Se i diritti alla salute e all'autodeterminazione terapeutica, come sanciti dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., trovano la loro sintesi nel consenso informato al trattamento sanitario, giova dunque verificare come sistematicamente si atteggia il suddetto consenso nei vari settori dell'ordinamento.

L'aspetto civilistico del consenso alle cure ne evidenzia la sua rispondenza, in prima battuta, ad un fondamentale diritto di libertà, con efficacia *erga omnes* verso chiunque intrattenga con l'ammalato un rapporto di cura; per altro verso, è proprio la relazione medica che costituisce il naturale terreno di elezione della tutela della libertà del paziente, essendo improntata all'obbligo del consenso informato al trattamento sanitario³⁶.

Più specificamente, il principio di tutela della persona nella sua dimensione esistenziale giustifica da un lato, la necessità che il consenso (o dissenso) al trattamento sanitario sia espressione di una scelta realmente informata, autentica ed attuale³⁷ del paziente, poiché

³⁴ Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748; a livello comparatistico, v. per la giurisprudenza britannica, il caso “Miss B.” (B. c. NHS hospital trust. **Foro it.**, n. IV, 2003, p. 57); nel senso della necessità del rispetto della vita privata di cui all'art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Corte EDU 29.4.2002, Pretty c. Regno Unito, in **Foro it.**, IV, 2003, p. 57.

³⁵ V., in giurisprudenza, Trib. pen. Roma, ord. G.U.P., 23.7.2007 (caso P. Welby).

³⁶ Per quanto concerne la relazione tra medico e paziente, è noto che lo sviluppo della teoria del c.d. contatto sociale ha riportato nell'ambito della responsabilità contrattuale l'illecito, ai danni del paziente, perpetrato dal medico dipendente di una struttura sanitaria, al di fuori, dunque, della conclusione di un contratto d'opera intellettuale. Sulla natura della responsabilità del medico per effetto dell'introduzione dell'art. 3 d.l. 158/2012, la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento ondivago, ma in senso conforme alla ormai tradizionale teoria del contatto sociale si sono pronunciate Cass. civ. 19.2.2013, n. 4030 e Cass. civ. 17.4.2014, n. 8940; per una rassegna dei vari orientamenti giurisprudenziali, si legga la recente Trib. civ. Milano, sez. I, sent. 17.7.2014.

Per quanto concerne la relazione tra paziente e struttura sanitaria, ove venga concluso un contratto con quest'ultima, si richiama ormai tradizionalmente la figura del contratto atipico di ospitalità (Cass. civ. S.U. 11.1.2008, n. 577), minoritario l'orientamento che parla di obbligazione *ex lege* sulla base della legge istitutiva del S.S.N..

³⁷ Così Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748; sul piano normativo, i requisiti del consenso al trattamento sono desumibili sia dalle norme costituzionali sia dalle previsioni di legge ordinaria di cui alla n. 5, nonché da strumenti internazionali, quali l'art. 5 Conv. Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina e l'art. 3 c. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che prevedono che il consenso deve essere libero ed informato.

³⁷ Nel senso che il consenso deve essere informato, v. art. 35 Cod. deont. medico

destinata da incidere su valori fondamentali come la vita e la salute; dall'altro, il riconoscimento che un trattamento effettuato fuori dai crismi del valido consenso di chi lo subisce, costituisce un attentato all'integrità della persona, suscettibile di dar luogo a riparazione del danno non patrimoniale secondo la rinnovata lettura dell'art. 2059 c.c.³⁸.

Quanto invece ai rapporti di natura pubblicistica, il diritto di autodeterminazione cessa di essere un diritto a contenuto meramente negativo, per configurarsi come diritto prestazionale, di solidarietà o sociale, che vede come soggetto passivo la comunità, e che richiede che siano assicurate dallo Stato concrete prestazioni di prevenzione, promozione e cura della salute, per come concepita da ciascuna persona³⁹.

A tal proposito giova richiamare la recentissima Cons. St., 2.9.2014, n. 4460, ultimo arresto riguardo la drammatica vicenda umana e giudiziale della sig.ra Eluana Englaro, ridotta per lunghi anni in stato vegetativo a seguito di un grave incidente stradale⁴⁰.

Con tale sentenza – oltre a ribadire le note conclusioni formulate sul caso dalla Suprema Corte – si è evidenziata la natura “incipiente” del diritto di autodeterminazione terapeutica, “che ha una indubbia valenza privatistica, in quanto massima ed inviolabile espressione della personalità individuale, ma anche una innegabile connotazione pubblicistica, perché può e deve, se lo richiede la sua soddisfazione, trovare adeguata collocazione e necessaria attuazione all'interno del servizio sanitario”.

In altri termini, autodeterminazione terapeutica e salute, anche nella sua accezione di libertà negativa, richiedono, per la loro attuazione, la doverosa collaborazione dell'Amministrazione sanitaria, su cui incombe un vero e proprio obbligo di *facere*.

Conclude quindi il giudice amministrativo: “non è giuridicamente accettabile né scientificamente corretto, prima ancor che contrario ad ogni senso e principio dell'umanità, [...]”

³⁸ V., ad es., Cass. civ. 10.5.2002, n. 6735 e Cass. civ. 9.2.2010, n. 2847; per la nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c., v. Cass. civ. S.U. 11.11.2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 2697.

³⁹ V. anche DURANTE, Vincenzo. **Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche**, p. 568 ss. e 580 ss..

⁴⁰ La sentenza del Consiglio di Stato ha riguardato l'appello della Regione Lombardia avverso la sentenza 314/2009 del T.A.R. Lombardia che aveva annullato la nota della Regione Lombardia, con la quale il Direttore generale della Direzione generale della sanità della Regione Lombardia respingeva la richiesta, inoltrata dal padre-tutore di Eluana, che la Regione mettesse a disposizione una struttura per procedere al distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente la paziente, in seguito all'autorizzazione rilasciata dalla Corte di appello di Milano, con decreto del 9.7.2008, nel giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione 16.10.2007 n. 21748, in sede di reclamo contro il provvedimento del giudice tutelare del Tribunale di Lecco.

affermare o anche implicitamente ritenere che, anche dopo il rifiuto di un trattamento sanitario da parte del paziente, il tratto terminale della vita, che lo separa dall'interruzione della cura alla più che probabile morte, non possa e non debba anch'esso essere bisognoso e, quindi, meritevole di cura e di presa in carico da parte del Servizio Sanitario Nazionale, seppur nella declinazione di un concetto di "cura" diverso, nel mutato intendimento del paziente, da quello seguito sino a quel momento".

Il versante penalistico, da par suo, ovviamente non innova il contenuto dei diritti della persona ma ne garantisce l'effettività mediante l'irrogazione della sanzione penale in caso di loro violazione; dunque, al di là della mai sopita questione in ordine alla scriminante cui deve essere ricondotta l'attività medica⁴¹, il superamento della soglia dell'inviolabilità fisica del paziente è ammissibile solo sulla base del consenso, in ciò definendosi i confini di una attività da considerarsi comunque in sé lecita.

Specularmente, il mancato intervento terapeutico del medico, ovvero la sua condotta commissiva volta all'interruzione di una terapia di durata⁴², trovano giustificazione nell'adempimento del dovere di rispetto della volontà del paziente in ordine alle cure, anche quando da tali condotte derivino conseguenze negative per l'integrità fisica o per la stessa vita del paziente.

4. IL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE DEGLI INCAPACI: TRA SOSTITUZIONE E DIRETTIVE ANTICIPATE DI CURA

Il principio del consenso informato al trattamento terapeutico trova applicazione *de plano* nel rapporto sanitario tra il medico ed un paziente cosciente e capace di intendere di volere; tuttavia non sono infrequenti i casi in cui il medico sia costretto ad agire nei confronti di una persona non più *compos sui*.

Riguardo a tale ultima ipotesi, è stata ampiamente discussa sia la necessità di ricreare un

⁴¹ In giurisprudenza, in passato si era ricondotto il consenso del paziente alla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), quale scriminante di un'attività in sé illecita in quanto lesiva dell'integrità fisica; ad oggi, si afferma la c.d. autolegittimazione dell'attività medica, quale attività intrinsecamente lecita che non abbisogna di ulteriori giustificazioni (Cass. pen. S.U. 18.12.2008, n. 2437). In dottrina, v. MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale. Parte generale**. Padova: Cedam, 2011, p. 276 ss. per l'applicazione della scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.).

⁴² Sulla dibattuta questione in ordine alla natura commissiva od omissiva della condotta del medico che interrompa le cure in atto, si rinvia a GIUNTA, Fausto. **Il morire tra bioetica e diritto penale**, in **Pol. dir.**, Bologna, 2003, p. 565.

aspetto relazionale nelle scelte terapeutiche sia, subordinatamente a ciò, l'individuazione del soggetto legittimato a dialogare con il medico in luogo del paziente interessato. Sotto altro profilo, non meno problematica si è rivelata la questione circa l'efficacia da riconoscersi ad eventuali direttive anticipate di cura espresse dal paziente prima di cadere in stato d'incapacità.

Orbene nell'affrontare le citate tematiche, l'analisi giuridica deve scongiurare il rischio che il richiamo a tradizionali strumenti classificatori operi come freno al riconoscimento di istanze provenienti da una realtà in continua evoluzione⁴³; d'altra parte l'individuazione, nel merito, di corrette soluzioni giuridiche deve muovere dalla constatazione che i principi costituzionali – ed *in primis* quello di uguaglianza – rinnegano il “vecchio paradigma astratto della soggettività”, mentre “l'esperienza contemporanea [...] chiede alla riflessione giuridica [...] di evidenziare [...] differenze, di intendere la persona (nel segno di una sua irriducibile dignità sostenuta da diritti fondamentali non limitabili nemmeno ad opera del legislatore costituzionale) come modo d'essere dell'individuo nell'irripetibile evidenza delle sue peculiarità”⁴⁴.

4.1 La rappresentanza dell'incapace ed i suoi limiti

Alla luce di tali premesse, la soluzione che meglio valorizza le istanze personalistiche presenti nell'ordinamento è quella postulante che alla perdita di coscienza della persona non corrisponda una sostanziale abdicazione rispetto ai diritti fondamentali, essendo di contro necessario, in tale circostanza, mettere in campo quegli strumenti che, se non riescono a rimuovere, possono quantomeno compensare la situazione di svantaggio, facendo salvi titolarità e, dunque, esercizio dei diritti suddetti⁴⁵. Ai fini di corroborare una siffatta conclusione, è necessario e sufficiente il richiamo ai principi fondamentali quali: la non discriminazione sulla base delle condizioni personali; l'effettività della tutela di situazioni giuridiche rilevanti, specie se inviolabili; il rispetto dell'identità personale, della dignità e della salute dell'individuo⁴⁶.

Soluzioni più “restrittive” in tema di autodeterminazione dell'incapace si espongono,

⁴³ Cfr. LIPARI, Nicolò. **Le categorie del diritto civile**, p. 41.

⁴⁴ Le citazioni sono tratte da LIPARI, Nicolò. **Le categorie del diritto civile**, p. 57 e 56.

⁴⁵ V., a livello internazionale, la Convenzione O.N.U. di New York sui diritti delle persone con disabilità, artt. 1 e 12 c. 4.

⁴⁶ Per un'analisi più approfondita, si rinvia a COLACINO, Giuseppe. **Il disegno di legge sul c.d. testamento biologico: riflessioni critiche a margine di una iniziativa legislativa**, in *Nuove leggi civ.*, Padova, n. 5, 2012, p. 1074 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748.

invece, a fondate obiezioni, in quanto affermano a-sistematicamente la prevalenza di un astratto dovere di solidarietà nei confronti dell'incapace, ovvero l'uniformazione dell'intervento medico, in tali situazioni, al principio di beneficiarietà; né pare corretto far leva sulla natura personalissima dell'atto di consenso al trattamento sanitario per escludere qualsiasi meccanismo di rappresentanza vicaria, poiché ne conseguirebbe un vero e proprio "corto circuito giuridico"⁴⁷, paralizzante l'esercizio di uno dei diritti fondamentali dell'uomo⁴⁸.

A fronte delle sentite esigenze di tutela del soggetto incapace e quindi debole, è opportuno, piuttosto, ricorrere ai tradizionali istituti di protezione degli incapaci, che contemplano figure di rappresentanza, con compiti ulteriori di cura della persona, ben idonee ad esprimere il consenso al trattamento sanitario in vece dell'incapace⁴⁹. Rimane ferma, d'altra parte, la necessità di adattare istituti nati e strutturati principalmente per la gestione vicaria della sfera patrimoniale del beneficiario, dunque per natura carenti in ordine alla sostituzione del soggetto nel compimento di atti di natura personalissima e di portata esistenziale come quello in esame.

Ne consegue che, in attesa dell'elaborazione legislativa di una figura *ad hoc*, la soluzione perorata dalla prevalente dottrina e giurisprudenza è stata quella di individuare modalità, criteri e limiti all'esercizio del potere del legale rappresentante, tra cui principalmente una maggiore procedimentalizzazione della decisioni di cura di natura "straordinaria".

Si è dunque sottolineato come i compiti inerenti alla cura della persona che spettano al tutore ed amministratore di sostegno non si concretizzino in un potere di rappresentanza in senso tecnico dell'incapace⁵⁰, nel senso di sostituirsi alla decisione di questi riguardo trattamenti sanitari, pur agendo, come di norma, nel suo interesse; piuttosto, secondo la nota formula utilizzata in proposito dalla Suprema Corte, il criterio a cui il legale rappresentante deve ispirare il proprio

⁴⁷ Cfr. FERRANDO, Gilda. Voce **Testamento biologico**, p.1008.

⁴⁸ In giurisprudenza v. Trib. civ. Lecco 20.12.2005, n. 1094, Cass. civ. 20.4.2005, n. 8291; in dottrina GAZZONI, Francesco. **Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio alla divisione dei poteri), nota di commento a Cass. civ. 21748/2007**, in *Dir. fam.*, Milano, n. I, 2008, p. 111.

⁴⁹ Il potere di cura della persona minore o dell'interdetto da parte del tutore è sancito nell'art. 357 c.c., anche in coordinato con l'art. 424 c.c.; gli atti di straordinaria amministrazione soggetti ad autorizzazione dell'autorità giudiziaria sono indicati dagli artt. 374 ss. c.c., secondo un principio che la giurisprudenza ha esteso anche alla decisioni personali-esistenziali più gravi (v. Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748). Per l'amministratore di sostegno i poteri di cura della persona del beneficiario si ricavano dagli artt. 405, 408 e 410 c.c. le cui modalità di esercizio sono individuate nel decreto di nomina. Per i genitori, l'ordinamento assegna loro, in generale, i compiti relativi alla cura del figlio, per una riprova v. art. 337 *ter* c. 3 c.c. (v. anche GIARDINA, Francesca. **Potestà dei genitori**, in *Riv. dir. civ.*, Padova, n. II, 1988, p. 648). V. anche artt. 4 e 5 d. lgs. 211/2003 sulla sperimentazione clinica, artt. 12 e 13 l. 194/1978; art. 6 c. 2 e 3 Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina.

⁵⁰ V. Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748.

ufficio è quello del *best interest* del rappresentato, non potendo, tuttavia, decidere “al posto” o “per” l’incapace ma, esclusivamente, “con” esso, a ciò : “ricostruendo la [sua] presunta volontà [...], tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche”⁵¹.

La soluzione fatta propria dalla Corte si allontana, quindi, dai due modelli decisionali alternativi, sviluppati dal diritto inglese e statunitense, del *best interest of patient*⁵² e del *substituted judgement*⁵³: l’uno, quello del *best interest*, legato all’idea che l’individuazione del bene del paziente spetti, in definitiva, all’*expertise* medica; l’altro, quello del *substituted judgement*, che permette un “giudizio sostitutivo” in quanto l’interrelazione tra *person* ed *autonomy* verrebbe meno per il soggetto non più in grado di esprimersi con raziocinio⁵⁴. Per contro, nella declinazione interna al nostro ordinamento, la nozione di *best interest* viene ritagliata sulla persona dello specifico paziente, in ragione della sua complessiva personalità e valori di riferimento; ed il criterio della volontà presunta è affiancato, nei casi in cui risulti più dubbia la ricostruzione dell’ipotetica volontà, dal criterio alternativo in veste sussidiaria⁵⁵. Si può quindi parlare non tanto di un criterio composito⁵⁶ ma di un vero e proprio superamento, sia nei presupposti che negli effetti, dei tradizionali modelli di sostituzione decisionale della volontà dell’incapace.

Sotto altro profilo, si è ritenuto altresì opportuno sottoporre al vaglio del giudice tutelare le

⁵¹ Così Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748.

⁵² Fa applicazione di tale criterio la House of Lords, *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821 HL; nella legislazione straniera, si veda ad es. il *Mental Capacity Act* inglese del 2005 che prevede la figura dei *Court appointed deputies*, autorizzati a prendere decisioni sanitarie per l’incapace secondo il suo *best interest*, la cui individuazione, tuttavia, passa anche attraverso parametri “soggettivi”.

⁵³ Fa applicazione di tale criterio la Suprema Corte del New Jersey, *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976) che argomenta in base al *right of privacy* del paziente incapace; Suprema Corte degli Stati Uniti, *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*. **Foro it.**, n. IV, 1991, p. 66 ss. che argomenta diversamente sulla base del *right of bodily integrity* del paziente incapace; nella legislazione straniera, si veda ad es. la legge tedesca del 29.7.2009 di riforma del § 1901 BGB che prevede che, in assenza di disposizioni anticipate, il *Betreuer* possa decidere al posto dell’interessato, tenuto conto della “volontà presunta” per come desumibile da elementi concreti.

⁵⁴ Sul concetto di *autonomy* nordamericano contrapposto al concetto di dignità dei sistemi costituzionali europei, v. BUSNELLI, Francesco Donato-PALMERINI, Erica. Voce “**Bioetica e diritto privato**”, p. 144 ove si cita ENGELHARDT, H. Tristram. **The Foundations of Bioethics**. 2 ed. New York: Oxford University press, 1996, p. 135 “fetuses, infants, the profoundly mentally retarded, and the hopelessly comatose provide examples of human nonpersons”.

⁵⁵ Cfr. PICCINNI, Mariassunta. **Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita**, in **Nuova giur. civ. comm.**, Padova, n. 3, Marzo 2013, p. 217 ss..

⁵⁶ Cfr. PICCINNI, Mariassunta. **Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita**, p. 216 ss..

decisioni di cura di carattere straordinario, tra cui in particolare quelle inerenti al fine vita, parallelamente a quanto previsto dal legislatore per gli atti patrimoniali più significativi (v. artt. 374 ss. c.c.); tale potere autorizzativo del giudice è ovviamente finalizzato a verificare l'effettiva corrispondenza della scelta terapeutica all'orizzonte personale dell'incapace.

In merito specifico, infine, al fine vita, a parere della S.C. la funzionalizzazione del potere di rappresentanza alla tutela della vita del rappresentato, consentirebbe l'interruzione di cure salva vita solo in *ipotesi estreme*, quando cioè sussista una condizione di (perdurante) stato vegetativo la quale sia, in base ad rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile⁵⁷. Il giudice di merito⁵⁸, dal canto proprio, ha avuto modo di interpretare estensivamente la massima, ammettendo la possibilità di interruzione dei trattamenti per i casi di stati terminali di malattie mortali con correlata perdita di coscienza; del resto, i giudici si muovono su un terreno franso, in cui la distinzione tra fattispecie contigue è arduo compito per la stessa scienza medica, che mostra sostanziali incertezze in ordine ai profili di diagnosi e prognosi di stati di P.V.S. e di altre situazioni cliniche similari⁵⁹.

4.2 Il testamento di sostegno e le direttive anticipate di cura

A fronte della perdurante mancanza di un intervento legislativo che dissipi ogni dubbio su validità ed efficacia delle direttive anticipate di trattamento, in concreto si sono già sperimentati strumenti volti a disporre anticipatamente in ordine alle cure dariceversi (o non riceversi) che si concretano nella prassi della designazione di un sostituto, incaricato di esprimere assenso o dissenso ad esse, in caso di eventuale impossibilità per l'interessato.

Parte della dottrina⁶⁰ e della giurisprudenza si è fatta dunque carico di accogliere tali esigenze e di orientarne le modalità di soddisfacimento, a ciò richiamando il preesistente istituto dell'amministratore di sostegno, come suppletivo di una normativa *ad hoc*.

L'orientamento in parola fa leva infatti sul disposto dell'art. 408 c. 1 c.c. che prevede,

⁵⁷ Così Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748.

⁵⁸ V. ad es. Trib. Reggio Emilia, 24.7.2012.

⁵⁹ V. PIPERNO, Roberto. **Lo stato vegetativo**. In: CARUSI, Donato (cur.). **Davanti allo specchio (Atti del Convegno di Genova 23.5.2012)**, Torino: Giappichelli, 2013, p. 41 ss..

⁶⁰ Si veda, ad es., PICCINNI, Mariassunta. **Relazione terapeutica e consenso dell'adulto incapace: dalla sostituzione al sostegno**. In: Rodotà e Zatti (cur.). **Trattato di biodiritto** Milano: Giuffrè, 2011, p. 405.

appunto, la possibilità dell'interessato di designare, con atto pubblico o scrittura privata, un amministratore di sostegno, in previsione di una propria futura eventuale incapacità.

Orbene, si è ritenuto, con una forzatura della lettera della norma, che essa consenta all'interessato di ottenere, in sede giurisdizionale, la nomina preventiva del proprio amministratore per il futuro ed eventuale stato di incapacità e che, con l'atto di designazione, l'interessato possa altresì esprimere i propri orientamenti in ordine alle cure da ricevere.

Appaiono ben evidenti le esigenze che siffatta lettura dell'art. 408 c.c. vuole soddisfare: se è vero che la designazione diretta costituisce modalità privilegiata di individuazione dell'a.d.s., poiché favorisce l'instaurazione di una relazione fiduciaria dunque l'effettiva rispondenza delle scelte del rappresentante alla personalità del beneficiario⁶¹, con la nomina preventiva si vuole in particolare prevenire un'invalidazione dell'effettività della designazione diretta ex art. 408 c.c. rispetto al caso concreto, che conseguirebbe alla necessaria tempistica giudiziale spesso incompatibile con l'esigenza di celerità delle decisioni terapeutiche d'urgenza⁶².

L'orientamento interpretativo descritto è stato tuttavia ridimensionato ad opera di un intervento della S.C.⁶³: essa, fatta ovviamente salva la designazione prevista *ex lege*, e ammettendo in seno ad essa la manifestazione degli orientamenti dell'interessato relativamente agli interventi di natura patrimoniale e personale che si rendessero necessari, quale parte integrante dell'atto di designazione stesso e vincolanti per l'amministratore di sostegno se, rispetto alle volontà di cura, ancora attuali e sufficientemente univoci e specifici, ha tuttavia specificato come la nomina giudiziale dell'a.d.s. sia ammessa solo subordinatamente alla sopravvenienza effettiva dello stato di incapacità, da cui la promozione, appunto, del giudizio di nomina, necessariamente vincolato dal precedente atto di designazione, già comunque valido nel momento genetico.

Si ritiene tuttavia che l'orientamento favorevole al c.d. "testamento di sostegno" abbia il pregio di potenziare l'autonomia individuale riguardo alle scelte esistenziali della persona, unitamente ad altri strumenti, come il rappresentante *ad acta*, già vagliati dalla S.C.⁶⁴; in tal senso

⁶¹ V. FERRANDO, Gilda. Voce **Testamento biologico**, p. 1010.

⁶² V. Trib. Firenze, decr. 22.12.2010; per una più approfondita analisi, v. ad es. SCALERA, Antonio. **Direttive anticipate di trattamento e disabilità**, in **Fam. dir.**, n. 4, 2013, p. 417 ss..

⁶³ Cass. civ. 20.12.2012, n. 23707.

⁶⁴ V. Cass. 15.9.2008, n. 23676.

si sottolinea come la procedimentalizzazione richiesta per la nomina di un a.d.s. non possa costituire l'unica modalità di attuazione di direttive anticipate di cura, pena l'indebita compressione di detta autonomia individuale⁶⁵.

Di contro, la citata sentenza del 2012, pur avallando l'impianto di tale peculiare istituto, sembra depotenziarlo notevolmente dalla valenza attribuitagli dall'elaborazione dottrinale, la quale si esplicherebbe proprio nella possibilità di una nomina anticipata del designato.

In conclusione permangono dunque talune perplessità, in specie riguardo la volontà (o necessità) più o meno latente di ancorare le direttive anticipate ad una disciplina *ad hoc*, come se a queste, al di fuori di un specifico riconoscimento legislativo o, nel caso, a fronte di una procedimentalizzazione giurisdizionale, non potesse essere riconosciuta validità ed efficacia e dunque vincolatività rispetto ai *desiderata* del disponente.

A tal proposito, si può ben ammettere che le direttive anticipate costituiscano un'estrema estensione del diritto di autodeterminazione terapeutica della persona, ciò nondimeno non potendosi giustificare in alcun modo la loro collocazione in un'area "costituzionalmente neutra", relegandole ad un dibattito *de iure condendo* e sul presupposto che il loro riconoscimento "si configuri come scelta discrezionale del legislatore"⁶⁶. Ciò perché appare indubbio, *a fortiori* alla luce di quanto detto sopra, che le d.a.t. costituiscano un mezzo di manifestazione dell'autonomia privata, quindi veri e proprio negozi giuridici unilaterali, dunque oggetto di esercizio di diritti fondamentali della persona, i quali non ammettono discriminazioni di sorta tra soggetti capaci ed incapaci e il cui riconoscimento appare in definitiva costituzionalmente necessario.

Giova, da ultimo, un breve cenno alla diversa ma collegata questione degli aspetti di attualità e determinatezza che dovrebbero caratterizzare la volontà espressa in via preventiva dal disponente; si ritiene, in proposito, che la realizzazione di detti attributi possa essere garantita semplicemente e agevolmente, secondo la felice espressione coniata sul punto, dall'esclusione di una "meccanica applicazione" delle direttive da parte del medico, che nondimeno rimane, sempre e comunque, titolare di un dovere di sostanziale attuazione della volontà così espressa dal paziente.

⁶⁵ V. FERRANDO, Gilda. Voce **Testamento biologico**, p. 1013.

⁶⁶ Così, ad es., TASSINARI, Davide. **Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al "testamento biologico"**, in Canestrini ed altri (cur.). **Medicina e diritto penale**, Pisa: Plus, 2009, p. 414.

RAPIDITÀ

Matteo Falcone

Giovanni Berti de Marinis¹

1. Leggendo le pagine “incompiute”² con cui Italo Calvino proponeva la rapidità come valore letterario del terzo millennio, si percepisce subito come la sua declinazione della rapidità non sia riferibile tanto alla velocità del narrare, quanto alla capacità di sintetizzare una storia o un pensiero, alla semplicità verbale o, ancor meno, alla superficialità (intesa nel senso più neutro possibile, cioè come scelta di “non approfondire”) dell'analisi letteraria o intellettuale in generale. Quello di rapidità è un concetto meno immediato di quanto possa sembrare, infatti, la sua interpretazione è capace di trascendere l'ambito letterario e arriva non solo all'ambito prettamente giuridico - come queste pagine e i contributi che seguiranno dimostrano, ma anche a porre le basi anche per la più ampia discussione sul suo ruolo e valore nelle società contemporanee. Una interpretazione, questa, che, nonostante resti sempre su un piano strettamente estetico-letterario, può essere facilmente spostata su uno culturale più generale, “civico”³, e rispecchia perfettamente il modo in cui Italo Calvino ha compiuto il suo percorso letterario e intellettuale.

Nelle pagine delle *Lezioni americane* ad essa dedicate, l'autore cala la rapidità innanzitutto sul piano stilistico. Prendendo ad esempio lo stile di alcuni appunti inediti dello scrittore romantico francese Barbey D'Aurevilly, che raccontavano una leggenda su Carlo Magno e, in generale, facendo riferimento allo stile dei *folktales* e dei *fairytales*, Calvino sottolinea come la rapidità nella

¹ Il presente scritto è frutto di una riflessione comune svolta dai due autori. Vanno però attribuiti a Matteo Falcone i §§ 1 e 2; mentre a Giovanni Berti de Marinis i §§ 3 e 4.

² È importante ricordare che *Lezioni americane* di Italo Calvino è un'opera incompiuta e pubblicata postuma dalla moglie dell'autore nel 1988, anche se qui con il termine “incompiute” ci riferiamo alla impossibilità dell'autore di utilizzare il famoso *labor limae* che caratterizzava la preparazione della sua produzione letteraria.

³ Della concezione “civile” della letteratura di Calvino ne parla ASOR ROSA, Alberto. **Stile Calvino**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2001, p. XII. L'autore, infatti, afferma che «“Civile” è stata soprattutto la sua concezione di letteratura: intesa esattamente – in quanto ricerca, progetto, costruzione – come operazione di civiltà, rivolta a saldare sul piano morale le scelte individuali con le grandi scelte collettive e storiche».

letteratura deve essere interpretata innanzitutto come «economia espressiva»⁴, come ritmo stilistico che garantisca una continua successione degli eventi. «Economia espressiva» non significa sintetizzare concetti o utilizzare parole semplici, così come un ritmo stilistico che garantisca una continua successione degli eventi non significa raccontare velocemente qualcosa, ma si intendono come la capacità di capire ed assecondare il respiro della storia che si sta narrando e successivamente di distribuire in maniera differenziata all'interno del racconto la “dose” essenziale di parole, concetti, espressioni e di mantenere un ritmo anch'esso essenziale, cioè utile a garantire la costanza della narrazione degli eventi senza appiattire la qualità del racconto. Nella rapidità calviniana, dunque, tutto ruota attorno al concetto di essenzialità, intesa come economicità e funzionalità espressiva al contempo.

L'essenzialità del racconto, secondo Calvino, è la capacità di fare convivere la concisione con il massimo dell'efficacia narrativa e della suggestione poetica che non sarà da intendere, però, solo come il risultato dell'equilibrio tra concisione e suggestione estetica, tra sinteticità e efficacia narrativa, bensì come metro di misura per distribuire in maniera differenziata e ponderata gli elementi narrativi all'interno del racconto stesso, «perché più tempo risparmiamo, [lì dove non è “essenziale” all'economia del racconto] più tempo potremo perdere [dove è “essenziale” farlo]»⁵, scrive Calvino. L'essenzialità *del* racconto è, quindi, la giusta quantità e qualità degli elementi del racconto e dalla loro giusta combinazione, cioè essenzialità *nel* racconto.

La rapidità intesa come essenzialità in senso stilistico, si può dire, non è l'unica declinazione che Calvino riporta nelle *Lezioni americane*. Dalla rapidità stilistica l'autore passa alla rapidità del pensiero sia come piacevole conseguenza per il lettore che legge un racconto “rapido” sia come caratteristica necessaria per ogni scrittore.

Calvino afferma che «la velocità mentale [di un racconto “rapido”] vale per sé, per il piacere che provoca in chi è sensibile a questo piacere, non per l'utilità pratica che si possa ricavarne. Un ragionamento veloce [...] comunica qualcosa di speciale che sta proprio nella sua sveltezza»⁶ ed è proprio questo uno degli aspetti che rendono la rapidità un valore letterario: la capacità di attirare il lettore, di trattenerlo alla lettura, di “eccitarlo” mentalmente, di saper collegare in un racconto

⁴ Usa questa espressione direttamente CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. Milano: Mondadori Editore, 2014, p. 40.

⁵ Ibidem. Le considerazioni nelle parentesi quadre sono nostre.

⁶ Ibidem. Le considerazioni nelle parentesi quadre sono nostre.

più cose, tra loro lontane e diverse, e di saper raccontare questi legami in maniera concisa, immediata e intuitiva.

Questa possibilità, però, è fortemente legata alla capacità dello scrittore di essere altrettanto mentalmente veloce perciò Calvino afferma che lo scrittore deve essere come Sagredo nel *Dialogo dei massimi sistemi* di Galileo Galilei e di scrivere ispirandosi alla missione del dio Mercurio. Il «velocissimo discorso», la capacità di immaginazione, la volontà di spingere ogni idea alle estreme conseguenze e di trarre, dalle evidenze, ipotesi non dimostrate, caratterizzanti il Sagredo galileiano, devono ispirare lo scrittore contemporaneo e portarlo a descrivere e collegare gli avvenimenti, le persone, i pensieri - indipendentemente dalla loro durata e dalla loro diversità – in maniera tale che questi «divent[ino] puntiformi, collegati da segmenti rettilinei, in un disegno a zigzag che corrisponde ad un movimento senza sosta»⁷. La rapidità dello stile e del pensiero sono, per Calvino, innanzitutto essenzialità, ma anche agilità, mobilità, disinvoltura.

I valori presenti nelle *Lezioni americane*, però, non sono mai assoluti: vengono trattati sempre in distinzione/contrapposizione con il proprio opposto. L'autore stesso, infatti, confessa di aver fatto proprio il motto latino *festina lente*, che significa *affrettati lentamente*. Per Calvino, la felicità dell'espressione verbale, che è il massimo risultato che uno scrittore può raggiungere, può essere intuizione, ma, di regola, è fondamentalmente studio, concentrazione, meticolosità nella costruzione della frase: il lavoro intellettuale, in questo caso quello dello scrittore, «deve tenere conto di tempi diversi: il tempo di Mercurio e il tempo di Vulcano, un messaggio di immediatezza ottenuto a forza d'aggiustamenti pazienti e meticolosi»⁸. Il pensiero dello scrittore, quindi, non può che essere caratterizzato da due elementi inscindibili e complementari: la sintonia con il mondo reale (il c.d. tempo di Mercurio) e la concentrazione costruttiva (il c.d. tempo di Vulcano).

La riflessione, l'indugio, lo studio della letteratura non sono scindibili dalla rapidità, ma – tirando le somme del discorso calviniano – sembrano esserne la premessa, necessario, nonché lo strumento principe, per comprendere cosa e come velocizzare, funzionalmente ad un'estetica più comunicativa, il lavoro letterario.

2. La complessa interpretazione che Calvino dà alla rapidità come valore letterario, la sua

⁷ Ibidem. Le parentesi quadre sono nostre.

⁸ Ibidem.

convivenza con la riflessione e l'indugio, la sua delineazione come chiave interpretativa per la letteratura del terzo millennio sono lo specchio dell'elemento fondamentale che caratterizza l'impostazione argomentativa di Calvino: l'abilità di impennare la sua letteratura con la realtà, unitamente alla capacità di riuscire ad interpretarne le linee evolutive.

La predisposizione delle pagine sulla rapidità ad essere calate nella realtà contemporanea, e negli specifici ambiti che la compongono, come, ad esempio, il diritto, è la dimostrazione concreta dell'alta interdisciplinarietà del pensiero calviniano e delle sue *Lezioni americane*, applicabili anche fuori del campo letterario.

Sul piano più generale si può facilmente rilevare come la rapidità è diventata, come Calvino “profetizza” nel suo scritto⁹, se non un valore, quantomeno una caratteristica predominante della società contemporanea. La nascita e la continua evoluzione delle ICT, la loro capillare diffusione nel tessuto sociale ed economico e la loro influenza sul piano culturale sono la rappresentazione più evidente della centralità della rapidità al giorno d'oggi.

Sul piano giuridico, quello che a noi interessa nella fattispecie, la rapidità di Calvino, cioè fondamentalmente intesa come essenzialità, si presta perfettamente a diventare una delle possibili chiavi di lettura di molti aspetti del diritto. Se, sposando il paradigma calviniano, l'essenzialità nella letteratura è equilibrio tra concisione ed efficacia narrativa e suggestione poetica, ma anche parametro di distribuzione differenziata degli elementi narrativi all'interno del racconto, l'essenzialità del e nel diritto attiene non solo al grado, all'intensità della sua presenza nelle dinamiche sociali ed economiche (il che avvicina molto la rapidità al valore della leggerezza, che resta – almeno per i più importanti conoscitori di Calvino – il valore fondamentale delle *Lezioni americane*¹⁰), ma attiene anche al modo in cui gli elementi che lo caratterizzano (legislazione, amministrazione e giurisdizione) vengono distribuiti nei vari settori specifici e nelle molteplici situazioni concrete e alla capacità di rendere l'ordinamento giuridico un ordinamento “rapido”.

Solo per fare alcuni esempi, la rapidità calviniana può essere utile come chiave di lettura dei possibili caratteri della regolazione legislativa e amministrativa o di quelli della disposizione

⁹ Calvino sottolinea, parlando della funzione della letteratura, la predominanza fisica e culturale della rapidità allora, e - in prospettiva - nel futuro prossimo: «in un'epoca in cui altri media velocissimi e di estesissimo raggio trionfano e rischiano di appiattire ogni comunicazione in una crosta uniforme e omogenea, la funzione della letteratura è la comunicazione tra ciò che è diverso in quanto è diverso, non ottundendone bensì esaltandone la differenza, secondo la vocazione propria del linguaggio scritto». In CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. Milano: Mondadori Editore, 2014, p. 40.

¹⁰ Utile ci sembra indicare le considerazioni in merito di ASOR ROSA, Alberto. *Stile Calvino*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2001.

normativa. L'essenzialità, la rapidità della regolazione, può essere intesa sia come essenzialità della regolazione in uno specifico settore economico-sociale sia come essenzialità della regolazione a livello ordinamentale. Nel primo caso intesa come equilibrio tra concisione regolativa ed efficacia della regolazione, tra concisione regolativa e garanzia dei diritti in uno specifico settore. Nel secondo caso intesa come distribuzione differenziata della "quantità" di regolazione all'interno dell'ordinamento «perché più tempo risparmiamo, [*in questo caso, meno regoliamo in determinati ambiti*] più tempo potremo perdere [*in questo caso, meglio potremo regolare ambiti che meritano maggiore regolazione*]».

La rapidità calviniana può essere, inoltre, uno strumento utile anche per ragionare sui caratteri della disposizione normativa. L'essenzialità del dispositivo normativo può essere intesa sia come equilibrio tra concisione e completezza, tra concisione ed effettività della disposizione normativa, sia come immediatezza, comprensibilità del dispositivo normativo.

Il pensiero di Calvino sulla rapidità, infine, si presta anche alla riflessione sul livello di giustiziabilità nel nostro ordinamento, sugli strumenti di tutela giurisdizionali e sugli strumenti nel processo giurisdizionale.

La rapidità, o meglio l'essenzialità della giustiziabilità è da intendersi come l'equilibrio tra garanzie di giustiziabilità e altri interessi o diritti da tutelare. La rapidità nel processo giurisdizionale e l'essenzialità/rapidità degli strumenti di tutela giurisdizionale, inoltre, si legano alle discussioni sui tempi della giustizia, sugli strumenti alternativi alla giurisdizione tradizionale. Questo significa trovare, da un lato, l'equilibrio tra garanzie di tutela e certezza del diritto, tra garanzie di tutela e giusta durata del processo e, dall'altro, l'equilibrio tra imparzialità, terzietà, equità del giudicante (giudice tradizionale o figure di mediazione che siano) e velocità del giudizio e risparmio economico.

La rapidità di Calvino, soprattutto quella inerente il pensiero e il ruolo dello scrittore nel terzo millennio, indirizza infine anche la riflessione sulla figura del giurista. Il motto latino *festina lente* (*affrettati lentamente*) resta il simbolo del lavoro intellettuale, quindi anche nell'ambito giuridico. Il giurista, proprio come lo scrittore teorizzato da Calvino, deve fare convivere il tempo di Mercurio con quello di Vulcano: la sintonia con il mondo reale e la concentrazione costruttiva; la conoscenza profonda del diritto e la capacità di intuirne le prospettive e le criticità; il linguaggio tecnico con la capacità di rendersi comprensibili.

Questi fugaci esempi, che non pretendono di essere esaustivi del rapporto tra diritto e rapidità, dimostrano come la rapidità dello stile di Calvino, declinata giuridicamente, ha la finalità generale, molto simile a quella della leggerezza, di rendere l'ordinamento giuridico qualcosa di "rapido", non solo nel senso di un ordinamento più agile, più "scorrevole" ed equilibrato nella distribuzione dei suoi elementi costitutivi, ma anche comprensibile e immediato.

3. Ecco che, allora, la "rapidità" assume una sua connotazione giuridica che, con le diverse sfumature proprie delle molteplici e mutevoli sembianze che la stessa assume nelle discipline del diritto, viene esaminata dalle riflessioni che hanno riempito di contenuti la presente sessione.

È stato posto in risalto, in primo luogo, come la frenesia che caratterizza le moderne società renda difficile la percezione del tempo e la creazione di un passato fatto di esperienze sedimentate che costituiscano una solida guida per il futuro. La rapidità della società sembra imporre al legislatore una continua rincorsa degli eventi che vedono lo stesso in una situazione di costante affanno. Ciò sembra determinare una incapacità latente del diritto di condizionare la società attraverso la norma che, al contrario, sembra essere assoggettata ad una rapida obsolescenza che la rende immediatamente inadeguata¹¹.

Tutto questo pone in discussione la stessa capacità degli organi rappresentativi del potere legislativo di assolvere in maniera compiuta il loro ruolo di regolatori. Nonostante la frenesia interna che caratterizza i moderni Parlamenti, con rigide scansioni temporali dei lavori parlamentari, il naturale risultato di tale sforzo (i.e. l'emanazione della legge) viene costantemente rimandato nel tempo. Una rapidità interna che, paradossalmente, si contrappone ad una esasperata lentezza esterna che porta il nostro legislatore a trovarsi in una situazione di patologico ritardo nella regolamentazione dei fenomeni sociali¹².

Di qui, un frequente ricorso a tecniche legislative che permettano un costante adattamento dell'ordinamento positivo alle mutevolezze sociali. Le clausole generali, quali contenitori che permettono all'interprete di riempire di significato la norma a seconda delle esigenze concrete, possono essere interpretate quale strumento che permette un rapido adattamento dei sistemi normativi al cambiamento. Queste, infatti, potrebbero essere qualificate come membrane

¹¹ CARNEVALE, Maria Grazia. **Il diritto e la passione del moderno**.

¹² ROSA, Francesca. **Il senso dei Parlamenti per il tempo**.

permeabili che, collocate nelle norme positive, permettono alla società di penetrare nel diritto attraverso l'interprete. I moderni sistemi giuridici, infatti, sono immersi in una società instabile la cui mutevolezza rischia, a volte, di sommergere il "diritto" nel caso in cui questo dovesse rimanere ancorato rigidamente alla propria staticità. Le clausole generali, per proseguire nella metafora, garantiscono il galleggiamento dell'ordinamento adattando il sistema al continuo modificarsi della società¹³.

Ma la rapidità assume nel diritto anche le sembianze della "agilità, mobilità e disinvoltura" permettendo di inquadrare all'interno di tale concetto anche tutti quei fenomeni normativi volti a semplificare ed alleggerire una società che tollera malvolentieri la presenza di lacci e vincoli. È il caso del fenomeno delle liberalizzazioni che, con sempre maggior forza - anche se con risultati non sempre apprezzabili -, tentano di alleggerire l'incidenza della P.A. nella regolamentazione dell'accesso al mercato rendendo così il compimento delle attività liberalizzate più snello, meno ingessato e, in una parola, più rapido¹⁴.

Ma tale esigenza di una oculata rapidità si può cogliere, forse in maniera ancora più evidente, nella regolamentazione del processo che, quale concatenazione di atti ed attività che necessariamente si dipanano diacronicamente, manifesta in tutta la sua chiarezza il rapporto - non sempre privo di attriti - fra diritto e tempo. Un processo lento è sicuramente ingiusto poiché risulta lesivo dei diritti della parte che ha ragione; ma non è detto che un giudizio rapido sia da meno ove si pretenda di realizzare tale rapidità sacrificando le necessarie garanzie che un ordinamento evoluto deve riservare alle parti del processo¹⁵.

4. Appare allora, in tutta chiarezza, l'esigenza di una riflessione attenta sulla tematica della rapidità all'interno del diritto moderno. Tale concetto, però, non sembra debba essere necessariamente inteso come esasperata ricerca e realizzazione della "velocità" nel diritto ma, forse in maniera più utile alle esigenze dei sistemi normativi attuali, quale stimolo alla realizzazione di una "razionalità" nel diritto.

¹³ GRONDONA, Mauro. **Il tempo «nelle» clausole generali.**

¹⁴ CASTORINA, Antonio Vincenzo. **Rapidità e liberalizzazioni.**

¹⁵ GIABARDO, Carlo Vittorio. **Tempo e diritto: alcune considerazioni a proposito della tutela civile dei diritti nell'epoca della globalizzazione.** V., pure, le riflessioni di cui al § 2 ove si fa riferimento all'esigenza di un equilibrato bilanciamento fra garanzie processuali, certezza del diritto e ragionevole durata del processo.

Va in primo luogo segnalato, infatti, che sembra del tutto evidente come “rapidità” e “lentezza” non sono di per sé valori o disvalori ma, più semplicemente, modi di essere di fatti giuridicamente rilevanti ed una loro valutazione in termini di meritevolezza o meno, non può che risultare parziale e necessariamente dipendente dal caso concreto.

Il dato certo è che la moderna cultura – giuridica e non - sembra intravedere nella rapidità un elemento positivo da esaltare e perseguire sopra ogni cosa¹⁶. Esempio emblematico, per rimanere nell’ambito del diritto, può essere rintracciato nelle c.dd. negoziazioni ad alta frequenza di titoli nelle quali la vendita e l’acquisto di valori mobiliari viene effettuato da parte degli intermediari attraverso algoritmi matematici che permettono scambi talmente rapidi da rendere impercibile il fattore “tempo”, da determinare l’assenza di una pur minima negoziazione e, in ultima istanza, da porre seri dubbi sulla sussistenza di un effettivo consenso dei contraenti¹⁷. Contrattazioni rapide sarebbero, nel moderno sistema di mercato, capaci di produrre rapidamente ricchezza.

Ma se è innegabile l’esigenza di non rallentare la dinamicità di tutti gli elementi di crescita, l’opportunità di stimolare processi che giungano a risolvere una determinata controversia in maniera rapida, la necessità di realizzare procedimenti amministrativi che esprimano in maniera immediata il “volere” di una pubblica amministrazione, è altrettanto evidente il pericolo che la rapidità possa, se mal gestita, portare con sé una superficialità che ci allontana dalla giustizia. Ed allora la stessa “rapidità” – spesso esaltata – necessita di essere riletta e modulata in maniera tale da permettergli di garantire nella maniera più rapida possibile, il raggiungimento non di un qualunque risultato, ma del risultato “giusto”.

Non sembra opportuno, quindi, lodare in maniera eccessiva i pregi della rapidità – se intesa come velocità - dal momento che non è difficile rintracciare, nel nostro ordinamento, esempi di virtuosa lentezza. Si pensi, per rimanere all’interno del moderno diritto dei contratti a tutte le circostanze – tutt’altro che rare – nelle quali esigenze di tutela del contraente debole hanno

¹⁶ Lo stesso Calvino elogia la rapidità pur non negando, però, la rilevanza della lentezza: “Ogni valore che scelgo come tema delle mie conferenze, l’ho detto in principio, non pretende di escludere il valore contrario: come nel mio elogio della leggerezza era implicito il mio rispetto per il peso, così questa apologia della rapidità non pretende di negare i piaceri dell’indugio”. V., pure, quanto affermato *supra*.

¹⁷ Si tratta di algoritmi che, sulla base dei dati provenienti dal mercato, effettuano operazioni di investimento e disinvestimento. Tale complesso fenomeno è oggi definito dall’art. 4, n. 40 della c.d. MiFID II (direttiva 2014/65/UE). Sul punto, per qualche considerazione, STRAMPELLI, Giovanni. **L’informazione societaria a quindici anni dal T.U.F.: profili evolutivi e problemi**. in **Riv. soc.**, 2014, p. 991 ss.

imposto una procedimentalizzazione estremamente rigida del “percorso” che porta alla formazione del contratto attraverso cui altro non si fa se non ritardare la sua conclusione. Ne è un esempio non solo la previsione di oneri informativi precontrattuali da adempiere prima della materiale cristallizzazione dell'accordo¹⁸ ma anche - e forse in maniera ancora più evidente - la frequente previsione di un diritto di recesso *ad nutum* da un contratto che, entro un certo termine dalla formale conclusione dello stesso, permette al contraente protetto di liberarsene “ritardando”, di fatto, il momento nel quale il negozio assume definitivamente forza di legge fra le parti stabilizzando i propri effetti¹⁹.

Esempi di lentezza, dunque, che appaiono tutt'altro che inopportuni dal momento che hanno quale finalità quella di realizzare una tutela il più possibile solida del contraente che si trovi in una situazione debolezza che verrebbe sicuramente aggravata se si lasciasse operare liberamente quella “rapidità” dei traffici commerciali la cui frenesia, pur realizzando la naturale pulsione del mercato alla massima produzione di ricchezza, spesso sacrifica irragionevolmente l'interesse del contraente debole a rendersi conto concretamente degli obblighi che assume.

La lentezza, quindi, non è sempre un male. D'altronde – al fine di cogliere “l'intedisциплиnarità” di un incontro giuridico ispirato all'opera di Italo Calvino – non va taciuto che persino in letteratura vi sono pregevoli elogi della lentezza nelle pagine di Luis Sepulveda che nel suo racconto “Historia de un caracol que descubrió la importancia de la lentitud” esprime quanto il fatto di procedere lentamente, permetta di apprezzare elementi, dettagli e sfumature che ad uno sguardo rapido sarebbero forse sfuggiti.

Bisogna prendere coscienza, quindi, dell'impossibilità di caratterizzare in maniera

¹⁸ Sugli oneri informativi imposti al contraente forte in favore di quello debole v., senza pretesa di esaustività, SALANITRO, Nicolò. **Obblighi informativi e oneri probatori.** in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 417 ss.; ROMEO, Filippo. **Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione.** in *Resp. civ.*, 2012, p. 173 ss.; ALESSI, Rosalba. **Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale,** in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.; OCCHIUZZI, Paolo. **Gli obblighi informativi.** in *Corr. giur.*, 2014, p. 10 ss.

¹⁹ Si veda, ad esempio, la disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali di cui agli artt. 52 ss. del codice del consumo come modificati, da ultimo, dal d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21. Sul punto, in dottrina, PAGLIANTINI, Stefano. **La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese?).** in *Contratti*, 2014, p. 796 ss.; CONFORTINI, Claudia. **Il recesso di pentimento.** in *Corr. giur.*, 2014, p. 19 ss. Si può far riferimento, pure, a quanto disposto dall'art. 30, comma 6 Tuf per quanto concerne l'offerta fuori sede di prodotti finanziari ove si prevede una espressa sospensione dell'efficacia dei contratti conclusi fuori sede per la durata di 7 giorni dalla conclusione del contratto. Entro lo stesso termine, l'investitore potrà recedere dal contratto concluso “senza spese né corrispettivo”. In dottrina, su tale disposizione, TUCCI, Andrea. **L'offerta fuori sede nella stagione del nichilismo giuridico.** in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 524 ss.; DE MARI, Michele. **Recenti sviluppi del diritto di recesso nell'offerta fuori sede di strumenti finanziari.** in *Giur. comm.*, 2014, p. 876 ss.

aprioristica la rapidità come valore e la lentezza come disvalore²⁰.

Ciò che dovrebbe essere valorizzato, allora, non è tanto il dato formale del tempo impiegato per conseguire un certo obiettivo ma, piuttosto, quello del risultato da realizzare nella convinzione che, a volte, il raggiungimento un certo traguardo richiede un percorso lento²¹.

Ma, a ben vedere, la lentezza non appare necessariamente in contrasto con la “rapidità” se intesa nel senso che, come accennato all’inizio del presente paragrafo, sembra essere il più consono per il diritto moderno. La rapidità, infatti, non deve essere necessariamente intesa come “velocità” potendo invece realizzarsi, più semplicemente, attraverso un utilizzo razionale del tempo. Troppo spesso, cioè, si pensa che per raggiungere “rapidamente” un certo risultato si debba andare “veloci” senza rendersi conto che, a volte, è sufficiente - e più opportuno - procedere lentamente per il percorso più breve²².

Ed allora, come accennato in precedenza, forse la “rapidità” che richiede il diritto “di questo millennio” dovrebbe concretizzarsi, più che nella “velocità”, in una idea di “razionalità” delle scelte legislative volte ad accorciare il “percorso” eliminando il superfluo e non indugiando irragionevolmente su ciò che è inutile²³.

²⁰ Ivo Andric, premio Nobel per la letteratura nel 1961, in un suo celebre romanzo dal titolo “Il ponte sulla Drina”, racconta gli avvenimenti che per secoli si svolgono in una piccola cittadina sul fiume Drina. Fra questi, ad un certo punto, vi è anche la costruzione della ferrovia che, in meno di quattro ore, permetteva di percorrere il tragitto che prima necessitava di due giorni. Alla pressoché generalizzata approvazione della popolazione per il progresso così raggiunto, l’Autore contrappone l’opinione di un anziano del Paese: “A coloro che si vantavano della velocità con la quale adesso riuscivano a compiere i loro affari e calcolavano quanto veniva risparmiato in tempo, sforzo e denaro, egli rispondeva malevolmente che non importa quanto tempo risparmi un uomo, importa invece che cosa fa con quel tempo risparmiato; se lo impiega male, meglio sarebbe che non lo avesse. Spiegava inoltre che la questione fondamentale non consisteva nell’andare in fretta, ma si doveva considerare dove si andava e per quale faccenda, e che pertanto la velocità non sempre rappresenta un vantaggio. «Se devi andare all’inferno, è meglio che tu vada piano» diceva con tono mordace ad un giovane mercante”. Si rinvia, anche, alle considerazioni di cui al § 1.

²¹ Suggestive, a tal proposito, le parole attribuite a Blaise Pascal che, scusandosi con un proprio amico al quale aveva scritto una lettera troppo lunga, sembra abbia affermato che, suo malgrado, non aveva avuto il tempo di essere più breve. Ciò dimostra come spesso un percorso lento sia necessario anche per raggiungere risultati che, per asciuttezza e concisione, sembrerebbero frutto di processi formativi rapidi.

²² Lo stesso Calvino, quando parla della tecnica narrativa della digressione, la qualifica come una serie di linee curve che allungano il percorso che collega due punti ma che, in maniera più rapida, potrebbero essere posti in connessione da una linea retta. Afferma Calvino: “io non sono un cultore della divagazione; potrei dire che preferisco affidarmi alla linea retta, nella speranza che continui all’infinito e mi renda irraggiungibile. Preferisco calcolare lungamente la mia traiettoria di fuga, aspettando di potermi lanciare come una freccia e scomparire all’orizzonte. Oppure, se troppi ostacoli mi sbarrano il cammino, calcolare la serie di segmenti rettilinei che mi portino fuori dal labirinto nel più breve tempo possibile”.

²³ Sia consentito, al mero fine di alleggerire un po’ il discorso e strappare un sorriso al lettore, richiamare l’esortazione che le premurose mamme italiane rivolgono spesso ai figli ritardatari: “Sbrigati! Ma, mi raccomando, vai piano!” Una frase che sembra annidare, a prima vista, una contraddizione in termini che si dissolve, però, ad una analisi più attenta. “Sbrigati” è un concetto che attiene al “tempo”; “vai piano”, al contrario, una locuzione spaziale attinente la “velocità” con la quale si percorre un certo tragitto. Ed allora, si può essere rapidi anche andando piano se si sceglie la via più breve e non ci si dilunga in attività non necessarie.

Forse in questo, volendo cogliere l'insegnamento di Italo Calvino, si concretizza quel *festina lente* che doveva caratterizzare la letteratura moderna e che, a ben vedere, sarebbe opportuno caratterizzi anche il diritto del nuovo millennio.

Ma - per giocare ancora un po' con il rapporto rapidità/tempo - "c'è un tempo perfetto per fare silenzio"²⁴! Ed allora, per chi ha il semplice ruolo di introdurre gli argomenti di questa sezione, è giunto il momento di tacere per lasciare al lettore la possibilità di apprezzare i contenuti del presente panel.

²⁴ Strofa tratta da una celebre canzone di Ivano Fossati dal titolo "C'è tempo".

IL DIRITTO E LA PASSIONE DEL MODERNO

Maria Grazia Carnevale¹

“I tempi moderni. Un termine, questo, che è come un sacco in cui si vorrebbero imprigionare i venti di Eolo; un termine che è la giustificazione ricorrente per non mettere mai le cose a posto, per metterle cioè non nel loro posto vero e oggettivo, bensì nel contesto immaginario di un’assurdità. Eppure in tutto questo è insita una consapevolezza.”

Robert Musil, L’uomo senza qualità

Italo Calvino, nelle sue Lezioni Americane, ritiene la rapidità un valore in sé rintracciabile nella bellezza di un movimento velocemente perfetto, senza tuttavia rinnegare la necessità dell’indugio per raggiungere quella stessa perfezione. Si tratta di apprendere un sapiente gioco di continuità discontinue, oltre al segreto del ritmo, di catturare il tempo. La rapidità ci parla inevitabilmente del rapporto tra la velocità fisica e la velocità mentale, tra la corsa sfrenata del progresso e l’agilità sottile del ragionamento: oggi il diritto si trova a dover fare i conti proprio con il vortice dell’accelerazione. I cambiamenti politici e sociali sono all’ordine del giorno e con la loro immediatezza materiale chiedono risposte, rapide per l’appunto, al mondo giuridico, troppo abituato all’immobilismo. Il diritto non ha più tempo, ma chiede tempo.

Si avverte, quindi, sempre più la necessità di una descrizione strutturale adeguata delle caratteristiche del diritto moderno per scoprire quanto esso abbia a che fare con un’economia del tempo: eppure ci si imbatte da subito in una serie di paradossi. Innanzitutto, come ci avverte Niklas Luhmann, alla fine non si tratta che di “osservazioni della società moderna attraverso la società moderna”²; in altre parole, si ripropone il problema della “paradossia della descrizione del sistema compiuta all’interno del sistema (e quindi della descrizione che concorre a descrivere sé stessa)”³. In secondo luogo, “le caratteristiche del Moderno di oggi non sono quelle di ieri e

¹ Avvocato e Dottoranda in Filosofia del Diritto presso la Scuola Internazionale Dottorale Tullio Ascarelli dell’Università degli Studi di Roma Tre, sezione Diritto Europeo su base storico-comparatistica.

² LUHMANN, Niklas. **Osservazioni sul moderno**. Traduzione di Francesco Pistolato. Roma: Armando Editore, 2006, p. 10.

³ LUHMANN, Niklas. **Osservazioni sul moderno**. cit., p. 10.

nemmeno quelle di domani, e proprio in questo consiste la loro modernità”⁴, nell’essere sottoposte costantemente all’azione performativa del cambiamento. Tuttavia, “se i concetti storici, specialmente quelli politici e sociali, sono fatti apposta per cogliere e riunire gli elementi e le forze della storia”, è altrettanto vero che al di là delle determinazioni temporali sono quelle “contenutistiche a conferire peculiarità all’epoca presa in considerazione”⁵. Occorre riempire di contenuti la passione del moderno, da cui è affetto anche il diritto, se si vuole riscoprire la rapidità calviniana.

Ecco allora la domanda di Touraine⁶: la modernità può identificarsi con la razionalizzazione o, più poeticamente, con il disincantamento del mondo⁷? In altre parole può essere ridotta al trionfo della Ragione? Saremmo tentati di dire che questo è il modo in cui la modernità si è raccontata: tale definizione appartiene più che altro a meccanismi di “autodescrizione sociale”⁸. Possiamo leggere in questa chiave perfino la grande stagione della codificazione⁹ che portò, a partire dai primi dell’Ottocento, i grandi paesi europei a dotarsi di un codex, quale esito di un processo di razionalizzazione¹⁰ e sistematizzazione del diritto esistente. Conferire un ordine alla congerie dei dati normativi e agli usi stratificati nei secoli, eliminando contraddizioni e inutili retaggi del passato, vuol dire ancora una volta far uso della ragione in pubblico¹¹. Un diritto certo e

⁴ LUHMANN, Niklas. **Osservazioni sul moderno**. cit, p. 11.

⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici**. Bologna: Clueb, 2007, p. 259.

⁶ Cfr. TOURAINE, Alain. **Critica della modernità**. Milano: Il Saggiatore, 1993.

⁷ L’intellettualizzazione del mondo, ad opera della scienza, ha prodotto il disincantamento del mondo, cioè la fine del ricorso a entità misteriose o trascendenti per spiegare i fenomeni naturali. Cfr. WEBER, Max, **La scienza come professione**. Milano: Rusconi, 1997.

⁸ “E così i tentativi di caratterizzare il Moderno portano ad indicare elementi propri delle autodescrizioni sociali. Questo vale ad esempio per l’associazione del concetto di Moderno con le idee proprie dell’illuminismo della ragione”. LUHMANN, Niklas. **Osservazioni sul moderno**. p. 10.

⁹ Vedi ZIMMERMANN, Reinhard. **Codification: History and Present Significance of an Idea**. *European Review of Private Law*. n.3, 1995, p.95 ss.

¹⁰ Secondo Max Weber, com’è noto, la codificazione rappresenta l’emblema della modernità in quanto forma di razionalizzazione del discorso giuridico. Il diritto, in questa prospettiva, si sviluppa passando, per tappe intermedie, da un formalismo magicamente condizionato sino ad arrivare a una razionalità giuridica e a una sistematica sempre più specializzata e, quindi, a un grado sempre maggiore di rispondenza alla logica e di rigore deduttivo. Cfr. WEBER, Max. **Economia e società, III, Sociologia del diritto**. Milano: Comunità, 1995, p. 188.

¹¹ “Ma quale limitazione è d’ostacolo all’illuminismo, e quale non lo è, anzi lo favorisce? Io rispondo: il pubblico uso della propria ragione dev’essere libero in ogni tempo, ed esso solo può attuare il rischiaramento tra gli uomini; invece l’uso privato della ragione può assai di frequente subire strette limitazioni senza che il progresso del rischiaramento ne venga particolarmente ostacolato. Intendo per uso pubblico della propria ragione l’uso che uno ne fa, come studioso, davanti all’intero pubblico dei lettori. Chiamo invece uso privato della ragione quello che ad un uomo è lecito farne in un certo ufficio o funzione civile di cui egli è investito”. Cfr. KANT, Immanuel. **Che cos’è l’illuminismo?**. Udine: Mimesis, 2012.

uguale per tutti è una conquista della Rivoluzione Francese¹², un diritto che non proviene dall'eternità e che non è valido da sempre e per sempre ha rinunciato alla formula "deo auctore"¹³ ed è diventato il prodotto di una decisione di uomini per altri uomini, "umano troppo umano" verrebbe da dire. Da qui la positivierung des Rechts (la positivizzazione del diritto)¹⁴, che è al tempo stesso trionfo del convenzionalismo.

O ancora il moderno è il regno dell'autodeterminazione individuale? Per questo i codici e più avanti le carte costituzionali e le dichiarazioni, le ultime grandi narrazioni messe in piedi dalla modernità, raccontano del passaggio "from status to contract"¹⁵, da un mondo del destino a un mondo della scelta: ossia di un processo per cui al complesso dei doveri originati dalla comunità di appartenenza si è gradualmente sostituito un sistema in cui gli obblighi scaturiscono dal libero accordo tra gli individui. Un'emancipazione definitivamente compiuta quando si comincia a parlare non più di cittadino e poi di soggetto di diritto, ma di persona, intendendo quest'ultima come la categoria universalizzante che meglio permette di dare evidenza alla vita individuale e alla sua immersione nelle relazioni sociali¹⁶. Riflettendo in generale sul ruolo del diritto, si è sottolineato che "faire de chacun de nous un 'homo juridicus' c'est la manière occidentale de lier les dimensions biologique et symbolique constitutives de l'être humain"¹⁷. E forse di consentire a ciascuno di sviluppare al meglio la propria personale ricerca della felicità, una delle promesse della modernità.

In realtà, il profetico imperativo di Arthur Rimbaud: "Bisogna essere assolutamente

¹² "Le lois civiles seront révisées et réformées par les législateurs; et il sera fait un code général de lois simple, claire et appropriées à la Constitution": così è scritto nell'art.19, tit.II, Legge 16-24 agosto 1790.

¹³ Così esordiva la *Constitutio Tanta* di Giustiniano. La *Constitutio tanta* è una costituzione imperiale, emanata il 16 dicembre 533 dall'imperatore Giustiniano per promulgare il Digesto.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Potere e complessità sociale**. Milano: Il Saggiatore, 2010, p.181.

¹⁵ Henry Sumner Maine credette d'individuare la direzione del progresso giuridico e sociale nel movimento dallo *status* al contratto, cioè nel passaggio graduale da una condizione personale di dipendenza dalla famiglia, intesa come l'unica fonte di diritti e di doveri, alla nascita di obbligazioni reciproche frutto del libero accordo tra gli individui. Lo *status* indica la condizione delle società primitive, in cui i rapporti personali e l'ordine sociale si fondano sul concetto di gruppo e si riducono a rapporti di famiglia in cui gli individui non sono liberi, poiché la loro posizione è determinata dal solo fatto della loro nascita e non è possibile cambiarla con un atto personale della volontà. Ognuno appartiene al proprio ordine, il quale "nelle società afflitte da una speciale perversione del diritto, diventa una casta". Il contratto, invece, è una condizione caratteristica delle società progressive in cui gli individui, indipendenti e staccati dal proprio gruppo, vengono a far parte di un'associazione volontaria in cui possono occupare liberamente la propria posizione e determinare i propri rapporti giuridici. Cfr. MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law**. Londra: Murray, 1861.

¹⁶ Cfr. RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

¹⁷ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit**. Paris: Seuil, 2005, p. 10.

moderni”¹⁸ persegue e reifica fino al parossismo la smania del nuovo. Secondo Luhmann il moderno rinvia a una quantità di contingenza fuori dell’ordinario e vive nella consapevolezza di non riuscire pienamente a governarla¹⁹. Per definizione è contingente tutto ciò che non è né necessario né impossibile, si tratta, quindi, di un concetto che unisce due piani logici differenti, quello della necessità e quello della possibilità, decretando, però, la vittoria del secondo sul primo. “Chi è capace di intendere l’essere ... unendo insieme... la necessità assoluta, dalla quale è, e la contingenza, senza la quale non è?”²⁰ si chiedeva già Cusano nel Quattrocento: potremmo rispondere la modernità perché il segreto della contingenza è tutto racchiuso in una possibilità, che, nell’atto stesso di realizzarsi, diventa necessità. E quale possibilità più grande dell’essere diversi dalla necessità della tradizione? In fondo, il moderno è esso stesso un movimento incessante, che si nutre di una concezione del tempo unilineare e progrediente all’infinito, sebbene laicizzata. Il mutamento è istituzionalizzato come norma dal momento che vi è una crisi permanente della continuità del mondo sociale data dal modificarsi degli orizzonti materiali: al diritto spetta il compito di governarne gli effetti e limitarne i danni. La mutabilità e, di conseguenza, la transitorietà fanno ormai parte della definizione di moderno²¹ e del diritto moderno, quale noi oggi lo conosciamo: la retorica dell’emergenza, ingiustificatamente posta come eccezione, non ha più abbandonato il mondo giuridico e ha profondamente modificato il volto del potere legislativo, l’uso/abuso della decretazione d’urgenza²² ne è l’esempio più evidente. Anzi è stato addirittura mostrato come la costituzione d’emergenza²³ nasconda, dietro il bisogno di fronteggiare situazioni estreme, il pericolo di decisioni arbitrarie e della cancellazione delle libertà civili: se l’eccezione si istituzionalizza, nel senso che si ricorre ad essa con troppa facilità, la normalità perde i suoi tratti distintivi, soprattutto si rischia di perdere garanzie e veder lesi diritti. Per non parlare delle mille riforme, sempre auspicate e mai attuate: “Se vogliamo

¹⁸ RIMBAUD, Arthur. **Addio**, in **Una stagione all’inferno**. Milano: Rizzoli, 2012.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Osservazioni sul moderno**. p. 59.

²⁰ CUSANO, Niccolò. **De docta ignorantia**. in FEDERICI-VESCOVINI, Graziella. **Cusano Niccolò. Opere filosofiche**. Torino: UTET, 1972, p.112.

²¹ “La modernità è il transitorio, il fuggevole, il contingente” amava ripetere Baudelaire. Cfr. BAUDELAIRE, Charles. **Il pittore della vita moderna**. Venezia: Marsilio, 2002.

²² Vedi *ex plurimis* SIMONCINI, Andrea. **Le funzioni del decreto legge. La decretazione d’urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 2003; GHIRIBELLI, Annalisa. **Decretazione d’urgenza e qualità della produzione normativa**. Milano: Giuffrè, 2011.

²³ Cfr. ACKERMAN, Bruce. **La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo**. Traduzione di Alessandro Ferrara. Roma: Meltemi, 2005.

che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”²⁴ si legge nel Gattopardo. Si rincorrono le trasformazioni della società, spesso senza la consapevolezza che il diritto, tecnica²⁵ tra le tecniche, ha i suoi tempi, anzi costituisce un contrattempo²⁶.

A questo proposito è utile ripercorrere i modelli di mutamento giuridico proposti da L.M. Friedman nella sua opera intitolata al sistema giuridico “nella prospettiva delle scienze sociali”²⁷. Friedman avverte innanzitutto che a) il concetto di mutamento giuridico va posto in chiave sistemica; b) che, inoltre, il mutamento deve riguardare elementi decisivi ed importanti – non marginali – del sistema; c) che il sistema giuridico deve essere assunto come funzionalmente variabile rispetto ai conflitti sociali e alle loro trasformazioni. Assumendo come indicatori il luogo d’origine del mutamento e il luogo di impatto finale si ricavano quattro tipi di mutamento: 1) un mutamento interno con effetti interni, che si esauriscono dentro il sistema giuridico; 2) un mutamento interno con effetti esterni, che cioè producono conseguenze fuori del sistema giuridico; 3) un mutamento esterno che si esaurisce all’interno del sistema giuridico; 4) un mutamento esterno che, filtrato dal diritto, produce i suoi effetti modificando il sistema sociale. Si può dire che nel primo caso si adottano rimedi tecnici di ammodernamento giuridico (i giuristi fanno ripulire la loro casa!); nel secondo il meccanismo giuridico assume la caratteristica di variabile indipendente rispetto alla società e diviene causa del mutamento sociale; nel terzo le leggi, la cultura giuridica, gli apparati subiscono modificazioni dovute all’incidenza del cambiamento di altri sistemi, senza che si producano necessariamente effetti di feedback, il quarto, infine, sarebbe weberianamente il tipo ideale di mutamento giuridico, presente, ad esempio, nei grandi fenomeni codificativi o di costituzionalizzazione dei diritti. Alla base, però, vi è sempre uno sbalzo di complessità tra sistema e ambiente, come afferma Luhmann²⁸.

²⁴ Cfr. TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. **Il Gattopardo**. Milano: Feltrinelli, 1958.

²⁵ Su questo punto, Kelsen è chiarissimo: nel suo scritto *Diritto come specifica tecnica sociale* (1941), egli dice che il diritto è un “ordinamento coercitivo che monopolizza l’uso della forza”. In particolare, secondo Kelsen il diritto è una tecnica sociale specifica basata su sanzioni negative centralizzate. Il diritto serve, come tecnica, per la riproduzione della vita sociale; controlla attraverso restrizioni, costrizioni, incentivi, la condotta dei consociati in direzione di una concivenza non violenta, di una minimale pace sociale. Cfr. KELSEN, Hans. **Teoria generale del diritto e dello Stato**. Milano: Etas, 1994. Alfonso Catania sostiene che “il mondo dei giuristi abbia sempre tenuto presente il rapporto diritto e tecnica, nel senso che ha sempre visto nel diritto uno strumento”. CATANIA, Alfonso. **Purezza del diritto e politicità delle decisioni**, in **Nuove frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità**. Bari: Edizioni Dedalo, 2001.

²⁶ Cfr. RESTA, Eligio. **Il diritto vivente**. Roma-Bari: Laterza, 2008.

²⁷ Cfr. FRIEDMAN, Lawrence M.. **Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali**. Traduzione di Giovanni Tarello. Bologna: Il Mulino, 1983.

²⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**. Bologna: Il mulino, 2001.

Il mutamento, insomma, resta un concetto relazionale: implica il confronto tra due situazioni, tra un prima e un dopo. La società, che si chiamerà poi moderna, tenta di risolvere i suoi problemi di auto-osservazione e di auto-descrizione guardando alla dialettica temporale: lì, infatti, trova la propria chiave di volta: nel presente, “diventato la categoria della comprensione di noi stessi”²⁹ e nel futuro, così carico di promesse, eppure senza avvenire. Effettivamente si ritiene il presente la dimensione temporale sulla quale l’esperienza dei moderni tende a schiacciarsi: due figure ce lo ricordano, l’avventuriero tracciato da Simmel³⁰ e il giocatore di cui parla Benjamin³¹. Il primo vive dell’avventura, proprio nella misura in cui essa è slegata dalla concatenazione con ciò che la precede e la segue, il secondo condensa tutto nel momento della puntata al tavolo da gioco, pronto a ripeterla un attimo dopo. È vero che il futuro con la sua carica emancipativa e liberatoria bussa con insistenza alla porta dell’oggi: eppure la modernità non è ancora in grado di capire sé stessa in maniera sufficiente e nasconde l’imbarazzo di non sapere cosa stia esattamente succedendo. Non a caso Charles Baudelaire concepì l’innovativa esperienza lirica dei suoi *Les Fleurs du Mal* (siamo nel 1857) come un “viaggio [...] nelle profondità dell’ignoto per trovare il nuovo”³² e più tardi Marinetti invitò ad “uscire dalla saggezza come da un orribile guscio...per darsi in pasto all’Ignoto”³³. Si viaggia verso ciò che non si conosce oppure si cerca di “riattizzare nel passato la scintilla della speranza”³⁴? “L’ingresso nella stanza del passato, fino ad allora chiusa, coincide con l’azione messianica”³⁵ di redenzione di cui il modernus si fa carico: l’angelus novus del progresso ha lo sguardo rivolto al passato mentre la bufera lo spinge in avanti³⁶. Guardarsi indietro è forse la soluzione?

La modernità allora percepisce con maggiore intensità delle altre epoche lo scorrere del

²⁹ NORA, Pierre. **Les lieux de memoire**, III, La France. I. Paris: Gallimard, 1992, p.24.

³⁰ SIMMEL, George. **L’avventura**. in SIMMEL, George. **La moda e altri saggi di cultura filosofica**. Milano: Longanesi, 1985, p.15.

³¹ Cfr. BENJAMIN, Walter. **Angelus Novus. Saggi e frammenti**.

³² RINCE’, Dominique. **Baudelaire o la modernità poetica**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p.33.

³³ MARINETTI, Filippo Tommaso. op.cit., p.2.

³⁴ Cfr. BENJAMIN, Walter. **Sul concetto di storia**. Torino: Einaudi, 1997.

³⁵ Cfr. BENJAMIN, Walter. **Sul concetto di storia**.

³⁶ “C’è un quadro di Klee che si chiama Angelus Novus. Vi è rappresentato un angelo che sembra in procinto di allontanarsi da qualcosa su cui ha fisso lo sguardo. I suoi occhi sono spalancati, la bocca è aperta, e le ali sono dispiegate. L’angelo della storia deve avere questo aspetto. Ha il viso rivolto al passato. Là dove davanti a noi appare una catena di avvenimenti, egli vede un’unica catastrofe, che ammassa incessantemente macerie su macerie e le scaraventa ai suoi piedi. Egli vorrebbe ben trattenersi, destare i morti e riconnettere i frantumi. Ma dal paradiso soffia una bufera, che si è impigliata nelle sue ali, ed è così forte che l’angelo non può più chiuderle. Questa bufera lo spinge inarrestabilmente nel futuro, a cui egli volge le spalle, mentre cresce verso il cielo il cumulo delle macerie davanti a lui. Ciò che noi chiamiamo il progresso, è questa bufera”. BENJAMIN, Walter. **Angelus novus. Saggi e frammenti**. Torino: Einaudi, 1962, pp. 76-77.

tempo e si serve, per identificarsi, di un rapporto di differenza con il passato: può considerarsi solo come coscienza di sé, del trovarsi ad un punto di rottura insanabile, consapevoli della propria irreversibile e irripetibile alterità, della propria unicità. Essa non guarda a ciò che è stato con ammirazione, ma col distacco del senso storico: già Nietzsche aveva individuato nella storia antiquaria il rischio di una cieca furia collezionistica, di una raccolta incessante di tutto ciò che una volta è esistito in grado di soffocare ogni spirito vitale³⁷, e Marinetti incitava i Futuristi a non “sprecare tutte le vostre forze migliori, in questa eterna ed inutile ammirazione del passato, da cui uscite fatalmente esausti, diminuiti e calpesti”³⁸. Alla base vi è il rifiuto di un duraturo rapporto con la tradizione e col suo carico di regole restrittive, anzi l’abiura totale non di un anonimo e indistinto antico dal valore tuttavia paradigmatico, bensì di un’eredità troppo pesante da sopportare, fatta di errori e superstizioni. L’uscita dell’uomo dallo stato di minorità imputabile kantianamente³⁹ solo a sé stesso implica un coraggioso “sapere aude”: un percorso iniziato col cogito di Cartesio⁴⁰ e terminato con l’Aufklärung auspicata da Kant⁴¹. La modernità si caratterizza allora per una specifica relazione con l’actio dell’attualità: ha un rapporto agonico e politico con essa, si delinea come compito e non come epoca, perché occorre rischiare con i lumi della ragione un’umanità avvolta dalle tenebre⁴².

Se come ci ricorda Kraus “quanto più da vicino si osserva una parola, tanto più lontano essa rimanda lo sguardo”⁴³, soffermarsi sulla semantica storica è davvero utile. Non a caso, Koselleck, di fronte all’espressione usata per designare il Moderno ossia *Neuzeit* (tempo nuovo) nel mondo

³⁷ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sull’utilità e il danno della storia per la vita. Seconda considerazione inattuale.** Traduzione di Sossio Giametta. Milano: Adelphi, 1974.

³⁸ MARINETTI, Filippo Tommaso. **Fondazione e Manifesto del futurismo.** “Figaro”, Parigi, 20 febbraio 1909, p.1; ora in SCRIVO, Luigi. **Sintesi del Futurismo.** Roma: Bulzoni, 1968, pp.2-3.

³⁹ “L’illuminismo è l’uscita dell’uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso. Minorità è l’incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stessi è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro. *Sapere aude!* Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza - è dunque il motto dell’illuminismo”. Cfr. KANT, Immanuel. **Che cos’è l’illuminismo?**.

⁴⁰ Secondo Cartesio la formula latina *cogito, ergo sum* («penso, dunque sono») indica la certezza e l’evidenza immediata, intuitiva, con cui il soggetto pensante coglie la sua esistenza: come tale esso rappresenta il primo principio della filosofia. Cfr. CARTESIO, Renato. **Discorso sul metodo.** Traduzione di M. Garini. Roma-Bari: Laterza, 2007.

⁴¹ Cfr. KANT, Immanuel. **Che cos’è l’illuminismo?**.

⁴² “Grande e bello spettacolo veder l’uomo uscir quasi dal nulla per mezzo dei suoi propri sforzi; disperdere, con le luci della ragione, le tenebre in cui la natura l’aveva avvolto; innalzarsi al di sopra di se stesso.” Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discorsi.** Milano: Rizzoli, 2007.

⁴³ Cfr. KRAUS, Karl. **Detti e contraddetti.** Milano: Adelphi, 1992.

linguistico e storico tedesco si chiede: cosa c'è di nuovo nel tempo moderno?⁴⁴. Il termine in questione può indicare o la semplice constatazione che il nunc di ogni dato momento è nuovo oppure la pretesa qualitativa del tempo nuovo di essere nuovo nel senso di completamente diverso, o persino, migliore del tempo precedente. Inizialmente prevale il primo significato, in cui non interviene un riferimento a un periodo ben preciso, il secondo significato, accompagnato dalla coscienza dell'epoca, si afferma solo nell'Età dell'Illuminismo, quando, con la Rivoluzione Francese, acquista una forza d'urto politica e sociale senza pari. Il tempo nuovo suggerisce allora esperienze nuove, che prima non sono mai state fatte nello stesso modo, acquista un'enfasi che conferisce al nuovo il carattere temporale di un'epoca decisiva. Sia il progresso politico-sociale, sia quello tecnico scientifico trasformano i ritmi della vita umana in virtù dell'accelerazione distaccandoli dal tempo naturale: parlano il linguaggio della potenza. Soprattutto, si pongono lungo una linea sagittale e unidirezionale che conduce a un costante miglioramento, a un perfezionamento senza fine. Anzi il progresso si nutre del suo stesso non avere fine, del suo continuo avanzare verso un mondo migliore. Il futuro profetizzato si trasforma in un futuro pronosticabile, senza perdere di vista la salvezza finale, sebbene laicizzata: una miscela di prognosi razionale dell'avvenire e di certezza della futura salvezza entra così a costituire la filosofia del progresso. La lotta per il diritto è sempre in corso.

Di pari passo con il progresso cammina a ritroso, sempre secondo Koselleck⁴⁵, la temporalizzazione della storia. La storia è temporalizzata nel senso che grazie allo scorrere del tempo essa si trasforma nell'attualità di ogni momento dato e con una distanza crescente diventa passato: l'età moderna conferisce al passato nel suo complesso una qualità storica universale. La storia non è più indicata al plurale (Historie), ma con un singolare collettivo (Geschichte) che permette di elevarla a sistema. Non le si chiede più, dato per assodato il suo valore paradigmatico, cosa fare nei singoli casi, perché le circostanze mutano sempre e mutano troppo in fretta: ora le si domanda una visione d'insieme. Ma in che senso la storia tout court dei tempi moderni si distingue propriamente dalle storie molteplici dei tempi precedenti? Prima di tutto perché dopo tanto penare si è conquistata sul campo il titolo di unica e irripetibile, in secondo luogo perché rappresenta una totalità aperta verso un futuro di progresso.

⁴⁴ Cfr. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici.**

⁴⁵ Cfr. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici.**

Secondo Koselleck nell'età moderna la differenza tra esperienza e aspettativa aumenta in modo esponenziale o più esattamente l'età moderna può essere concepita come un tempo nuovo solo da quando le aspettative si sono progressivamente allontanate da tutte le esperienze fatte finora⁴⁵. I confini "dello spazio di esperienza" e "dell'orizzonte di aspettativa"⁴⁶ cominciano a divergere; a questo punto tutta l'esperienza precedente non è in grado di opporre obiezioni contro il carattere sostanzialmente nuovo e diverso del futuro.

Sempre da qui deriva la crisi della tradizione, l'esperienza del passato non può più insegnare nulla al futuro, viene meno la continuità di quel passaggio di consegne tra le generazioni che aveva garantito il sempre uguale del tempo immemorabile: Walter Benjamin ricollega tale processo alla "fine dell'esperienza"⁴⁷ per cui non si può più "sapere come andranno a finire le cose"⁴⁸. La caratteristica forse più evidente della modernità è, infatti, proprio la velocità delle modificazioni che investono l'ambiente sociale: se "la città si trasforma più rapidamente del cuore di un uomo"⁴⁹ l'esperienza non ha il tempo di sedimentare, viene meno la possibilità del consolidamento e della legittimità di un sapere tradizionale. È innegabile che "dove c'è esperienza nel senso proprio del termine, determinati contenuti del passato individuale entrano in congiunzione, nella memoria, con quelli del passato collettivo"⁵⁰. Perciò le difficoltà sono duplici: da un lato i singoli, bombardati da una serie infinita di chocs, non sono più colpiti in profondità dagli accadimenti, dall'altro non esiste più un quadro di riferimento comune che dia un senso ai loro vissuti. L'atrofia dell'esperienza è, dunque, in prima istanza la fine della tradizione. Ciò appare ancor più evidente dopo la Prima Guerra Mondiale, quando "una generazione che era andata a scuola col tram a cavalli si trovava sotto il cielo aperto, in un paesaggio in cui nulla era rimasto immutato fuorché le nuvole e, sotto di esse, in un campo di correnti ed esplosioni micidiali, il minuto e fragile corpo dell'uomo"⁵¹.

⁴⁵ Cfr. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici.**

⁴⁶ Cfr. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici.**

⁴⁷ Cfr. BENJAMIN, Walter. **Angelus Novus.** p.235. Cfr. JEDLOWSKI, Paolo. **Memoria, esperienza e modernità.** Milano: Franco Angeli, 1989. In particolare, Paolo Jedlowski chiarisce il significato di esperienza distinguendo fra "esperienza accumulata" (l'esperienza che ha bisogno di tempo, frutto del sedimentare di contenuti nella memoria e il loro ritornare come autocoscienza) e "esperienza vissuta" (esperienza come percezione attuale, puntuale, come presentazione della coscienza di un contenuto qualsivoglia).

⁴⁸ BENJAMIN, Walter. **Angelus Novus.** cit., p.235.

⁴⁹ Benjamin cita così le parole di Baudelaire in un testo dedicato a Franz Hessel, "Il ritorno del flâneur": BENJAMIN, Walter. **Critiche e recensioni.** Torino: Einaudi, 1979, p.129.

⁵⁰ BENJAMIN, Walter. **Angelus Novus.** cit, p. 91.

⁵¹ BENJAMIN, Walter. **Angelus Novus.** cit, p.235-6.

Solo l'infinito e la finitudine estrema rimangono immutabili: tutto il resto cambia, ecco perché, su invito di Budelair, cercare "il poetico nello storico e l'eterno nel transitorio"⁵². Anche Hannah Arendt ci avverte che "perdendo la tradizione abbiamo perduto il filo che ci guidava sicuri nel vasto dominio del passato ma questo filo era anche la catena che vincolava ogni generazione successiva a un determinato aspetto del passato"⁵³.

È sempre Benjamin a porre il tema della fine dell'esperienza in connessione con la decadenza dell'arte del narrare⁵⁴. Laddove i contenuti della tradizione non valgono più, ciò che è stato vissuto non può essere espresso e forse neppure compreso nel linguaggio della cultura disponibile. Va sottolineato che Lyotard⁵⁵ parla del post-moderno proprio come fine delle grandi narrazioni.

Che ruolo assegnare allora al diritto se abbiamo rifiutato l'autorità del passato e abbiamo così perduto, come ci ricorda Hannah Arendt,

"le fondamenta del mondo, che in effetti da allora ha cominciato a spostarsi, a cambiare, modificandosi con sempre crescente rapidità in forme diverse, sì che noi oggi ci troviamo alle prese con un universo proteiforme, dove in ogni momento tutto può trasformarsi in qualsiasi altra cosa"⁵⁶?

Torna la rapidità tanto cara a Calvino. Un diritto che voglia affrontare le sfide del futuro non deve rincorrere i cambiamenti sociali e nutrirsi solo di velocità. Aspirare alla perfezione, come nel disegno del granchio tracciato da Chuang-Tzu⁵⁷, richiede tempo e il tempo del diritto da sempre non sopporta lacci e costrizioni: rapidamente traccia un segno nella società che lo produce e da questa è, a sua volta, segnato.

⁵² "Il s'agit, pour lui, de dégager de la mode ce qu'elle peut contenir de poétique dans l'historique, de tirer l'éternel du transitoire"
Cfr. BAUDELAIRE, Charles. **Il pittore della vita moderna**.

⁵³ ARENDT, Hannah. **Tra passato e futuro**. Bologna: Garzanti, 2011, p.133.

⁵⁴ "L'arte di narrare si avvia al tramonto...E' come se fossimo privati di una facoltà che sembrava inalienabile, la più certa e sicura di tutte: la capacità di scambiare esperienze...Non si era visto alla fine della guerra che la gente tornava dal fronte ammutolita, non più ricca ma più povera di esperienza comunicabile?". Cfr. BENJAMIN, Walter. **Il narratore**, in **Angelus Novus. Saggi e frammenti**.

⁵⁵ Cfr. LYOTARD, Jean François. **La condizione postmoderna**. Milano: Feltrinelli, 1981.

⁵⁶ ARENDT, Hannah. **Tra passato e futuro**. p.134.

⁵⁷ Cfr. CALVINO, Italo. **Lezioni Americane**. Milano: Mondadori, 2000.

RAPIDITÀ E LIBERALIZZAZIONI

Antonio Vincenzo Castorina¹

1. INTRODUZIONE

Fra le lezioni americane di Calvino, si è scelto di soffermarsi sulla “rapidità”, verificandone le possibili relazioni con il diritto amministrativo e le più recenti istanze di liberalizzazione cui, soprattutto negli ultimi anni, è stato chiamato a rispondere.

La rapidità cui si riferisce Calvino, non deve essere intesa come velocità, ossia come una rincorsa contro il tempo ma, come agilità, mobilità e disinvoltura.

La rapidità di Calvino si pone come strumento idoneo a trasmettere la dimensione temporale al lettore in modo corretto, lasciando spazio anche a specificazioni o digressioni. È lo stesso Calvino, infatti ad ammettere che, in un certo periodo della sua attività, si è sentito attratto dalle favole proprio per l’economia, il ritmo e la logica essenziale con cui venivano raccontate.

In un’epoca moderna, caratterizzata specialmente nel nostro Paese da periodi di inerzia legislativa seguiti da alluvioni legislative, spesso provocate da avvenimenti di carattere politico o sociale piuttosto che una reale programmazione, occorre interrogarsi se la rapidità che Calvino suggerisce sia un valore ed un obiettivo da tenere in considerazione nel diritto moderno. Occorre, in altri termini, interrogarsi se, a fronte di un diritto di grande quantità, che coinvolge l’attività del singolo cittadino in taluni casi in modo ingombrante, possa tornarsi a valorizzare una “rapidità legislativa” non come tempestività ma come maggiore qualità del diritto.

Prendendo spunto dalle “Lezioni americane” ci si interroga se la proposta di rapidità per il nuovo millennio possa essere estesa alle risposte legislative alle crescenti istanze di liberalizzazione, quale rimedio in grado di affrancare il nostro Paese da quel ruolo di “ultimo della classe” molto spesso attribuito in ambiti strategici.

Tale aspetto sembra essere presente nel diritto amministrativo, in cui la necessità di una maggiore chiarezza e semplicità rappresenta il motivo conduttore degli ultimi anni; infatti

¹ Dottorando di ricerca in Diritto pubblico presso l’Università degli studi di Perugia.

eliminare il controllo preliminare e mantenerlo solo ove ritenuto necessario, significa valorizzare i casi in cui l'esercizio del potere preventivo è opportuno: in altri termini ciò che si pone in evidenza è il rapporto tra libertà e autorità.

La rapidità, definita dall'autore come una tecnica di distribuzione del tempo differenziata, trova quindi spazio anche nel diritto, specialmente in quello amministrativo, in cui l'attenzione per il tempo del procedimento ha sempre ricoperto un ruolo essenziale.

Il legislatore italiano ha risposto alle domande di liberalizzazione con una velocità normativa che contrasta con l'idea di rapidità di Calvino. La liberalizzazione passa attraverso delle regole chiare e semplici che, azzardando il paragone, rispettano quell'economia, ritmo e logica delle fiabe. L'obiettivo dello studio sarà quindi verificare se queste caratteristiche di rapidità siano presenti nelle recenti riforme di liberalizzazione o se, al contrario, si assiste solo ad una velocità legislativa di scarsa efficacia.

2. IL CONCETTO DI LIBERALIZZAZIONE

Nell'epoca moderna spesso si assiste ad un uso confuso delle formule linguistiche liberalizzazione, semplificazione, delegificazione e privatizzazione; tuttavia, benché sia possibile che tali concetti in parte possano coincidere, occorre precisare che in realtà nascondono contenuti variegati e non sempre uniformi. Inoltre, nel contesto storico ed economico attuale, non si può non tenere in considerazione l'elemento della crisi economica, che induce gli Stati nazionali a mutare le politiche protezionistiche in favore di tendenze a liberalizzare.

Al fine di comprendere, pertanto, cosa si intenda per liberalizzazione, occorre muovere le prime osservazioni dalla nozione di semplificazione, in quanto, come si vedrà in seguito, è da quest'ultimo aspetto che sono state elaborate le prime distinzioni.

Rappresenta opinione diffusa che l'esigenza di semplificazione investa tanto il settore normativo, spesso connotato da un insieme di norme aventi differente origine storica e politica, quanto l'azione amministrativa che si manifesta anche attraverso l'imposizione di determinati adempimenti al cittadino che intende rapportarsi con la pubblica amministrazione.

L'ambito in cui la semplificazione opera è quindi particolarmente ampio; più nello specifico nella semplificazione amministrativa può distinguersi la semplificazione del profilo organizzatorio e

la semplificazione procedimentale. È bene, tuttavia, non confondere la semplificazione con il divieto di aggravare il procedimento; nonostante comporti un alleggerimento del procedimento dal punto di vista del privato, esso non corrisponde a una riduzione dell'attività amministrativa, la quale può, in linea di principio, dover condurre una istruttoria più articolata proprio alla luce del minor onere richiesto al privato.

Qualora l'azione di semplificazione sia rivolta a ridurre il numero delle fonti di rango legislativo, sarà opportuno parlare di delegificazione. Occorre tuttavia chiarire che tale tipo di semplificazione non comporta necessariamente una semplificazione del procedimento, infatti ciò dipende dalle modalità di formulazione della norma. In tal senso, a titolo esemplificativo, occorre ricordare che la legge 127 del 1997, rivolta allo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo, all'art. 17 si compone di 138 commi attinenti ad aspetti difformi tra loro, sicché è possibile comprendere che, anche qualora le fonti normative che regolano l'attività amministrativa siano ridotte, la finalità di semplificazione si ottiene mediante la chiarezza e non contraddittorietà delle norme piuttosto che con la mera riduzione del numero di fonti legislative.

A complicare tale aspetto, si aggiunge la costante prassi utilizzata dal legislatore di utilizzare i medesimi termini con riferimento a situazioni eterogenee. La frammentazione della disciplina legislativa costituisce, quindi, un ostacolo da superare per un più razionale contesto normativo fruibile agevolmente anche dal singolo cittadino.

Ben distinta dalla delegificazione è invece il concetto di privatizzazione, il quale attiene alla riduzione dell'ambito soggettivo della pubblica amministrazione. Il legislatore infatti nel riordinare gli enti pubblici semplifica e favorisce l'ingresso di privati nella gestione dei servizi pubblici.

Occorre, dunque, chiarire in modo puntuale cosa si intenda per semplificazione.

Nonostante sia stato osservato che con il termine semplificazione si possano ricomprendere le ipotesi in cui viene eliminato il potere amministrativo, che si esprime spesso mediante l'adozione del provvedimento amministrativo, è stato autorevolmente ritenuto² che la semplificazione comporti più semplicemente una diversa allocazione o modalità di esercizio del potere. Nella prima ipotesi dovrebbe quindi più ragionevolmente parlarsi di eliminazione

² CASETTA, Elio. **La difficoltà di semplificare**. in *Dir.amm.*, 1998, p. 335.

dell'azione amministrativa.

Seguendo tale impostazione l'ambito di indagine delle semplificazioni può allora ricomprendere sia le disposizioni che prevedono un esercizio preventivo del potere, ossia le ipotesi sottoposte ad un regime autorizzatorio, sia talune scelte di liberalizzazione.

A bene vedere in questa ultima ipotesi il potere amministrativo non è eliminato, ma è spostato nel tempo, infatti il potere autorizzatorio viene sostituito con un potere di controllo successivo. Tale modifica del momento dell'esercizio del potere può risultare quindi un impulso alla semplificazione, permettendo al privato di accedere immediatamente all'utilità a cui aspira, stante il necessario controllo da parte della p.a.

Occorre chiarire, tuttavia, che affinché tale misura sia realmente effettiva serve chiarezza sulle ipotesi in cui sia possibile tale arretramento temporale del potere. L'individuazione dell'insieme delle ipotesi cui le misure dirette a semplificare si riferiscono, spesso vengono rimandate alle fonti regolamentari. Tale tecnica, da non confondere con la delegificazione, attribuisce alla fonte di rango legislativo il compito di individuare i principi cui il Governo dovrà attenersi attraverso l'emanazione di regolamenti. Questi ultimi, infatti, sono spesso annoverati quali strumenti di semplificazione, in quanto prevedono eventuali procedimenti di modifica più flessibili rispetto alla fonte primaria.

Spostando l'attenzione alla legge sul procedimento amministrativo, notiamo come il capo IV è dedicato alla semplificazione dell'attività amministrativa. Giova notare come, in realtà, gli istituti presenti siano eterogenei; infatti è disciplinato, tra gli altri, l'istituto della conferenza dei servizi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni, l'autocertificazione, la scia e il silenzio assenso. Il comune denominatore tra istituti creati per finalità differenti è, oltre alla semplificazione del procedura rispetto a quella preesistente, l'esigenza di raggiungere il risultato che la norma sottointende, indipendentemente dai possibili ostacoli che possono riscontrarsi durante il procedimento amministrativo.

La presenza di tali resistenze derivano dalla stessa organizzazione della pubblica amministrazione, la quale spesso risulta inadeguata a rispondere alle esigenze dei cittadini. Per tali ragioni è stato generalizzato l'istituto del silenzio assenso, ribaltando quella che in passato era vista come una ipotesi eccezionale. Nella stessa ottica si collocano le ipotesi in cui la p.a. può procedere anche in assenza del parere di una pubblica amministrazione o ancora le previsioni che

spostano il potere amministrativo in un momento successivo, consentendo il raggiungimento repentino del bene della vita a cui il privato tende.

Il principale elemento da tenere in considerazione nelle politiche di semplificazione è la duplice connotazione o, in altri termini, le “due anime” che caratterizzano l’attività amministrativa, la prima orientata al risultato e la seconda attenta a esigenze di carattere pubblicistico quali la partecipazione e la trasparenza. Ovviamente non si intende negare la necessità degli istituti rivolti a permettere al cittadino di non essere mero spettatore dell’azione amministrativa, ma occorre sottolineare come la difficoltà incontrata dal legislatore si fonda anche sul difficile bilanciamento tra interessi i quali possono trovare punti di scontro.

Il ruolo dell’amministrazione, attraverso l’aumento delle misure di semplificazione, muta; si registra infatti il passaggio da ruolo di mediatore tra gli interessi coinvolti a struttura responsabile di far conseguire il risultato.

Tanto premesso, è necessario rilevare che accanto al tema delle semplificazioni è iniziato ad emergere, benché in maniera molto timida, il dibattito sulle liberalizzazioni.

In origine, il panorama di riferimento era particolarmente limitato, in quanto si poteva trovare riscontro solo in ipotesi circoscritte, quali ad esempio l’art. 19 della L. 241/1990.

Tra i temi su cui si discuteva, ruolo centrale ricopriva il dibattito circa la natura della posizione soggettiva del cittadino che intendesse svolgere una attività liberalizzata e la natura della speculare situazione giuridica dell’amministrazione che ostacolava la prosecuzione dell’attività. In entrambi i casi il confronto si fondava sulla qualificazione di tali situazioni giuridiche come diritto soggettivo.

Un secondo tema oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina è stato la qualificazione del termine previsto dall’art. 19 della L. 241/1990 come perentorio o ordinatorio. In altri termini ci si domandava se l’amministrazione, scaduti i termini per poter esercitare i propri poteri di controllo, avesse esaurito o meno il proprio potere.

Ultimo aspetto, il quale ricopre tuttavia particolare rilevanza, riguardava la tutela del terzo. È stato rilevato, infatti, che un sistema che subordini l’accesso ad una determinata attività all’emanazione di un provvedimento amministrativo, consente al privato che si ritiene leso da suddetto provvedimento di poterlo impugnare. Al contrario, qualora manchi un provvedimento

amministrativo, si apre il dibattito circa l'affievolimento della tutela del terzo e i possibili rimedi apprestati dall'ordinamento.

Richiamati gli aspetti più salienti dei vari dibattiti dottrinali, è possibile quindi trarre le due impostazioni ideologiche di fondo: vi era dunque, da un lato, chi riteneva, con riferimento all'art. 19, che le misure di liberalizzazione fossero in realtà un atto di autoamministrazione, riconducendo quindi tale fenomeno nella sfera dell'attività amministrativa, e, dall'altro, chi faceva coincidere la liberalizzazione con la privatizzazione, ossia il superamento del regime amministrativo di una certa attività. Entrambe le radicali impostazioni non possono, tuttavia, essere accettate in quanto si rischia, da una parte, di non ammettere attenuazioni al regime provvedimentale e, dall'altra, di ridurre al mero provvedimento l'attività amministrativa.

La corretta lettura del fenomeno trova, dunque, una soluzione nel punto di incontro tra le due tesi esposte: attraverso le liberalizzazioni si permette la libertà di accesso ad una determinata attività, nel senso che non è più previsto un regime autorizzatorio, ma allo stesso tempo non scompare l'attività amministrativa³. In altri termini l'assenza del provvedimento non travolge i limiti e le condizioni per l'esercizio dell'attività stessa.

Perché si possa parlare di liberalizzazione non basta, tuttavia, che il regime del provvedimento amministrativo abilitativo sia eliminato, con la conseguenza che gli adempimenti siano rimessi esclusivamente al privato, ma è necessario che tale struttura sia estesa ad un numero ampio di ipotesi. In caso contrario, come avvenuto per l'art. 19, circoscrivere tale strumento solo ad alcuni settori, non significa liberalizzare. Ciò che si liberalizza è quindi non un procedimento specifico ma un'attività, quindi l'accesso al mercato. Il fondamento della liberalizzazione è quindi non il raggiungimento di un risultato finale, ma la riforma che l'ordinamento prevede per ottenere un determinato risultato attraverso strumenti maggiormente dinamici.

Il termine liberalizzazione, designa quindi il venir meno di alcune condizioni inerenti il titolo legittimante una determinata attività, il che non significa eliminare le prescrizioni previste per una determinata attività in quanto, tentando di trasportare sul piano pratico quanto detto, significherebbe ammettere che le autorizzazioni edilizie sfuggano al piano regolatore generale.

³ TRAVI, Aldo. **Le liberalizzazioni**. in **Riv. tri. dir. Pubb.**, 1998, p. 645.

Occorre precisare che il residuo potere in capo all'amministrazione, non è solo quello di stabilire i criteri generali o regole sostanziali, ma altresì si manifesta nel compito di controllare l'osservanza delle regole. In tale contesto si è collocata la questione, precedentemente accennata, relativa alla qualificazione come ordinatorio o perentorio del termine entro cui l'amministrazione può intervenire per reprimere l'attività.

Chiarito ciò, è ora possibile desumere con maggiore facilità i rapporti tra liberalizzazione e semplificazione. Si è spesso affermato che l'art. 19 sia una misura di semplificazione, in quanto rappresenta l'eliminazione degli adempimenti il cui costo, in termini di attività amministrativa sia giustificato da altrettanta utilità sociale. La liberalizzazione sembra quindi, superando la necessità di un provvedimento abilitativo, una tipologia di semplificazione. Bisogna tuttavia fare chiarezza su due significati che, nonostante possano in parte coincidere, devono essere tenuti ben distinti.

La semplificazione amministrativa, infatti, ha il fine di rendere più chiare e semplici le relazioni con il cittadino, al contrario della liberalizzazione che mira a garantire un accesso immediato ad una determinata attività. A bene vedere, tuttavia, talune misure di liberalizzazione necessitano di una formulazione semplice e di immediata percezione. In altri termini si afferma che il privato, a fronte di una attività liberalizzata ma oscura, preferisce optare per una procedura che richieda l'emanazione di un provvedimento amministrativo benché più complessa e più costosa sia per la p.a. che per il cittadino stesso. Si nota quindi come la liberalizzazione necessita della semplificazione in quanto, a contrario, si rischia di ottenere il risultato opposto a quello ricercato dalla volontà di liberalizzare.

3. I METODI DI LIBERALIZZAZIONE

Il fenomeno delle liberalizzazioni trova la sua principale spinta nella rivalutazione del primato delle libertà economiche in luogo dell'intervento pubblico. L'applicazione del principio di concorrenza ha quindi condotto in primo luogo alla reconsiderazione dei monopoli statali e successivamente all'abbattimento dei regimi autorizzatori.

Con riferimento al primo aspetto, la liberalizzazione del mercato è quindi derivata dall'estromissione di determinate attività dal novero dei servizi di interesse economico generale che, in quanto tali, si collocano in un punto intermedio tra attività economiche, da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo, e attività non

economiche, da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale e di equità redistributiva.

In tal senso, a titolo esemplificativo, è possibile ricordare la l. n. 84/1994 che ha introdotto la distinzione tra servizi portuali di interessi generali soggetti a concessione e operazioni portuali come il carico, lo scarico e il trasporto delle merci, soggetti ad autorizzazione.

Medesime riflessioni si possono svolgere anche per i servizi non rientranti nel servizio pubblico universale, soggetti a regime autorizzatorio.

Ulteriore tecnica utilizzata è la distinzione all'interno dello stesso servizio universale tra servizi riservati e servizi non riservati; questi ultimi vengono sottoposti ad un regime autorizzatorio.

Accanto alla rottura dei monopoli è tuttavia necessario rilevare un altro aspetto, ossia la riduzione della discrezionalità della pubblica amministrazione nell'accesso al mercato. In altri termini, come precedentemente evidenziato, il ruolo della p.a. assume sfumature differenti, in quanto non è più chiamata a ponderare gli interessi, ma ad accertare la presenza dei requisiti predeterminati dalla legge per l'accesso allo specifico settore del mercato. La valutazione circa l'opportunità dell'ingresso di un dato operatore nel mercato nazionale esula dai compiti della pubblica amministrazione, essendo tale giudizio rimesso al libero mercato.

4. IL CONTROLLO PUBBLICO DELLE ATTIVITÀ PRIVATE

Il dato normativo da cui muovere le prime osservazioni è l'art. 41 della Costituzione, il quale sancisce il principio della libertà di iniziativa economica. È altresì chiarito al comma secondo che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo tale da recare danno alla sicurezza e alla dignità umana, sicché, come specifica il terzo comma, la legge determina i controlli perché l'attività possa essere coordinata ai fini sociali.

La norma, costituendo la fonte normativa da cui traggono origine i controlli amministrativi per l'accesso a mercato, non indica però l'intensità e le forme di controllo previste, rimettendo alla legge la specificazione di tale aspetto.

Volendo brevemente accennare a ciò si dirà in seguito, tale attività di controllo mostra un graduale cambiamento. In altri termini si assiste, nel conflitto tra libertà e autorità, a un

affievolimento della presenza pubblica, da intendersi nella duplice veste di deregolamentazione e diversa collocazione temporale del potere pubblico.

Si assiste, quindi, al moltiplicarsi dei moduli pubblicistici volti ad incidere sulla libertà privata in modo più o meno incisivo: distinguiamo quindi autorizzazioni, dichiarazioni con funzione legittimante e segnalazioni.

Riprendendo la ricostruzione operata da Raneletti⁴, l'autorizzazione è l'atto mediante il quale si determina la rimozione dei limiti legali posti alla libera attività individuale per ragioni di ordine pubblico. La tesi muove dalla qualificazione della situazione giuridica del privato in termini di diritto, il cui esercizio è tuttavia subordinato alla previa verifica da parte dell'amministrazione della compatibilità con l'interesse pubblico.

L'autorizzazione si contrappone inoltre alle concessioni amministrative, in cui l'effetto ampliativo della sfera giuridica del richiedente è compiuto mediante l'attribuzione di nuovi diritti.

Il sistema autorizzatorio si è tuttavia dovuto confrontare con il riconoscimento delle libertà economiche, legato alla primazia del diritto comunitario. La regolamentazione pubblica dell'iniziativa privata è divenuta quindi recessiva, senza tuttavia coinvolgere la funzione di controllo della p.a..

L'aspetto più significativo è la riduzione dei poteri di discrezionalità e la conseguente predeterminazione in via generale della cura dell'interesse pubblico in sede normativa. Le nuove prerogative riconosciute al privato hanno, quindi, spostato il momento della valutazione degli interessi dal campo amministrativo a quello legislativo, con la conseguenza che l'amministrazione ha assunto la funzione di verificatore dei presupposti già predeterminati dalla legge.

Alla luce di tale trasformazione si spiega quindi l'incremento delle ipotesi soggette a dichiarazione o segnalazione in luogo dell'autorizzazione, ciò risulta il naturale percorso tracciato dall'alleggerimento del controllo pubblico delle attività private. Stabiliti i requisiti per l'accesso ad una determinata attività risulta, perciò, eccessivamente gravoso per il privato e per la pubblica amministrazione l'esercizio del potere autorizzatorio. Più agevole e rispondente alle indicazioni comunitarie è quindi una produzione automatica degli effetti. L'esercizio puntuale del potere è, dunque, riservato alle sole ipotesi in cui, in base alla tipologie di interesse in gioco, risulta

⁴ RANELLETTI, Oreste. **Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative.** in Giur. it., 1894, IV, p. 31.

necessario⁵. Tale lettura è conforme al principio di proporzionalità, il quale deve essere applicato anche ai mezzi adoperati dalla pubblica amministrazione, sicché in talune ipotesi determinate, in cui non occorre un puntuale provvedimento autorizzatorio, si ritiene preferibile lo strumento dichiarativo. Finalità di tali interventi non è ovviamente l'abdicazione della funzione pubblica, ma il tentativo di migliorare, sia per l'utente che per l'amministrazione, la qualità della regolamentazione.

In tale ottica si colloca la disciplina attuale dell'art. 19 della L. 241/1990 ossia la SCIA.

Se si tratti di reali forme di liberalizzazione dipende dal tipo di definizione che intendiamo accogliere. Per ricomprendere tali istituti nella più ampia nozione di liberalizzazione, occorre quindi includere anche il passaggio da un regime di controllo ex ante ad un regime ex post. E' stato tuttavia osservato⁶ che la corretta qualificazione dovrebbe probabilmente essere di semplificazione, in quanto l'istituto comporta l'esercizio di un'attività amministrativa, sostituendo un regime autorizzatorio con un altro più semplificato.

Il principale elemento differenziale rispetto alla dia attiene al meccanismo attraverso cui si legittima il privato ad intraprendere l'attività oggetto della segnalazione.

In precedenza, si prevedeva, infatti, che il privato dovesse dichiarare l'inizio dell'attività, attendere il decorso di trenta giorni e comunicare l'inizio dell'attività decorsi i trenta giorni. La pubblica amministrazione, per i trenta giorni decorrenti dalla seconda comunicazione, poteva adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività intrapresa e di rimozione dei suoi effetti in caso di accertata carenza e dei presupposti.

La SCIA, invece, consente in modo più rapido di iniziare l'attività, la quale potrà avere inizio immediatamente dopo la segnalazione. Grava tuttavia a carico del privato un più significativo onere di documentazione. Nei sessanta giorni dalla SCIA la p.a. potrà intervenire vietando la prosecuzione dell'attività rimuovendone gli effetti, è mantenuto tuttavia il potere di intervenire in autotutela ex art. 21 quinquies e nonies della L. n. 241 del 1990, decorso il termine di sessanta giorni.

Il quadro della SCIA si complica tuttavia qualora si faccia riferimento alla SCIA in materia

⁵ MAZZAMUTO, Marco. **La riduzione della sfera pubblica**. Torino: Giappichelli, 2000, p.136 ss..

⁶ BARTOLINI, Antonio. **La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie**. in www.giustamm.it.

edilizia. Riassumendo a grandi linee il quadro normativo, testo unico edilizia d.p.r. 180/ 2001, si può distinguere tra la SCIA e la SUPER DIA: la SCIA sostituisce la DIA «classica», ossia quella definita in via residuale rispetto agli interventi che rientrano nell'attività edilizia libera e a quelli che presuppongono il rilascio del permesso di costruire, applicandosi, dunque, il modello di cui all'art. 19 l. proc. amm., con la precisazione che il termine per l'esercizio del potere inibitorio è ridotto a 30 giorni (e salve alcune ulteriori particolarità qualora la zona sia sottoposta a vincolo); la SUPER DIA, ossia la DIA utilizzata in sostituzione del permesso di costruire nelle ipotesi e alle condizioni prefigurate dal testo unico (tendenzialmente nei casi di pianificazione attuativa sufficientemente dettagliata) e che a loro volta possono essere ampliate o ridotte dalle regioni utilizza, invece, il modello procedurale di cui al testo unico edilizia e, in particolare, l'attività può essere intrapresa solo decorsi 30 giorni dalla denuncia.

Il descritto ambito applicativo è inoltre complicato dal d.l. 69/2013 , il quale ha introdotto il silenzio assenso in edilizia proprio con riferimento agli interventi subordinati a permesso di costruire. Il soggetto interessato a svolgere un certo intervento (perlomeno in alcuni casi) si troverebbe nell'alternativa tra presentare una SUPER-DIA e aspettare trenta giorni per iniziare l'attività, oppure richiedere il permesso, attendere lo spirare del termine di conclusione del relativo procedimento (90 giorni) e iniziare l'attività.

La super-dia può essere, quindi, utilizzata in sostituzione del permesso di costruire che però, a sua volta, è di per sé sostituito dal silenzio assenso.

In definitiva, le facilitazioni che derivano dal regime in esame rischiano di essere vanificate dalla coesistenza di atti privati e titoli abilitativi: questa alternatività può generare confusione circa l'individuazione del regime che riguarda l'opera da realizzare⁷. Ulteriori perplessità attengono al potere di autotutela: in queste ipotesi il potere si esprime non con riferimento a un potere già manifestato mediante l'adozione di un provvedimento, bensì al potere inibitorio non esercitato entro il termine stabilito, con la conseguenza che il privato resta esposto a una situazione d'incertezza *sine die*.

Rispetto a tale metodo di liberalizzazione, i tempi sembrano ormai maturi per un cambiamento. Il legislatore sembra aver optato per una scelta più radicale, che consiste nella totale eliminazione del potere amministrativo, non solo ex ante, ma anche ex post. Il privato, al

⁷ CUDIA, Chiara. **Scia e Dia in edilizia**. in www.giustamm.it

fine di svolgere la propria attività non è quindi tenuto neanche a quel preventivo contatto con l'Amministrazione

La dia viene collocata da questi più recenti interventi legislativi nell'ambito delle attività che rimangono comunque sottoposte a regime amministrativo.

In tal senso si colloca il comma 6 dell'art. 34 del c.d. decreto Salva Italia: a seguito del comma 4 che prevede l'eccezionalità del regime autorizzatorio, il comma 6 specifica che nel caso in cui ricorrano le condizioni per mantenere il regime autorizzatorio, la regola è la d.i.a..

Allo stesso modo significativo è l'art. 17 d.lgs. n. 59 del 2010, attuativo della c.d. direttiva Bolkestein, in materia di liberalizzazione dei servizi professionali, il quale prevede che per le attività che rimangono sottoposte ad autorizzazione, ai fini del rilascio del procedimento autorizzatorio, si segue il procedimento di cui all'art. 19, comma 2, legge n. 241 del 1990. E' evidente, quindi, la tendenza a considerare la d.i.a. un titolo autorizzatorio minore⁸.

L'esigenza di arretrare il potere pubblico muove dalla constatazione che una delle principali difficoltà incontrate dalle imprese nell'accesso alle attività di servizi e nel loro esercizio "è rappresentato dalla complessità, dalla lunghezza e dall'incertezza giuridica delle procedure amministrative"⁹. Da ciò la spinta a limitare i regimi di autorizzazione ai casi in cui essi sono indispensabili, al fine di eliminare i ritardi, i costi e gli effetti dissuasivi. La direttiva Bolkestein impone quindi un regime generale più flessibile, ammettendo il regime autorizzatorio solo necessario e nella misura meno pervasiva possibile. Affinché si possa sottoporre ad un controllo preventivo una determinata attività occorre, quindi, che il regime non sia discriminatorio nei confronti del prestatore che sia presente un motivo imperativo di interesse e che l'obiettivo perseguito non possa essere conseguito tramite una misura meno restrittiva. È inoltre interessante notare come a livello europeo, ciò che nel nostro ordinamento è stato definito uno strumento di liberalizzazione viene inteso come una forma di autorizzazione. È poi il caso di precisare che, secondo la definizione di autorizzazione contenuta ai sensi dell'art. 4, par. 6, costituisce regime di autorizzazione "qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio".

⁸ GIOVAGNOLI, Roberto. **Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela.** in www.jusforyou.it

⁹ Direttiva 2006/123/Ce, cons. 43.

Il considerando 39 specifica inoltre che “L’autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell’autorità competente o dal fatto che l’interessato debba attendere l’avviso di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l’attività o affinché quest’ultima sia legittima”. Fuori dalla categoria, più o meno ampia, dei regimi autorizzatori rimane però la SCIA, la quale permette l’accesso immediato all’attività. Come evidenziato non mancano, tuttavia, anche in questo caso i problemi in merito all’ambito di applicazione dell’istituto, sicché la forte portata di interventi volti alla liberalizzazione rischia di svuotarsi.

Tornando quindi alla proposta di Calvino per il nuovo millennio, sembra potersi affermare che la rapidità, intesa come immediatezza del significato e non come mera velocità normativa, rappresenta oggi un obiettivo lontano da raggiungere per il legislatore italiano.

I canoni di agilità, mobilità e disinvoltura sembrano, quindi, sovrastati da un ingombrante legislazione.

TEMPO E DIRITTO: ALCUNE CONSIDERAZIONI A PROPOSITO DELLA TUTELA CIVILE DEI DIRITTI NELL'EPOCA DELLA GLOBALIZZAZIONE

Carlo Vittorio Giabardo¹

1. TEMPO E DIRITTO, TEMPO E PROCESSO: PREMESSA E DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE

Se il processo di globalizzazione - e quindi la crisi della territorialità - ha imposto al giurista di ripensare i luoghi (o i *non-luoghi*) del diritto, ossia la relazione delle norme con lo spazio fisico globale, privo (o quasi) di confini, e lo ha quindi costretto a confrontarsi con lo *s-confinamento* e la dislocazione dei diritti², minor attenzione è stata riservata alle conseguenze giuridiche di quell'altrettanto enorme cambiamento di paradigma che ha subito la nozione e il modo di concepire il tempo³ (anch'esso parte del più vasto movimento di globalizzazione, e intimamente legato all'abolizione delle distanze⁴), e di cui la sociologia è, come si vedrà, la principale indagatrice⁵.

Eppure, nella generalità dei suoi infiniti risvolti (giuridici, filosofici, politici, sociali, storici, ecc.), di certo, il rapporto tra diritto e tempo è stato uno tra i binomi più complessi, controversi, e

¹ Dottorando di ricerca in Diritto, Persona e Mercato presso l'Università degli Studi di Torino.

² Chi ha posto il problema è stato, innanzitutto, IRTI, Natalino. **Norma e luoghi. Problemi di geo – diritto**. Roma – Bari: Laterza, 2001. V. poi GALGANO, Francesco. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2005 e FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale**. Roma – Bari: Laterza, 2006 (in precedenza, v. anche FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale**. Bologna: Il Mulino, 2000). In un'ottica prevalentemente giuspubblicistica, CASSESE, Sabino. **Lo spazio giuridico globale**. Roma – Bari: Laterza, 2003; CASSESE, Sabino. **Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato**. Torino: Einaudi, 2009. Per la valorizzazione, comunque, delle diversità, o delle diverse «immagini» che la legge reca ancora con sé, MONATERI, Pier Giuseppe. **Geopolitica del diritto**. Roma – Bari: Laterza, 2013 e MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge. Sovranità e governo del mondo**. Torino: Bollati Boringhieri, 2014.

³ La constatazione (tutt'ora attuale) risale a FERRARESE, Maria Rosaria. **Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni**. Bologna: Il Mulino, 2002. V. anche FERRARESE, Maria Rosaria. **L'intertemporalità e i tempi vari del mondo giuridico globale**. In ALPA, Guido, ROPPO, Vincenzo (cur.). **La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà**. Roma – Bari: Laterza, 2013. p. 332 – 349.

⁴ Che tempo e spazio siano due entità interdipendenti, e che i mutamenti dell'uno si riflettano sull'altro, è noto; di «compressione spazio-temporale» dovuta alla globalizzazione, parlava già HARVEY, Daniel. **The Condition of Postmodernity**. Oxford: Blackwell, 1989.

⁵ Oltre alle opere citate *infra*, v., fin da ora, LECCARDI, Carmen. **Sociologie del tempo**. Roma – Bari: Laterza, 2009 (che ricorda anche come esistano intere riviste scientifiche specializzate nel rapporto tempo e società); GASPARINI, Giovanni. **Tempi e ritmi nella società del Duemila**. Bologna: Franco Angeli, 2009.

indagati di tutti i tempi; tant'è che sembra davvero difficile, a proposito, non solo dire qualcosa di nuovo, ma anche ricostruire le linee del lungo dibattito⁶. Quello che però sembra ora più necessario, è soffermare l'attenzione su come il profondo mutamento delle pratiche temporali della nostra epoca abbia anche cambiato il modo di intendere la funzione e il ruolo assegnata al diritto nel governo delle nostre vite, da quello di regolatore dell'esistenza a quello, per così dire, di *mero ratificatore* di fenomeni che sembrano essersi verificati *altrove*, sempre più veloci e sfuggenti.

Nell'intento di circoscrivere l'ambito d'indagine, la relazione tempo/diritto sarà trattata prevalentemente dal punto di vista della tutela giurisdizionale, e quindi del processo civile; tale scelta di giustifica per il fatto che il processo - per il suo dipanarsi necessariamente nella dimensione temporale, per essere il fenomeno giuridico dinamico *par excellence* (la parola processo deriva, infatti, da *procedere*, avanzare) - può essere considerato un punto d'osservazione privilegiato (seppur parziale) da cui indagare i nessi tra tempo e diritto. Si può dire, in un certo senso, che il processo sia una sorta di "cartina di tornasole" o di "cassa di risonanza" per saggiare - con particolare riferimento alla situazione italiana, ma con esiti facilmente generalizzabili ad altre esperienze giuridiche - alcune ripercussioni giuridiche della riconfigurazione del c.d. orizzonte temporale della vita sociale e istituzionale.

2. (SEGUE). UNA PROSPETTIVA SOCIOLOGICA

Anche in questo caso, però, la vastità dei temi che variamente si ricollegano alla relazione tempo/processo e la molteplicità di angolature, anche molto diverse tra loro, dalle quali è possibile affrontare il problema⁷, impone di fare una scelta: se l'intento è comprendere (o quanto meno gettare un po' di luce) su come il cambiamento di paradigma della struttura temporale influisca, o abbia influito, sull'esperienza giuridica (e segnatamente, sul nostro modo di guardare

⁶ Per le varie "dimensioni" di questa relazione, cfr., con riferimento a quella giuridica, RESTA, Eligio. **Il tempo e lo spazio del giurista**. in COMANDÉ, Giuseppe, PONZANELLI, Giulio. **Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato**. Torino: Giappichelli, 2004. p. 253. Con riferimento a quella filosofico - giuridica, HUSSERL, Gerhart. **Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto**. Milano, Giuffrè, 1998. Sulla dimensione sociologica, v. il classico OST, François. **Le temps du droit**. Paris: O. Jacob, 1999; su quella storica, BRETON, Mario. **Diritto e tempo nella tradizione europea**. Roma - Bari: Laterza, 2004.

⁷ Il rapporto tempo/processo è stato oggetto di numerosi studi soprattutto per opera della dottrina francese, molto sensibile agli aspetti più teorici del diritto processuale generale; cfr. AMRANI MEKKI, Soraya. **Le temps et le procès civil**. Paris: Dalloz, 2002. Per la connessione tra tempo e processo e tra quest'ultimo e ricerca della verità, RESTA, Eligio. **Le verità e il processo**. in **Politica del diritto**, Bologna: Il Mulino, 2004. p. 369. Per un'affascinante descrizione del tempo "presente" del processo, separato da quello "ordinario", cfr. GARAPON, Antoine. **Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario**. Milano: Raffaello Cortina, 2007. p. 35.

alla tutela civile dei diritti), la prospettiva più adatta non può che essere quella sociologica.

Ritengo, infatti, che anche il giurista debba essere informato di quella che, dai sociologi, è stata definita una vera e propria «rivoluzione antropologica»⁸ che riguarda la percezione del tempo, non solo per meglio comprendere le cause di certi fenomeni giuridici, ma anche perché sia possibile, in qualche modo, smorzare e “riequilibrare” i loro aspetti più deteriori.

Naturalmente - da un punto di vista metodologico - si dà qui per scontato che lo studio del processo, e più in generale quello relativo i modi di risoluzione delle controversie, non possa andare disgiunto da quello della *cultura*, latamente intesa⁹. Anche il diritto processuale, infatti, dopo aver conosciuto la stagione dei “sistemi”, ha preso congedo (forse in ritardo, forse con maggiori resistenze) dal mito della purezza del diritto¹⁰, per approdare alla consapevolezza che l’esame delle modalità con le quali una data società, in una data epoca, pone fine ai litigi non è, e non deve essere insensibile ai mutamenti sociali che fermentano al di sotto, ma va condotto con un occhio rivolto agli aspetti ideologici, economici, politici¹¹, e perfino scientifico-tecnologici della realtà (si pensi, a questo proposito, al vastissimo ambito delle prove).

Le pagine che seguono prenderanno quindi le mosse dal riconoscimento che il concetto di tempo - che è un’elaborazione culturale e non un dato oggettivo - è cambiato con l’avvento di quella che è stata definita la società “ipermoderna” (non solo più *postmoderna*), ossia una società pervasa dall’urgenza, dall’ansia di fare veloce, dall’ossessione di non perdere tempo, di vivere l’istante, e dalla conseguente perdita di ogni visione del lungo periodo, del futuro remoto (a proposito è stata coniata la locuzione di «ideologia del breve termine»), incapace di programmare l’avvenire, priva di stabilità e di “solidità”: «società liquida», appunto, secondo la celeberrima

⁸ GAUCHET, Marcel. **Vers une mutation anthropologique?**. in AUBERT, Nicole (cur.), **L’Individu Hypermoderne**. Paris: Eres, 2004, 291 – 301.

⁹ TARUFFO, Michele. **Cultura e processo**. in **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2009. p. 63; CHASE, Oscar. **Law, Culture and Ritual. Disputing System in Cross-Cultural Context**. New York: New York University Press, 2005.

¹⁰ Con estrema chiarezza, DENTI, Vittorio. **Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo civile**. In **Rivista critica di diritto privato**, Napoli:Jovene, 1986. p. 469.

¹¹ Per la consapevolezza (non solo rivolta all’analisi, ma orientata al riformismo), che lo studio del processo civile è indivisibile da quello delle problematiche sociali, cfr. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969; DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di comunità, 1997. In lingua inglese, cfr. soprattutto NADER, Laura. **The Life of the Law: Anthropological Projects**. Berkley: University of California, 2002 (trad. it., **Le forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica**. Napoli: ESI, 2003) e NADER, Laura, TODD H., (cur.). **The Disputing Process: Law in Ten Societies**. New York: Columbia University Press, 1978. Per la connessione, invece, tra processo (civile e penale) e strutture sociali, imprescindibile è DAMASKA, Mirjam. **The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven: Yale University Press, 1986.

definizione data di Zygmunt Bauman¹².

A una prima parte dal respiro sociologico, ne seguirà quindi una più propriamente giuridica, che si snoderà attorno a tre concetti o tendenze (una che riguarda l'intervento del legislatore, e due riferite più specificamente all'intervento del giudice), le quali, pur se assolutamente eterogenee tra loro, si è scelto di accostare tra loro per essere tutte, in qualche modo, spiegabili facendo riferimento al nostro modo di gestire (o di *essere gestiti*) dal trascorrere del tempo:

- a) La "mercificazione" della norma giuridica;
- b) La "retorica" della ragionevole durata del processo;
- c) L'instabilità delle decisioni del giudice (e la conseguente precarizzazione dei diritti).

3. CULTO DELL'URGENZA E PARADIGMA IPERMODERNO

Come accennato, al centro di moltissime riflessioni sociologiche contemporanee sta la constatazione che le immense trasformazioni economiche, tecnologiche, scientifiche che la società ha subito negli ultimi anni (e che oltrepassano la capacità umana di assimilarle) sembrano essere avere in comune il mutamento della concezione del tempo, o meglio, una *rinegoziazione* del suo significato¹³.

Non intendo qui alludere semplicemente a quella "infatuazione" per la velocità, tipica anche di altre epoche (si pensi a tutto ciò che ha rappresentato il movimento "futurista" di epoca prefascista, con la sua esaltazione del dinamismo, del movimento, dell'esagerazione, della glorificazione di un futuro percepito come esaltante: era l'epoca delle prime automobili, dei primi aeroplani, dei primi telegrafi, delle prime catene di montaggio); né soltanto a quel modo di vivere "veloce", tipico della cultura del dopoguerra (si pensi ai *fast food*¹⁴, ai *take away*, allo *speed dating* ecc.).

Il fenomeno che qui si vuole sottoporre all'attenzione è - se così si può dire - più profondo e

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Modernità liquida**. Roma – Bari: Laterza, 2002. Su questi aspetti v. anche *infra*.

¹³ Naturalmente, l'interesse sociologico per il tempo è ben più antico, e risale a Marx e a poi a Durkheim. Nella specifica accezione di cui nel testo, però, esso fu esaminato a partire dagli anni ottanta del secolo scorso (v., per la storia e gli Autori, LECCARDI, Carmen. **Sociologie del tempo**. p. 5).

¹⁴ Per l'utilizzo metaforico del *fast-food*, al fine di descrivere fenomeni come il lavoro, i viaggi, il tempo libero, la cura della persona, ecc., cfr. RITZER, George. **Il mondo alla McDonald's**. Bologna: Il Mulino, 1997 (a cui si deve l'uso del termine *McDonaldization*, ossia "McDonaldizzazione" del nostro stile di vita).

complesso e riguarda piuttosto il fatto che fattori come il costante progresso delle tecnologie comunicative, la mondializzazione dell'economia e dei mercati (in una frazione di secondo, si possono "spostare" virtualmente capitali finanziari immensi)¹⁵, il trionfo di una logica mercificatoria, una flessibilità e una precarizzazione generalizzata, e via dicendo, hanno influenzato profondamente la nostra maniera d'essere, di fare e di rapportarci agli altri, di concepire i nostri sentimenti¹⁶, di vivere il lavoro¹⁷, il nostro mondo e l'esistenza intera¹⁸.

Non solo la nostra vita è stata resa più veloce, ma a essere mutato è stato proprio il rapporto tra l'individuo e tempo. Questo rapporto è ora spiegabile in termini di ambivalenza.

Da un lato, l'individuo è divenuto da soggetto, per così dire, *governato* dallo scorrere del tempo, a soggetto che lo vuole padroneggiare, forzare (si pensi all'illusione provocata dai nuovi mezzi di comunicazione, quali *smartphone* e *social network*, di poter annullare le distanze e di abolire il tempo, di vincere i suoi vincoli, di affrancarsi dal *qui-e-ora*), e di cui l'uomo vuole appropriarsene, per ricavare il massimo profitto («il tempo è denaro», recita l'equazione capitalistica).

Dall'altro lato, però, l'esigenza di adattarsi a ritmi di lavoro sempre più frenetici e standardizzati, e quindi l'estrema pressione cui l'individuo è sottoposto in ogni campo, ha fatto sì che egli fosse, a sua volta, *dominato* dal tempo, schiavo di una costante fretta, non solo nella sua vita professionale, ma anche in quella personale; prigioniero, insomma, di una prigione dalla quale tenta di evadere.

Se l'individuo vuole liberarsi dal tempo, e prova in ogni modo a negarlo, a neutralizzarlo, il tempo agisce nei suoi confronti come un tiranno. Ecco che per designare questa nuova condizione è fiorita una ricchissima letteratura sociologica, dai titoli emblematicamente simili: «tirannia dell'urgenza»¹⁹, «dittatura del tempo»²⁰, «società dell'accelerazione»²¹, «culto dell'urgenza»²² e -

¹⁵ GALLINO, Luciano. **Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi**. Torino: Einaudi, 2011.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **L'amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi**. Roma – Bari: Laterza, 2003.

¹⁷ Da ultimo, GALLINO, Luciano. **Vite rinviate: lo scandalo del lavoro precario**. Roma – Bari: Laterza, 2014; in precedenza, GALLINO Luciano. **Il lavoro non è una merce: contro la flessibilità**. Roma – Bari: Laterza, 2007.

¹⁸ V. i risultati delle indagini empiriche raccolte da CRESPI, Francesco (a cura di). **L'esperienza del tempo nella società contemporanea**. Bologna: Il Mulino, 2005.

¹⁹ LAIDI, Zaki. **La tyrannie de l'urgence**. Montréal, Fides, 1999.

²⁰ ERIKSEN, Thomas Hylland. **Tyranny of the Moment. Fast and Slow Time in the Information Age**. London: Pluto Press, 2001 (trad. it., **Tempo tiranno. Velocità e lentezza nell'era informatica**. Milano: Eleuthera, 2003).

proprio a indicare il particolare legame logico tra la contrazione del tempo e la perdita di stabilità – si è accostato la «*hurried culture*» (cultura della fretta) con la «*nowist culture*», (cultura del momentaneo)²³.

Per rendere l'estremismo, l'esasperazione, l'eccesso, il "troppo", questa condizione è stata chiamata «ipermoderna»²⁴; anzi, il prefisso "iper" ha cominciato a essere utilizzato per identificare molti altri fenomeni: si è parlato, quindi, di ipercapitalismo²⁵, iperterrorismo²⁶, iperconsumismo²⁷, iperpubblicità²⁸, di iperdemocrazia²⁹. Di conseguenza, "ipermoderno" è stato chiamato l'individuo che abita questo tipo di società³⁰: egli è costretto continuamente a superarsi, a spingersi sempre oltre, a fare sempre di più e sempre meglio; continuamente sotto pressione, immerso in una brutale logica concorrenziale che lo spinge a concentrare tutte le sue energie nel raggiungimento di uno scopo, egli ha il dovere di essere, per così dire, sempre performante e adattabile. In un mondo "iper", anche gli individui devono essere "iper-reattivi" e "iperfunzionanti", come macchine (con tutto ciò, fra l'altro, che questo comporta sul piano delle patologie psicologiche³¹: comportamenti compulsivi, difficoltà della costruzione delle identità individuali, ansie e insicurezze generalizzate, perturbazione delle capacità relazionali e personali, dovute all'impossibilità di perseguire obiettivi a lungo termine; globalmente quella «corrosione del carattere» dell'«uomo flessibile» di cui parlava Richard Sennet³²).

²¹ LECCARDI, Carmen. **Sociologie del tempo**. p. 26.

²² AUBERT, Nicole, ROUX-DUFORT, Christophe. **Le culte de l'urgence. La société malade du temps**. Paris: Flammarion, 2003.

²³ BERTRMAN, Stephen. **Hyperculture. The Human Costs of Speed**. Westport: Praeger Pub, 1998.

²⁴ ASCHER, François. **La société hypermoderne**. Paris: Broché, 2005; cfr. anche CODELUPPI, Vanni. **Ipermondo. Dieci chiavi per capire il presente**. Roma – Bari: Laterza, 2012.

²⁵ ARIES, Paul. **Le mésusage. Essai sur l'hyperculturalisme**. Lyon: Parangon, 2007.

²⁶ A partire dagli eventi del 11 Settembre 2001; cfr. HEINSBOURG, François. **Hyperterrorisme**. Paris: O. Jacob, 2001 (trad. it., **Iperterrorismo. La nuova guerra**. Roma: Meltemi, 2002).

²⁷ RITZER, George. **La religione dei consumi. Cattedrali, pellegrinaggi e riti dell'iperconsumismo**. Bologna: Il Mulino, 2012.

²⁸ CODELUPPI, Vanni. **Iperpubblicità. Come cambia la pubblicità italiana**. Milano: Franco Angeli, 2000.

²⁹ RODOTÁ, Stefano. **Iperdemocrazia. Come cambia la sovranità democratica con il web**. Roma – Bari: Laterza, 2013.

³⁰ AUBERT, Nicole, (dir.). **L'Individu hypermoderne**.

³¹ AUBERT, Nicole. **Les pathologies hypermodernes: expression d'une nouvelle normalité?** In **International Review of Sociology - Revue Internationale de Sociologie**, London, Routledge, 2008. p. 419.

³² SENNET, Richard. **L'uomo flessibile: le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale**. Milano: Feltrinelli, 2002.

4. TEMPO «PUNTILLISTICO» E SOCIETÀ LIQUIDA

Poiché il concetto di tempo non è scindibile dal substrato sociale cui si riferisce, bisogna introdurre il concetto di «società» o «modernità liquida», così come rappresentata da Bauman, che ne rappresenta il maggiore teorico³³.

Tale tipo di società - essenzialmente determinata dal passaggio da una società della produzione (qual era la società moderna in senso proprio) a una del consumo (qual è quella odierna, almeno in questa parte del mondo) - risulta caratterizzata da un lato, dal «crollo graduale [...] dell'illusione protomoderna: della convinzione che la strada lungo la quale procediamo abbia un fine, un *telos* [...], una qualche sorta di buona società, di società giusta, di società priva di conflitti [...], di ordine perfetto, in cui ogni cosa è assegnata al posto giusto, niente è fuori posto e nessun posto è fonte di dubbi [...], di completo dominio sul futuro»; dall'altro dalla «deregolamentazione e privatizzazione dei compiti e doveri propri della modernizzazione»³⁴.

Per quanto riguarda il fattore-tempo, quest'ultimo, all'epoca della modernità liquida, non si presenta né ciclico (com'era per il mondo antico), né lineare (com'era a partire dall'avvento delle grandi religioni monoteiste), bensì "puntillistico", o puntinista, frantumato, cioè, «in una moltitudine di pezzetti distinti, ognuno ridotto a un punto che si avvicina sempre di più alla sua idealizzazione geometrica di non dimensionalità. [...] ogni punto si presume contenga un infinito potenziale di espansione e un'infinità di possibilità che attendono di esplodere se adeguatamente innescate. [...] Ogni punto-tempo (ma non c'è modo di sapere in anticipo quale) potrebbe – soltanto potrebbe – recare in sé la possibilità di un altro *big bang*, anche se questa volta su scala ben più modesta, da «universo individuale», e i punti successivi continuerebbero a essere visti come punti recanti tale possibilità, indipendentemente da ciò che sarebbe potuto succedere con i punti precedenti e nonostante l'esperienza accumulata dimostri che la maggior parte delle possibilità di solito è predetta in modo errato, trascurata o mancata, che la maggior parte dei punti si è rivelata infruttuosa [...]».

In un mondo che ha fatto dell'incertezza la propria cifra caratterizzante³⁵, essere al momento giusto, nel posto giusto (così come il *non* esserlo), può fare la differenza tra il successo e

³³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernità liquida**. Roma – Bari: Laterza, 2011 (rist.). V. anche BAUMAN, Zygmunt. **Vita liquida**. Roma – Bari: Laterza, 2008.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernità liquida**. p. 19.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **La società dell'incertezza**. Bologna: Il Mulino, 1999.

la disfatta personale, e non c'è modo di recuperare l'occasione una volta che la si è persa. «Una mappa della vita puntinista, se mai venisse tracciata, assomiglierebbe a un camposanto di possibilità immaginarie o irrealizzate. [...]: in un universo puntinista i tassi di mortalità infantile e di gravidanze abortite della speranza sono molto elevati»³⁶.

In questo contesto di elevata "istantaneizzazione", dove l'unico tempo che conta è quello presente³⁷, dove ci sono solo "momenti", "punti" a-dimensionali, le distanze temporali, se non proprio si annullano, si assottigliano sempre di più e perdono di significato; la durata tra due eventi si vuole svanisca sempre di più. «Ma – si chiede Bauman – un siffatto tempo [...] è ancora il tempo come noi lo conosciamo?»

Certamente il cambiamento è enorme, e trova la sua ragion d'essere e il suo radicamento nel modello consumistico della nostra società. A questo proposito Bauman, riportando considerazioni che Sennet aveva annotato mentre assisteva all'annuale conferenza del World Economic Forum a Davos, ci dice come il grande sociologo americano fosse rimasto colpito dalla filosofia di vita di Bill Gates (l'incarnazione dell'*ipercapitalista*), il quale si considerava del tutto disposto «a distruggere ciò che ha fatto, a seconda delle domande e del momento immediato»: attento a «non sviluppare nessuna forma di coinvolgimento [...] o impegno duraturo a niente, comprese le sue creature», aveva la piena consapevolezza che «nessuna direzione presa sarebbe durata a lungo e che fare marcia indietro o cambiare rotta restava per lui un'opzione costantemente aperta»³⁸.

Nella vita dell'istante, «il bisogno più pressante che rende la fretta davvero imperiosa è la necessità di scartare e sostituire», non tanto acquisire, e tanto meno "riprovare" dopo un fallimento; nella società dei consumatori «gli strumenti che non hanno funzionato devono essere abbandonati, anziché affinati o utilizzati di nuovo con più abilità, più dedizione e, si spera, migliore effetto. Così, quando quegli oggetti del desiderio di ieri [...] non mantengono le promesse e non danno la soddisfazione istantanea e completa che ci si ripromettevano, vanno abbandonati».

Nella società liquido – consumeristica, quindi, «la ricerca della felicità tende a spostare le

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **L'etica in un mondo di consumatori**. Roma – Bari: Laterza, 2010. p. 140. Analoghe considerazioni si possono leggere in BAUMAN, Zygmunt. **Vite di corsa. Come salvarsi dalla tirannia dell'effimero**. Bologna, Il Mulino, 2009, e in BAUMAN, Zygmunt. **Consumo, dunque sono**. Roma – Bari: Laterza, 2008, p. 41.

³⁷ FERRARESE, Maria Rosaria. **Il diritto al presente**. p. 73.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernità liquida**. p. 140.

cose l'attenzione dal fare le cose, o appropriarsene, o accumularle, al disfarsene [...]. Nell'economia consumistica i prodotti [...] prima arrivano e poi vanno in cerca di applicazioni. Molti, forse la maggior parte di essi, finiscono rapidamente tra i rifiuti, non essendo riusciti a trovare clienti, o addirittura ancor prima di cercarli [...]»³⁹.

5. LA NORMA MERCIFICATA

Naturalmente, l'impatto che tutto ciò ha avuto nel mondo del diritto in tutti i suoi ambiti (da quello del diritto del lavoro, a quello del diritto costituzionale e della politica⁴⁰, a quello, appunto, della tutela dei diritti) è stato molto forte; anzi, da più parti già si parla - sulla falsariga dell'immagine di Bauman - di «diritto liquido»⁴¹.

Per quanto riguarda l'intervento del legislatore, il giurista non può non rilevare come, in un mondo interamente basato e dominato dalla logica consumeristica, sia la legge stessa - il "prodotto" legislativo - a essere diventato merce, oggetto di consumo nel senso pieno del termine, rispondente all'imperativo che sorregge il ciclo economico capitalistico: «compra, usa, getta». Nuove norme (direttive, leggi, decreti *d'urgenza*, regolamenti, decisioni, circolari etc.), provenienti da poteri pubblici e potenze private, di *hard law* così come di *soft law*⁴², vengono costantemente prodotte per sostituire le precedenti, e rapidamente, a loro volta, vengono sostituite a ritmo esponenziale, in un flusso frenetico e in incessante accelerazione. "Riformare" è la nuova parola d'ordine della politica legislativa⁴³. Questo ipertrofismo legislativo contribuisce a disegnare l'immagine di quella «*law-saturated society*», di cui ci parla Stefano Rodotà⁴⁴.

La norma appare quindi come il prodotto conclusivo di catene di montaggio delle «fabbriche del diritto». «Il vorticoso succedersi di norme giuridiche - afferma Natalino Irti - emanate modificate abrogate in tutte le officine della terra, attesta la "nientità" del diritto, la

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Consumo, dunque sono**. p. 46.

⁴⁰ VIRILIO, Paul. **Velocità e politica**. Milano: Milithipla, 1981 (rist.).

⁴¹ MESSINA, Giovanni. **Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto**. Milano: Franco Angeli, 2012; QUIROZ VITALE, Marco Alberto. **Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità**. Milano, Giuffrè, 2012.

⁴² SOMMA, Alessandro (a cura di). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009.

⁴³ Sull'ideologia del riformismo, oggi, MATTEI, Ugo. **Contro riforme**. Torino: Einaudi, 2010.

⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 9.

convinzione che esso sia producibile con la forza esclusiva e arbitraria della volontà». ⁴⁵

Esattamente come le merci di cui ci parla Bauman, esattamente come i prodotti tecnologici di Bill Gates descritti da Sennet, anche le norme tanto velocemente vengono create e tanto velocemente raggiungono, per così dire, la *discarica* (l'abrogazione), prima ancora che se ne sia potuto trovare un impiego o un'applicazione durevole. La legge diventa transitoria per definizione, il provvedimento normativo diviene provvisorio; quando non risponde più alle mutevoli esigenze, quando non soddisfa pienamente le aspettative, va scartata (al pari di un qualsiasi prodotto di moda) e viene soppiantata da un'altra che si ritiene migliore, più efficiente, più performante.

Al "prodotto-legge" vengono poi applicate le stesse operazioni di *marketing* valide per le merci nei negozi; le norme vengono rese appetibili, allettanti per i consumatori, mediante l'utilizzo di *slogan* i quali, più che valorizzare i contenuti, valorizzano le intenzioni del legislatore, quasi sempre poi disattese. L'attenzione è tutta rivolta alla confezione - al *packaging*, si potrebbe dire - piuttosto che alla sostanza: «misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa» è, ad esempio, la denominazione del d.l. 90/2014; il titolo stesso, più che una descrizione reale, è un *augurio*, il risultato sperato ed eventuale.

Di questo modo di legiferare, basti fare qui due (ulteriori) esempi legati all'ambito processuale. Innanzitutto la denominazione "ufficiale" del decreto legge 69/2013 (convertito con legge 98/2013) che, fra le moltissime altre cose, ha modificato anche il rito civile, è «decreto del fare», nome che rende bene l'idea del provvedere-per-provvedere, al di là dei contenuti, del mito della «*riforma perenne*» ⁴⁶. In secondo luogo, va ricordato come l'allora "processo societario", entrato in vigore nel 2004, sia stato interamente abrogato nel 2009, solo 5 anni dopo la sua nascita, senza che avesse nemmeno avuto la possibilità di sedimentarsi nella sua applicazione. Non sono forse anche questi un segno dei tempi, effetti della società liquida raccontata da Bauman,

⁴⁵ IRTI, Natalino. **Nichilismo giuridico**. Roma – Bari: Laterza, 2004 (cui si deve anche il parallelismo norma/merce, p. 47); v. anche IRTI, Natalino. **Diritto e verità**. Roma – Bari: Laterza, 2011 e IRTI, Natalino, **Il salvagente della forma**. Roma – Bari: Laterza, 2007. p. 23; in una prospettiva in parte diversa e più ampia, l'analisi di SOMMA, Alessandro. **Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza**. in ZOPPINI, Andrea (cur.). **La concorrenza tra ordinamenti giuridici**. Roma – Bari: Laterza, 2004. p. 58 e seg.

⁴⁶ SASSANI, Bruno. **Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne**. in **Rivista di diritto processuale**. Milano: Cedam, 2012. p. 1429 e seg. Sulla legislazione processuale italiana degli ultimissimi anni, in senso fortemente critico, cfr. anche DONDI, Angelo. **Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale**. in DONDI, Angelo (cur.). **Elementi per una definizione di complessità processuale**, Milano: Giuffrè, 2011. p. 3 e seg.; DONDI, Angelo. **Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile**. In **Politica del diritto**, Bologna: Il Mulino, 2004. p. 251 e seg.; DONDI, Angelo, ANSANELLI, Vincenzo. **Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme**. In **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 2001. p. 1437.

che può essere letta come una serie ininterrotta di nuovi inizi (ossia nuove norme entrate in vigore) privi di fini, di visioni di lungo periodo, e dove nulla riesce a solidificarsi, consolidarsi, a conservare la propria forma per un periodo di tempo sufficientemente lungo?

6. L'INTERVENTO GIURISDIZIONALE, TRA «RETORICA» DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO...

L'ideologia della rapidità-a-tutti-i-costi, e quindi dell'effimero, dell'instabile, del provvisorio, non si limita, però, solo all'intervento del legislatore, ma colpisce anche l'intervento del giudice. Quest'ultimo deve essere il più istantaneo possibile: esattamente come nel tempo puntillistico descritto da Bauman, la distanza tra l'inizio del processo e il momento della decisione deve il più possibile tendere a zero (non importa con quali mezzi, o sacrificando cosa); liberare il giudice dalla lite sembra essere il principale obiettivo di politica legislativa. Proprio come l'iperindividuo di cui ci parla Auber, anche il processo deve essere *iper*. Ritorna l'inquietante immagine – un tempo utilizzata per indicare l'annientamento della discrezionalità del giudice nell'interpretare le norme, qui in chiave efficientistica – del *giudice juke-box*, nel quale inserire il gettone per farne uscire, immediatamente e quasi senza soluzione di continuità, la decisione.

Non si vuole affatto, qui, fare un "elogio" della lentezza delle procedure (che sarebbe semplicemente ingiustificabile di fronte ai frequentissimi casi di giustizia denegata per le disfunzioni del nostro processo); anzi, vi è la piena consapevolezza, che la lotta contro la sua patologica durata è tanto necessaria quanto difficile, in un'epoca dove, almeno da quarant'anni, il contenzioso è diventato di massa (cd. *litigation explosion*), conseguenza, questa, della progressiva *giurisdizionalizzazione* della nostra società⁴⁷. Quello che si vuole qui affermare è piuttosto la presa d'atto che la "retorica" dell'irragionevole durata del processo - una delle più abusate che vi siano nel diritto - è sempre di più utilizzata come pretesto per giustificare ondate riformiste volte al progressivo smantellamento delle garanzie processuali e - ciò che appare ancora più grave - a negare parte di quell'insieme di diritti che vanno sotto il nome di *access to justice*, e che ha rappresentato, grazie all'opera di Mauro Cappelletti, una delle acquisizioni più significative in

⁴⁷ ROUVILLOIS, François (a cura di). *La société au risque de la judicialisation*. Paris: Lexis - Nexis, 2008. Sulle ragioni di questo fenomeno, v. PIZZORNO, Alessandro. *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*. Roma – Bari: Laterza, 1998.

materia di tutela dei diritti⁴⁸. Si pensi a quella vera e propria *fuga* dalla giurisdizione statale che è in atto negli ultimi anni (quantomeno in tutti i Paesi dell'Unione Europea, sotto la vigenza della direttiva 2008/52/CE), dovuta al progressivo potenziamento di forme alternative e privatizzate di regolazione dei conflitti, avente come scopo non quello (nobile) di costruire una società più armoniosa, bensì quello di deflazionare il numero dei processi intentati (e ridurre di conseguente la durata di quelli pendenti), se non quello (più sottile e pericoloso) di *neutralizzare* il conflitto, a discapito, naturalmente, delle parti più deboli o socialmente svantaggiate⁴⁹. L'intento del legislatore sembra quello *non* di permettere a un maggior numero di persone l'accesso alla giustizia e fare quindi emergere una, per così dire, conflittualità latente (come invece era nelle intenzioni dei sostenitori del movimento dell'*access to justice*), ma semplicemente – e nella migliore delle ipotesi – decongestionare gli uffici giudiziari. Concezione, questa, frutto di una maldestra confusione tra il (legittimo) concetto di economia processuale (inteso come la scienza della minimizzazione, a parità di costi, del rapporto tra i conflitti spontaneamente generati dall'interazione sociale e quelli risolti nel processo) e quello di «avarizia» processuale (che è piuttosto la «scienza dello smaltimento dell'arretrato giudiziario»)⁵⁰.

Con la costituzionalizzazione, all'art. 111, 2° comma Cost., del principio di ragionevole durata del processo - *l'incubo*⁵¹ (o il *feticcio*)⁵² della legislazione processuale degli ultimi anni, il grimaldello usato per giustificare reinterpretazioni contro la lettera delle norme (si pensi alla vicenda interpretativa sull'art. 37 c.p.c.)⁵³, la ghigliottina sotto la quale far cadere le garanzie procedurali⁵⁴ - i valori neoliberistici dell'economia capitalistica di mercato, con la sua logiche

⁴⁸ L'ovvio riferimento è ai quattro volumi di CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Access to Justice**. Milano - Alphen aan den Rijn: Giuffrè, Sijthoff, 1978-9.

⁴⁹ Cfr. specialmente NADER, Laura (a cura di). **No Access to Law: Alternatives to the American Judicial System**. New York: New York Academic Press, 1980, dove si denuncia l'esplosione delle forme alternative di risoluzione delle controversie come un fenomeno di reazione al fatto che, dagli anni settanta, le corti federali erano divenute il simbolo della rivendicazione di nuovi diritti da parte delle masse (lo ricorda anche CHASE, Oscar. **Gestire i conflitti**. p. 112 ss.). Sul punto, v. anche le condivisibili considerazioni di CATANOSSI, Stefania. **L'ADR come dispositivo biopolitico**. in *Rivista critica di diritto privato*, Napoli: Jovene, 2013. p. 193 e 210 e seg.

⁵⁰ Per l'utilizzo di questa terminologia, GIUSSANI, Andrea. **Azioni collettive risarcitorie nel processo civile**. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 69 e seg.

⁵¹ VERDE, Giovanni. **Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata**. In *Il difficile rapporto tra giudice e legge*. Napoli: ESI, 2012.

⁵² Di "feticcio" parla TEDOLDI, Alberto. **Processo civile e giudicato "alla deriva"**. In *Giusto processo civile*. Napoli: ESI, 2013. p. 1968.

⁵³ CAPONI, Remo. **Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)**. in *Corriere giuridico*. Milano: Ipsoa, 2009. p. 380 e seg. (nota a Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

⁵⁴ RICCI, Edoardo Francesco. **Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)**. in *Rivista di diritto processuale*. Milano: Cedam, 2010. p. 976 e seg. (nota a Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2010, n. 4309 e a Cass., 18 febbraio 2010, n. 3830).

quantitative più che qualitative, entrano nel diritto processuale⁵⁵.

Un processo civile lento – ci dicono i rapporti *Doing Business* della Banca Mondiale sul punto⁵⁶, ma anche spesso il lessico mass-mediatico – genera incertezza negli scambi, compromette la certezza del diritto, scoraggia gli investimenti, costituisce un freno allo sviluppo economico. Che queste affermazioni siano velate da un manto più o meno spesso di ideologia non sembra improbabile; non bisogna dimenticare che a essere danneggiata dalle lungaggini del processo è, infatti, quasi sempre la parte (economicamente e/o socialmente) debole (essenzialmente: i soggetti coinvolti nelle controversie familiari e in *primis* i minori, il lavoratore nelle controversie di lavoro, il conduttore, nelle controversie locative, i cittadini danneggiati dall'inquinamento ambientale ecc.), poiché la *parte forte*, ossia il soggetto forte nel mercato (ad esempio - pur fra molti distinguo - l'imprenditore o, più in generale, il proprietario), oltre ad avere per definizione meno difficoltà a sopportare i costi della lite, può beneficiare di strumenti *ad hoc* tutto sommato efficienti (emblematicamente, la procedura per decreto ingiuntivo), oppure si rivolgerà a forme di giustizia privata, più snelle sì, ma di certo più costose.

Non la bontà delle soluzioni, ma la velocità *indifferente al contenuto* è divenuto il principale obiettivo del legislatore. Un Maestro del diritto processuale civile d'altri tempi – Enrico Allorio – alla domanda “*quale giustizia?*” rispose di preferire una giustizia non rapida a una rapidità non giusta, che alla *certezza* (rappresentata dal giudicato) *veloce*, conseguita «con la sola preoccupazione della sollecitudine» avrebbe preferito una «“giustizia” conseguita attraverso un procedimento più lento sì, ma *meno probabilmente* esposto all'errore»⁵⁷. Non c'è bisogno di dire quanto lontana risuoni oggi questa convinzione.

7. ...E CRISI DEL GIUDICATO (E CORRELATA CRISI DEL DIRITTO)

Ed è proprio richiamandoci a quest'ultima considerazione, la quale pone il problema della

⁵⁵ Con lucidità, BIFULCO, Daniela. **Il potere giudiziario**. in ANGELINI, Francesca, BENVENUTI, Marco (a cura di). **Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica**. Napoli: Jovene, 2012. p. 359 e seg. per la quale l'efficienza «tende a ridefinire non più solo il mercato, ma anche l'attività giudiziaria, assimilata sempre più a un prodotto in quell'immensa azienda di servizi a cui è ormai assimilato anche lo Stato».

⁵⁶ The World Bank. **Doing Business 2012. Doing Business In a More Transparent World**. Washington, 2012.

⁵⁷ ALLORIO, Enrico. **Sul doppio grado del processo civile**. in **Rivista di diritto processuale**. Milano: Cedam, 1982, I. p. 317 e seg. (le parole sono ricordate anche da LANFRANCHI, Lucio. **La cameralizzazione del giudizio sui diritti**. in **La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti**. Torino: Giappichelli, 2011, 172).

tensione tra certezza e velocità, tra stabilità e rapidità, dell'intervento giurisdizionale, che si introduce la terza (e ultima) tendenza: la *crisi del giudicato*, ossia la crisi della stabilità delle decisioni del giudice, crisi della loro capacità, o della loro opportunità, di proiettarsi con certezza nel futuro, che può essere anch'essa letta come conseguenza di quella «ideologia del breve termine» a cui si è più volte fatto riferimento e del - per così dire - "fastidio" della nostra epoca per tutto ciò che è definitivo, immutabile, duraturo, che non può essere "aggiornato".

Che il giudicato come istituto sia - per usare un'espressione giornalistica - sotto attacco, pare una tendenza difficilmente contestabile; esso esce in qualche modo indebolito da un lato dal suo "scontro" con l'attività legislativa, dal perenne conflitto tra potere legislativo e giudiziario (emblematica la vicenda Englaro, nella quale il governo aveva tentato di emanare un provvedimento con il chiaro intento di incidere su pronunce giurisdizionali coperte da giudicato)⁵⁸; dall'altro dall'efficacia delle decisioni delle corti sovranazionali, sullo sfondo della supremazia del diritto comunitario (il riferimento è ai casi «Lucchini» e «Olimpiclub», per limitarci ai più celebri)⁵⁹.

Il fenomeno sul quale qui si focalizzerà l'attenzione è, però, piuttosto il fatto che sempre più spesso il legislatore predispone modelli, o schemi, processuali diversi dal processo ordinario di cognizione, più veloci e deformalizzati ("*liquidi*" verrebbe da dire)⁶⁰, ma disancorati, appunto, dall'efficacia di giudicato⁶¹.

Le manifestazioni di questo *trends* sono molteplici, e il lettore più attento allo studio del diritto processuale civile saprà, senza fatica, riconoscerne molte (senza scendere nei tecnicismi, si pensi ai «provvedimenti temporanei e urgenti che [il giudice] reputa opportuni nell'interesse della prole», di cui all'art. 708 c.p.c., dotati di quella che viene comunemente definita «efficacia indefinitamente protratta», alla disciplina della tutela cautelare anticipatoria cd. «a strumentalità

⁵⁸ Sulla "vicenda Englaro", dal punto di vista del processualcivile, CAPONI, Remo, PROTO PISANI, Andrea. **Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile**. in *Foro italiano*. Torino: Giappichelli, I, 2009. p. 984.

⁵⁹ Cfr. POGGIO, Alessandro. **Dopo Lucchini: il caso fallimento Olimpiclub: il ridimensionamento dell'efficacia del giudicato esterno "anticomunitario"**. In *Giuriprudenza Italiana*, Milano: Utet, 2010. p. 369 e seg.

⁶⁰ Anche questa metafora non sarebbe nuova; cfr. DE MENDONÇA, Luis Correia. **Processo civil líquido e garantias**. In CIPRIANI, Franco (a cura di), **Stato di diritto e garanzie processuali, Atti delle II Giornate internazionali di Diritto processuale civile**. Napoli: ESI, 2008. p. 205 e seg.

⁶¹ Su questo fenomeno, ANDOLINA, Italo. **Crisi del giudicato e tutela giurisdizionale**. Ora in RAITI, Giovanni (a cura di). **Il tempo e il processo. Scritti scelti di Italo Andolina**. Torino: Giappichelli, 2009, II. p. 875 e seg.; CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. Ora in CHIZZINI, Augusto (cur.). **Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi**. Milano: Utet, 2013. p. 165 e seg. Circa il mutamento del ruolo del giudice in un contesto - in parte - di questo tipo, cfr. anche LA CHINA, Sergio. **Dal giudice giudicante al giudice pianificante (viariazioni minime su un tema scabroso)**. in *Rivista di diritto processuale*, Milano: Cedam, 2006. p. 847 e seg. (spec. p. 852-854).

attenuata», così come modificata dalla L. 80/2005, alle nuove forme di tutela sommaria non cautelare, all'*abuso* delle forme camerali per la giurisdizione contenziosa⁶² - le quali, oltre a non essere idonee al giudicato, soffrono dell'assenza di garanzie minime - e, fuori dai confini nazionali, al modello francese del *référé provision*, o a quello tedesco delle *einstweilige Verfügungen* etc..⁶³.

Quello che più importa, però, in questa sede è il fatto che così facendo si è delineato «un nuovo scenario, all'interno del quale la composizione dei conflitti, e la salvaguardia in sede giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive e/o degli *status*, non sempre – né necessariamente – risulta affidata a decisioni capaci di attingere autorità e stabilità della *res judicata*»⁶⁴, scenario che viene descritto come una «*necessità* imposta dai nuovi tempi: «[o]ggi la società – attraversata da mille conflitti – chiede risposte giudiziali rapide ed efficaci. Più che la ricerca della verità e la produzione del giudicato, si chiede – o meglio, ci si accontenta – della composizione tempestiva dei conflitti», senza per questo dimenticare, anzi, che «la rotta del processo – la sua stella polare, e ad un tempo il suo «mistero» è e rimane pur sempre la *verità*»⁶⁵.

Il giudicato – la stabilità delle decisioni nel futuro – significa, infatti, garanzia⁶⁶.

Nella consapevolezza che il diritto soggettivo non è concepibile senza la sua tutela, parlare di crisi del giudicato significa parlare né più né meno che di crisi del diritto stesso. Se ad essere instabile, perennemente esposta all'alea della modifica o della revoca, è la decisione del giudice, a farne le spese è il diritto stesso (si è paventata, con toni alquanto foschi, la «destrutturizzazione del sistema» a causa dell' «evanescenza» della nozione di diritto soggettivo)⁶⁷. «Come può esservi – infatti - determinazione dei diritti e dei doveri quando il risultato finale del provvedimento non è dotato di alcuna stabilità, e può essere sempre revocato?»⁶⁸.

⁶² PROTO PISANI, Andrea. **Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)**. in *Rivista di diritto civile*. Milano: Cedam, 1990, I. p. 393 e seg.

⁶³ Per i necessari riferimenti tecnici, cfr. PROTO PISANI, Andrea. **Verso la residualità del processo a cognizione piena?** in *Foro italiano*. Torino: Giappichelli, 2006, V. p. 53 e seg.; MENCHINI, Sergio. **Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato**. in *Rivista di diritto processuale*. Milano: Cedam, 2006. p. 869 e seg.

⁶⁴ ANDOLINA, Italo. **Crisi del giudicato e tutela giurisdizionale**. cit., p. 878-879.

⁶⁵ ANDOLINA, Italo. **Crisi del giudicato e tutela giurisdizionale**. cit., p. 880.

⁶⁶ CERINO CANOVA, Augusto. **La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)**. in *Rivista di diritto civile*, Milano: Cedam, 1977. p. 395 e seg.

⁶⁷ CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. 173.

⁶⁸ CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. cit., p. 183 (in nota 62).

Poter contare su diritti certi, non sottoposti a contestazioni future, «immuni dalla controprova del futuro»⁶⁹, non deve, infatti, essere considerato un «lusso che un nobile decaduto non può più permettersi»⁷⁰. Se così fosse, se l'unica tutela che l'ordinamento concedesse fosse provvisoria, se si preferisce una tutela rapida piuttosto che una solida, se la lite non viene risolta in modo incondizionato, se le situazioni sono permanentemente "a rischio", se, in altre parole, «si affermano meri eventi instabili d'efficacia»⁷¹, allora il diritto sostanziale, le posizioni soggettive, ne risulterebbero «desostanziate, allo stato gassoso [...] come i *Luftmenschen* della tradizione letteraria, esseri che vivono nell'aria sganciati dalla vita reale, non hanno più i piedi per terra. Se si preferisce i diritti sono allo stato amorfo»⁷².

Affido quindi la conclusione ancora alle parole di Augusto Chizzini, che rendono bene il concetto secondo il quale, pur in un'epoca di precarizzazione selvaggia, pur con l'avvento del regno dell'*effimero*, non è possibile precarizzare anche i diritti senza *snaturarne* il relativo concetto: è possibile uno *stato di diritto senza diritti*? Senza dare ai consociati la certezza sulle posizioni giuridiche tutelate, dispensando solo bendaggi provvisori, rimettendo ad un futuro lontano ogni possibile determinazione? [...] il diritto soggettivo è tale ed esiste in quanto certo, incontestato. Prima, nel mondo dell'incertezza vi sono solo vaghe prospettazioni, simulacri di diritti, fantasmi destinati a svanire al primo chiarire dell'alba con il volo delle allodole⁷³.

⁶⁹ LA CHINA, Sergio. **Dal giudice giudicante al giudice pianificante (variazioni minime su un tema scabroso)**. cit., p. 854.

⁷⁰ CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. cit., p. 175.

⁷¹ CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. cit., p. 177.

⁷² CHIZZINI, Augusto ricorda anche come il tentativo di «superare lo schema formale della stabilità delle sentenze» sia stato compiuto dai regimi totalitari, in particolare dalla Germania nazista, e nei paesi di ideologia marxista (CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. cit., p. 180, in nota 52, con relative citazioni bibliografiche).

⁷³ CHIZZINI, Augusto. **Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti**. cit., p. 187-188.

IL TEMPO «NELLE» CLAUSOLE GENERALI

Mauro Grondona¹

1. Il titolo di questo mio breve intervento richiama uno scritto di Stefano Rodotà che per i civilisti è certamente un passaggio obbligato di riflessione e sul quale è oggi forse opportuno ritornare: alludo a «Il tempo delle clausole generali», apparso nel 1987 nella «Rivista critica di diritto privato».

Potremmo per tanto dire: dal tempo «delle» clausole generali al tempo «nelle» clausole generali, con questa prospettiva. Se ormai è del tutto pacifica la centralità delle clausole generali come normale strumento di lavoro del legislatore e del giurista (basta del resto richiamare il diritto privato dell'Unione europea e il diritto privato europeo in via di formazione) – il nostro è appunto il tempo «delle» clausole generali –, in un momento storico come quello di oggi, in cui dominano pluralismo delle fonti e pluralismo assiologico occorre in particolare riflettere sull'incidenza del fattore tempo nell'uso delle clausole generali – donde il problema del rapporto tra tempo giuridico, tra tempo del diritto, inteso come tempo dell'azione giuridica (un'azione che, qualunque fonte abbia, si risolva poi in una *social action*, come tale idonea a concretamente incidere sulla dimensione collettiva dell'agire), e impiego delle clausole generali quali strumenti potenzialmente tempestivi e come tali sperabilmente funzionali alle esigenze del presente.

Si può anche dire – con altre parole – che il fattore temporale, cioè la generalizzata richiesta di «far presto», cioè l'urgenza di una trasformazione giuridica (che, proprio perché urgente, sarebbe illusorio pensare possa essere soddisfatta dal solo legislatore), aggrava ulteriormente le consuete difficoltà di impiego che sempre emergono quando si parla di clausole generali: nel senso che, almeno a me pare, la scontata centralità dell'individuo (o se si preferisce della persona, senza adesso voler distinguere i due campi semantici, con tutto ciò che ne conseguirebbe) impone una riflessione sul tempo del diritto, e sul difficile rapporto (che può essere discusso ma che io assumo come punto di partenza) tra tutela dei diritti individuali e

¹ Professore Associato di Diritto privato presso l'Università degli studi di Genova e docente a contratto nell'Universidad Católica di Lima.

funzione giurisdizionale; rapporto, a mio modo di vedere, se non risolvibile (sarebbe certamente ingenuo il crederlo) quantomeno meglio comprensibile proprio in virtù di una riflessione che riconduca la tutela dell'individuo, e cioè la sua libertà, a un impiego assiologicamente consapevole (e quindi ideologicamente orientato) delle clausole generali; nell'idea che spazi del diritto e spazi della libertà hanno assunto oggi una dimensione diciamo pure storico-antropologica che possono rafforzare e non indebolire l'idea di un diritto come rimedio per l'estensione della libertà.

La tesi che intendo qui sostenere è allora che il giudice, facendo uso delle clausole generali (ma lo stesso discorso potrebbe essere fatto e andrebbe fatto per i principi generali), dispone di uno strumento largamente soddisfacente (pur se rischioso) per ampliare gli spazi di libertà individuale: spazi che, sotto il profilo descrittivo, tendono empiricamente ad ampliarsi in ragione di una acquisita consapevolezza – appunto storico-antropologica – circa l'intrinseca legittimità dell'agire individuale; spazi che, sotto il profilo valutativo, riconduco all'idea – oggi, peraltro, piuttosto in declino – che la storia come esperienza collettiva è storia della libertà individuale.

2. Nella prospettiva che qui si cerca di tratteggiare è indispensabile guardare al giudice come a un fattore di trasformazione sociale. Credo che il rifiutarsi di farlo – come di solito accade – sia bensì un atteggiamento legittimo se non quasi ovvio che però rappresenta anche un forte limite alla comprensione della contemporaneità: il rifiuto del presente (o l'accettazione del presente solo in quanto degenerazione di un passato migliore) non è infatti la via più feconda verso la chiarificazione dei problemi e delle difficoltà che ci stanno di fronte; per contrastare le tendenze in atto occorre necessariamente prenderle sul serio, altrimenti si adotta appunto, e magari inconsapevolmente (il che non è meno grave), il tipico atteggiamento che considera l'oggi come una corruttela dell'ieri, donde, per contrastare l'oggi, occorre ritornare all'ieri: *vaste programme*).

Mi spingerei fino al punto di dire che il giudice, mettendo a frutto le potenzialità delle clausole generali, svolge una funzione istituzionale che è decisiva (o che comunque lo è nella prospettiva di queste pagine) all'interno della contemporanea società liberal-democratica: e cioè potenziare la sfera dell'agire individuale in una visione appunto prasseologica (che inevitabilmente mette in connessione azione individuale e libertà), che come tale colloca al centro della società (senza più gli imbarazzi di un tempo, che forse potranno tornare ma che al momento sono quasi del tutto silenti) la sfera dell'agire individuale (sfera inevitabilmente legata alla responsabilità e

alle conseguenze della libertà) e le derivazioni empiricamente prodottesi in termini di valore aggregato, cioè socialmente rilevante. Ciò naturalmente non significa affatto che sempre e comunque il prodotto dell'azione individuale sia socialmente apprezzabile; significa però che gli esiti dell'agire individuale debbono essere valutati – tendenzialmente e specialmente quando essi siano in tutto o in parte ignoti – *ex post* e non *ex ante* (qui il tema, che mi limito a evocare, è in particolare quello della rilevanza del principio di precauzione in senso liberale e non paternalista: più avanti svolgerò qualche ulteriore considerazione).

Facevo poco sopra riferimento espresso all'opportunità di un massiccio impiego giudiziale delle clausole generali; diciamo pure: un mettere a frutto con sapienza «dogmatica» le potenzialità delle clausole generali, se vogliamo scomodare un aggettivo rischioso ma che torna automaticamente attuale perché esprime l'esigenza di indispensabile rigore concettuale proprio nel momento storico in cui il diritto – sul piano delle fonti – diventa, più che flessibile, malleabile, appunto perché plasmabile dall'azione individuale costante; un'azione che ovviamente va oltre i tradizionali formanti del diritto e richiama su di sé una specifica attenzione teorica.

Il punto richiede un chiarimento. Se oggi – cosa che mi pare innegabile – è ampiamente diffusa la percezione e addirittura la mera impressione che non è impresa così ardua quella di riuscire a far sì che una pretesa individuale si trasformi in diritto oggettivo (il che, a mio avviso, è un bene, appunto sul piano istituzionale), al contempo tale approccio al versante della giuridicità impone una saldezza categoriale e quindi concettuale che non conduca alla repressione della novità, ma che al contrario impedisca che la novità possa trasformarsi in fattore di inspiegabile instabilità sociale, con grave danno arrecato alla stessa mobilità del diritto. Si tratta insomma di non vedere più contrapposte dogmatica giuridica e dimensione politica del diritto, come se la prima rappresentasse il freno e il limite della seconda; al contrario, poiché il diritto è *naturaliter* politica in quanto fondamento dell'assetto istituzionale, la dogmatica svolge il ruolo di filtrare la politica intesa come ideologia, scelta, pretesa e azione di chi fa parte di una determinata collettività e di assicurare che la regola giuridica sia sostenibile in virtù di un ragionamento e di una argomentazione espresse in modo sufficientemente trasparente, onde superare quel grave limite – profondamente antidemocratico – che è lo scrivere tra le righe, che da arma di difesa può anche diventare arma di attacco.

3. Ricollegandomi a uno dei principi ispiratori delle giornate perugine (e calviniane: leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità, *consistency*) –, il tema è quello della «rapidità» del diritto e nel diritto (va notato come il tema del tempo delle istituzioni sia studiato soprattutto dai filosofi della politica: e penso soprattutto ai contributi di Raimondo Cubeddu²): ma nella prospettiva di queste pagine si tratta di una rapidità che inevitabilmente attiene alla teorica delle fonti del diritto e in particolare – per le cose fin qui dette – al rapporto tra giudice e legislatore sotto il profilo del tempo impiegato dal giudice e dal legislatore (tempo giudiziale e tempo legislativo) per intervenire nel modo socialmente atteso, socialmente opportuno: un’attesa e una valutazione di opportunità filtrate dal progressivo ampliamento degli spazi di libertà e quindi di azione individuale.

Riflettere sul tempo di azione del giudice e sul tempo di azione del legislatore messi in connessione con il tempo dell’attesa sociale significa necessariamente affrontare delicati aspetti metodologici.

In primo luogo: ammesso che sia bene intervenire velocemente per ampliare la libertà individuale e ammesso che velocità e libertà individuale vadano di pari passo, come si può fare per conseguire tale ampliamento? e soprattutto: chi è istituzionalmente legittimato a operare tale ampliamento: il giudice o il legislatore?

La mia risposta – lo si è già visto –, è che è preferibile lo faccia il giudice, per ragioni che attengono alla dimensione istituzionale del diritto, e perché esistono strumenti concettuali e argomentativi perfettamente idonei a evitare che la fisiologica discrezionalità giudiziale (senza la quale il ruolo del giudice sarebbe del tutto privo di contenuto e quindi di senso appunto istituzionale) si trasformi in patologico arbitrio (che non è soltanto – e forse non è nemmeno soprattutto – la decisione capricciosa, perché la decisione capricciosa spicca come tale ed è facilmente individuabile e neutralizzabile; l’arbitrio maggiormente insidioso è quello occultato in motivazioni, argomentazioni, tesi rispetto alle quali una presunta santità – invero piuttosto diabolica – della dogmatica – intesa quale soluzione imposta dall’interno dell’ordinamento – rappresenta in sostanza una violenza argomentativa, la cifra della moderna anti- e a-democrazia).

² In particolare v. CUBEDDU, Raimondo. **Le istituzioni e la libertà**. Macerata: Liberilibri, 2006, spec. la Parte II «Le istituzioni e la libertà», p. 139 ss. V. anche BARROTTA, Pierluigi (a cura di). **Soggettivismo, tempo ed istituzioni. A partire dalla Scuola Austriaca**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2005, nonché VANNUCCI, Alberto. **Governare l’incertezza. Scelte pubbliche e cambiamento istituzionale**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2004.

Quanto appena osservato andrebbe connesso (ma non posso farlo in questa sede) con il tema della storicità e quindi della storicizzazione della dogmatica giuridica. Dogmatica storica e dogmatica storicizzata esprimono la necessità pratica (e la necessità di una continua riflessione teorica su essa) che la dottrina elabori e rielabori costantemente quelle categorie concettuali che il giurista deve utilizzare soprattutto per rendere controllabile, e quindi il più possibile trasparente, il suo ragionamento (il controllo e la trasparenza del ragionamento giuridico è uno degli aspetti del principio di legalità: non si insisterà mai abbastanza su ciò). Ma si tratta appunto di categorie e di concetti storicamente mutevoli, come tali costruiti e impiegati quali strumenti tecnici adeguati in ragione dell'assetto politico-istituzionale della società.

C'è quindi una inevitabile politica del diritto della dogmatica giuridica che tendenzialmente ancora oggi si preferisce lasciare un po' in ombra (quando non occultare), appunto perché l'utilizzo della dogmatica giuridica è fare politica del diritto.

4. Vediamo in sintesi alcuni rapporti istituzionalmente rilevanti (perché da essi dipende la conformazione dell'assetto sociale) che ruotano attorno al fattore temporale: il tempo del giudice e il tempo del legislatore; il tempo della collettività e il tempo degli individui; il tempo dell'attesa e il tempo dell'azione; il tempo della giurisdizione e il tempo della politica; il tempo delle scelte individuali e il tempo delle scelte collettive; il tempo della pretesa pre- o anti-giuridica e il tempo del giuridicamente rilevante.

Tutti rapporti altamente problematici.

La mia tesi per cui, in una società liberal-democratica (sinonimo di società pluralista e quindi di società aperta), la rapidità del cambiamento è indispensabile proprio in vista di una più compiuta attuazione dei diritti dell'individuo si può giustificare richiamando il fenomeno della globalizzazione quale *tertium comparationis*.

In tema di globalizzazione forse è utile separare e tener distinti i due classici piani, quello della descrizione e quello della valutazione (anche se in parte è una distinzione illusoria).

Ora dal punto di vista descrittivo la globalizzazione è anche un confronto, una comparazione a largo raggio che implica un cambiamento dei comportamenti individuali sulla base di modelli individuali e collettivi dominanti e recessivi.

Quindi la globalizzazione è prima di tutto un fenomeno sociale a base materiale, e la base materiale è appunto costituita da quei comportamenti individuali che non rimangono fatto privato ma che assumono rilevanza sociale e producono effetti in termini di aggregato sociale; da cui una incidenza sul politico e sul giuridico: su quella che Friedrich Hayek con formula felice ha chiamato la «filosofia generale della società».

Dal punto di vista valutativo ritengo che la globalizzazione possa essere un opportuno strumento di velocizzazione e di trasformazione del diritto e quindi uno strumento di potenziamento dei diritti individuali, che sono il fulcro della società aperta. Quindi uno strumento a cui guardare più con fiducia che non con timore. Naturalmente ogni cambiamento produce conseguenze o non previste o neppure prevedibili o addirittura contro le intenzioni di chi ha compiuto determinate scelte, ma proprio l'incertezza circa il futuro è un elemento vantaggioso almeno dal punto di vista dell'ordine generale delle azioni; e comunque aggiungerei che la società liberale è sufficientemente forte al suo interno (e si tratta di una forza culturale e quindi istituzionale) per adottare, dal punto di vista teorico e metodologico, una versione liberale e non paternalistica del principio di precauzione.

In questa prospettiva il cambiamento e la velocità del cambiamento dovrebbero piuttosto essere incoraggiati proprio di fronte alle incertezze future e all'ineliminabile ignoranza cognitiva che riguarda tutti e che in quanto tale è l'elemento su cui si fonda il mercato inteso come processo di scoperta.

Il principio di precauzione in veste liberale è quindi conforme all'idea della rapidità della trasformazione sociale e conseguentemente giuridica.

5. Ritornando all'aspetto temporale, si può dire che il tempo individuale e quindi il tempo sociale (o si preferisce il tempo istituzionale) non dovrebbero essere imposti dal legislatore ma lasciati al libero gioco processuale, perché il legislatore è per forza di cose più lontano dai fatti che non il giudice.

Allora – e rimanendo sempre sul piano valutativo –, un diritto più mobile e rapido può ottenersi guardando al giudice quale ottimale fattore di trasformazione sociale, mettendo appunto a frutto le potenzialità delle clausole generali.

Quando si parla di clausole generali non si può non far riferimento al problema della concretizzazione. Operazione, questa, non solo tecnica, anzi soprattutto assiologica, la cui complessità aumenta con l'aumentare del pluralismo assiologico che necessariamente caratterizza le società aperte e che è la forma democratica più matura.

Se allora assumiamo il giudice (e il potere giurisdizionale) quale istituzione della società aperta si possono sottolineare alcuni aspetti.

In primo luogo c'è un aspetto metodologico, che riguarda anche la teoria costituzionale: il giudice è l'istituzione a metà strada tra istanze individuali e dimensione sociale del diritto; questa posizione (e al contempo questo ruolo) del giudice possono essere molto ben valorizzati proprio all'interno della prospettiva che guarda alla dimensione sociale del diritto come al prodotto dell'azione individuale – azione nel senso di un agire individuale che è sempre socialmente rilevante.

Qui ritorna il tema della velocità, della rapidità, della dinamicità, nel senso che tanto meno le posizioni soggettive sono ostacolate nel cambiamento, tanto più è possibile un ampliamento della sfera dei diritti individuali.

Il ruolo del giudice può allora essere studiato non tanto nel senso tradizionale di decisore del caso concreto, ma soprattutto in un senso almeno in parte nuovo in quanto costruttore dell'ordine giuridico-sociale: ruolo che presuppone un altrettanto rinnovato rapporto tra il potere legislativo e il potere giudiziario.

Direi molto in sintesi, e in via conclusiva: da un lato c'è il giudice quale costruttore dell'ordine giuridico-sociale (Diritto), dall'altro lato c'è il legislatore quale costruttore dell'ordinamento giuridico (Legge).

Ovviamente sono posizioni e ruoli che non possono non essere correlati, e altrettanto ovviamente sono posizioni reciprocamente problematiche.

Una siffatta relazione tra legislatore e giudice comporta anche una rimeditazione della gerarchia tra le fonti del diritto (nella prospettiva del diritto privato globale e dei sistemi sociali complessi), del rapporto tra disposizione normativa e regola del caso concreto, e quindi anche del rapporto astratto/concreto, generale/speciale.

Il punto centrale di queste annotazioni attiene quindi ai rapporti tra funzioni e usi politici

delle clausole generali, stile giudiziario o in senso ancora più esteso comportamento del giudice, conflitto tra formanti del diritto, formazione spontanea e indotta di un ordine sociale che sia promozionale della libertà individuale.

Ciò nell'idea che il rapporto individuale/collettivo può essere ripensato a partire dalla prospettiva per cui un potenziamento, e quindi un allargamento, della libertà individuale costituisce un beneficio sociale, e che la funzione dello Stato sociale, oggi, può essere intesa non tanto come protezione dell'individuo ma come ampliamento della sfera della libertà individuale.

IL SENSO DEI PARLAMENTI PER IL TEMPO¹

Francesca Rosa²

1. INTRODUZIONE

Nella percezione dell'opinione pubblica i Parlamenti sono istituzioni incapaci di reagire tempestivamente a ciò che accade nel mondo circostante. A dispetto di questa convinzione, tuttavia, le Assemblee rappresentative sono luoghi frenetici dove il fattore tempo è una delle variabili fondamentali dell'azione parlamentare, forse la risorsa più scarsa tra quelle a disposizione degli organi legislativi.

Per dare profondità a questa affermazione possiamo sommariamente ricordare la ripartizione del tempo tra le questioni iscritte all'ordine del giorno generale, il tempo programmato per concludere l'esame dei diversi provvedimenti, il tempo massimo assegnato agli interventi in Aula dei singoli parlamentari o dei gruppi complessivamente intesi (che varia in ragione dell'oggetto e della fase del procedimento nella quale sono pronunciati, ma anche della consistenza numerica del gruppo), il tempo a disposizione del Governo e quello dedicato alle proposte dei gruppi di opposizione, il tempo riservato al lavoro dell'Aula e quello dedicato alle articolazioni interne delle Camere, i termini per la presentazione degli emendamenti, dei sub-emendamenti, degli atti del sindacato ispettivo, delle relazioni delle commissioni all'Assemblea o del Governo al Parlamento, che possono cambiare a seconda dei casi e ridursi sensibilmente nelle procedure d'urgenza. Il tempo dilatato dalle pratiche ostruzionistiche e quello drasticamente interrotto da istituti "radicali" come la ghigliottina.

La programmazione dei lavori è il procedimento (o sub-procedimento o procedimento di secondo grado³) tramite il quale è organizzato il lavoro parlamentare. La programmazione

¹ Questo titolo è ispirato, oltre che al romanzo di Peter Høeg *Il senso di Smilla per la neve*, al contributo *Il senso della politica per il tempo* che Francesco Palermo ha pubblicato all'indirizzo <http://palermofrancesco.wordpress.com/2014/02/13/il-senso-della-politica-per-il-tempo/>.

² Professore associato in Diritto pubblico comparato presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Foggia.

³ Poiché è il procedimento attraverso il quale si organizzano tutti gli altri procedimenti camerali, rispetto ai quali è strumentale. Per la prima definizione v. MANZELLA, Andrea. **Il parlamento**. 3^a ed., Bologna: il Mulino, 2003, p. 144, per la seconda v. GIANNITI, Luigi e LUPO, Nicola. **Corso di diritto parlamentare**. Bologna: il Mulino, 2008, p. 138-139.

definisce il calendario delle convocazioni dell'Assemblea e i temi che la Camera è chiamata ad esaminare, delinea le priorità dell'attività parlamentare e distribuisce il tempo fra le diverse sedi del Parlamento, tra i soggetti che operano al suo interno e tra le funzioni che l'organo rappresentativo è chiamato ad esercitare (legislazione, controllo e indirizzo politico). Nella decisione sulla programmazione si confrontano le istanze della rappresentanza (di tutti i gruppi parlamentari che siedono in Parlamento) e quelle della garanzia della decisione (del Governo in carica e della maggioranza parlamentare)⁴. Per queste ragioni il bilanciamento raggiunto nell'assetto di tale procedimento è indicativo sia dei caratteri del Parlamento, sia degli equilibri della forma di governo e, più nello specifico, del rapporto tra potere legislativo ed esecutivo.

In questo paper intendo comparare le procedure per la programmazione dei lavori di tre Parlamenti: Regno Unito, Francia e Italia. Si tratta di Paesi accomunati dall'esistenza di un rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo⁵ e da un "aggiustamento" relativamente recente delle norme sulla programmazione dei lavori, che sembra rispondere ad alcuni mutati equilibri della forma di governo. L'analisi sarà svolta sulla base delle seguenti domande: quale soggetto decide l'organizzazione dei lavori e secondo quali modalità? quali sono i limiti imposti dai regolamenti parlamentari all'organizzazione dei lavori? quali le garanzie a favore del Governo? quali quelle a favore dei gruppi di opposizione? qual è il ruolo del presidente di Assemblea nella programmazione dei lavori e nella garanzia della sua attuazione? quali le problematiche emerse nella prassi applicativa? L'obiettivo è quello di capire - attraverso gli equilibri raggiunti nelle procedure di programmazione - le evoluzioni della forma di governo nei Paesi esaminati.

2. REGNO UNITO

Ai sensi dello Standing Order 14(1)⁶, in ogni seduta l'attività di interesse del Governo è prioritaria⁷. Sulla base di tale principio il Governo decide la programmazione dei lavori e l'ordine del giorno della Camera dei Comuni; nel farlo, tuttavia, è tenuto a rispettare gli spazi che gli S.O.

⁴ Così, MARTINES, Temistocle, SILVESTRI, Gaetano, DE CARO, Carmela LIPPOLIS, Vincenzo MORETTI, Roberto. **Diritto parlamentare**. Milano: Giuffrè, 2005, p. 139.

⁵ Fermo restando che in Italia e Regno Unito esiste una forma di governo parlamentare, e in Francia una forma di governo semipresidenziale.

⁶ Questo è il nome dei regolamenti parlamentari nel Regno Unito, d'ora in avanti S.O.

⁷ Tecnicamente lo S.O. 14(1) prevede che: "Save as provided in this order, government business have precedence at every sitting".

garantiscono allo svolgimento del *question time*⁸, ai dibattiti sull'aggiornamento dei lavori⁹, agli *estimates days*¹⁰, all'esame dei *private members bills*¹¹ e, da ultimo, ai temi scelti dalla opposizione (ufficiale e non) e dai *back-benchers*. La programmazione dei lavori è dunque decisa dal Governo nel rispetto dei tempi riservati ad alcune procedure – tutte connotate dall'iniziativa parlamentare – e ad alcuni attori della vita parlamentare. In particolare, tra quelle elencate le ultime due eccezioni sono le più rilevanti, poiché consegnano a un soggetto diverso dall'esecutivo la scelta dei temi da trattare nel corso dei lavori.

In ogni sessione venti giorni dei lavori dell'Assemblea sono dedicati alla discussione dei temi selezionati dall'opposizione – di cui diciassette scelti dal *Leader* dell'opposizione ufficiale e i tre rimanenti selezionati dal *leader* del secondo partito di opposizione [S.O. 14(2)]–. Il regolamento riconosce uno spazio a tutte le minoranze politiche, ma lo spazio preponderante è riservato all'opposizione ufficiale. Questa scelta è il precipitato della istituzionalizzazione dell'opposizione politica e della decisione di prevedere un trattamento preferenziale per quella che ha maggiori probabilità di divenire maggioranza alle successive consultazioni elettorali¹².

Sempre nell'ambito di ogni sessione parlamentare, trentacinque giorni sono destinati all'attività di interesse dei *backbenchers*, altrimenti chiamata *backbenchbusiness* [S.O. 14(3A)]¹³. I *backbenchers days* sono stati introdotti nel 2010, all'indomani delle elezioni generali e dell'insediamento del Governo di coalizione guidato da David Cameron, al fine di bilanciare la

⁸ Il *question time* si svolge dal lunedì al giovedì per circa un'ora (S.O. 21); di norma nessuna interrogazione può essere svolta dopo le 15,30 e il venerdì, fatte salve le interrogazioni urgenti alle quali i ministri rispondono al termine del *question time* o il venerdì mattina. In merito, volendo, v. ROSA, Francesca. **Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito: un contributo allo studio del parlamentarismo britannico**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 103 ss.

⁹ I dibattiti che si tengono quotidianamente, prima dell'aggiornamento dei lavori della Camera, su tematiche selezionate dai *backbenchers* (sui quali v. *infra* in questo paragrafo). Ad essi si affiancano i dibattiti sull'aggiornamento dei lavori aperti da una proposta dal Governo e quelli urgenti che possono essere richiesti da ogni deputato [S.O. 24(1)]. ROSA, Francesca. **Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito: un contributo allo studio del parlamentarismo britannico**. cit., p. 118-121.

¹⁰ Si tratta di ventinove giorni di lavoro dell'Assemblea un tempo dedicati al dibattito sui programmi di spesa del Governo e oggi destinati alla discussione delle relazioni delle commissioni permanenti di controllo, ROSA, Francesca. **Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito: un contributo allo studio del parlamentarismo britannico**. cit., p. 152-153.

¹¹ Si tratta dei progetti di legge di iniziativa dei deputati che non siano membri del Governo, che hanno la precedenza sull'attività di interesse del Governo in tredici venerdì di ogni sessione [S.O. 14(4) (5) (6) (7)].

¹² In merito v. DE VERGOTTINI, Giuseppe. **Lo «Shadow Cabinet»: saggio comparativo sul rilievo costituzionale della opposizione parlamentare nel regime parlamentare britannico**. Milano: Giuffrè, 1973.

¹³ Lo S.O. 14(3C) ne delinea l'ampiezza in negativo, elencando ciò che non può esservi compreso: l'attività di interesse del Governo, l'attività di interesse dell'opposizione, i dibattiti sull'aggiornamento dei lavori promossi dai *backbenchers*, le mozioni presentate ai sensi dello S.O. 23, i *private Members bills*, le attività di interesse privato, le proposte di modifica dello S.O. 152J, che istituisce la *backbench business committee* e l'attività che ricade sotto il controllo dello *Speaker*. Sui confini dell'attività di interesse dei *backbenchers* v. HOWARTH, David. **The House of Commons Back-bench Business Committee**. in *Public law*, 2011, p. 490 ss.

preponderanza del Governo nella formazione dell'ordine del giorno della Camera dei Comuni. La riflessione (critica) sul quasi-monopolio governativo dell'agenda parlamentare era però iniziata nelle legislature precedenti e si era fatta più intensa all'indomani degli scandali sull'utilizzo dei rimborsi spesa per i deputati del 2009¹⁴.

La scelta dell'attività di interesse dei *backbenchers* è rimessa alla *backbench business committee*. La commissione, istituita e disciplinata dagli S.O. 122D e 152J, è composta da otto deputati. Il presidente è eletto a scrutinio segreto dall'Assemblea secondo le norme che regolano l'elezione dei presidenti delle commissioni di controllo¹⁵. Gli altri componenti della commissione sono invece eletti a scrutinio segreto dai propri colleghi di partito¹⁶.

L'istituzione della *backbench business committee* rappresenta un *novum* all'interno dell'organizzazione della Camera dei Comuni, poiché è il primo organo collegiale di estrazione parlamentare coinvolto nella programmazione dei lavori. La sua creazione non solo introduce un diverso modello organizzativo nella decisione sulla programmazione dei lavori, ma valorizza una linea di divisione della Camera rappresentativa alternativa a quella fra maggioranza e opposizione. Si tratta della divisione fra *frontbenchers* e *backbenchers*, che opera all'interno dei principali partiti e che separa coloro i quali sono membri del Governo o del governo ombra dai deputati semplici¹⁷. La farraginoso vicenda della sua istituzione e le recenti modifiche del sistema di selezione dei suoi

¹⁴ Sulla crisi di credibilità del Parlamento britannico causata dal scandalo sulle spese e culminata con le dimissioni dello Speaker v. KELSO, Alexandra. **Parliament on its knees: MPs' Expenses and the Crisis of Transparency at Westminster**. in **Political Quarterly**, 2009, p. 329 ss. Sul farraginoso processo di costituzione della Wright Committee v. MAER, Lucinda, KELLY, Richard. **Establishment of the Select Committee on Reform of the House of Commons**, London: House of Commons Library, 2010. Sulla riforma del Parlamento, prima avviata e poi ostacolata dal Governo di Gordon Brown e sui lavori della Wright Committee, v. RUSSELL, Meg. **'Never Allow a Crisis To Go To Waste': The Wright Committee Reform to Strengthen the House of Commons**. in **Parliamentary Affairs**, 2011, p. 612 ss.

¹⁵ Ai sensi dello S.O. 122D le candidature debbono essere sottoscritte da almeno venti (ma non più di venticinque) deputati, dei quali almeno dieci di un partito al governo e almeno dieci provenienti da deputati di partiti diversi da quello (o da quelli) al governo. Il presidente non può essere eletto tra le fila del partito (o dei partiti) di maggioranza. Nessun deputato può sottoscrivere più di una candidatura. Non possono candidarsi i membri del Governo e quelli del governo-ombra (le stesse limitazioni si applicano agli altri componenti della commissione). È eletto il candidato che ottiene la maggioranza assoluta di prime preferenze. Se nessuno raggiunge questa soglia si eliminano i candidati con il minor numero di prime preferenze e le schede relative a questi ultimi sono nuovamente conteggiate sulla base delle preferenze (diverse dalla prima) in esse contenute. L'eliminazione dei candidati continua finché uno di essi non abbia ottenuto la maggioranza delle preferenze.

¹⁶ Lo *Speaker* fissa il numero dei rappresentanti di ciascun partito all'interno della commissione. Fino al 12 marzo 2012 i componenti della commissione, istituita per la prima volta nel giugno 2010 e rinnovata all'inizio di ogni sessione, sono stati eletti dall'Aula in base al metodo del *single transferable vote system*. Da quella data, invece, la Camera ha attribuito a ciascun partito il compito di eleggere a scrutinio segreto i propri rappresentanti secondo un metodo democratico. Il cambiamento è stato promosso dal Governo, che ha contemporaneamente "cassato" l'allargamento della composizione della commissione a nove membri al fine di inserire al suo interno anche un rappresentante dei c.d. terzi partiti. Il metodo di scelta dei componenti replica quello previsto per i membri delle commissioni di controllo, al pari del quale non è disciplinato dagli S.O.

¹⁷ Sulle linee di divisione che corrono all'interno delle aule parlamentari v. KING, Anthony. **Modes of Executive-Legislative Relations: Great Britain, France and West Germany**. **Legislative Studies Quarterly**, vol. 1, pp. 11 ss. 1976.

membri sono un segno evidente delle resistenze messe in campo dal Governo per ostacolare l'introduzione di tale cambiamento nell'organizzazione dei lavori camerale. D'altro canto la sua istituzione e il dibattito che l'ha preceduta potrebbero aprire le strade ad una più ampia riforma della organizzazione dei lavori per giungere alla creazione di una *business committee*.

In questa direzione si muovono alcune opinioni espresse in dottrina¹⁸ e il dibattito parlamentare, soprattutto all'indomani della scarsa riuscita della riforma sulla calendarizzazione dei progetti di legge del Governo¹⁹, nonché il programma del governo di coalizione. Quest'ultimo vedeva nella *backbench business committee* una tappa intermedia prima della costituzione di una

¹⁸ V. RUSSELL, MEG PAUN, Akash. **The Houses Rules? International lessons for enhancing the autonomy of the House of Commons**. London: Constitution Unit, 2007.

¹⁹ In questa direzione è stato significativo l'esito del sistema di calendarizzazione dei disegni di legge dell'esecutivo introdotto dal Governo laburista nel 1998. Prima di quella data i metodi utilizzati per inserire all'ordine del giorno della Camera dei Comuni i *government bills* e concluderne l'esame erano due: i c.d. *usual channels* e la ghigliottina. Con la prima espressione si fa riferimento a un accordo informale, non pubblico e "non esigibile" tra i *party whips* di maggioranza e opposizione. Con la seconda si intende l'approvazione delle *allocation of time motions*, con le quali la Camera – su iniziativa del Governo – delibera entro quale data si chiuderà perentoriamente l'esame di un determinato argomento, a prescindere dallo stato di avanzamento del suo esame. Dal 1998 nella Camera dei Comuni (ma non nella Camera dei Lords) sono state introdotte anche le *programme motions*, mozioni presentate dal Governo e approvate dall'Aula ove si precisa quanto tempo dedicare all'esame di un progetto di legge. Tali mozioni definiscono i tempi delle successive fasi del procedimento legislativo: fissano la data entro la quale dovrà concludersi l'esame in commissione e indicano il numero di sedute che l'Aula dovrà dedicare allo scrutinio del progetto. L'idea della programmazione era già stata avanzata in seno alla Camera dei Comuni: nel 1985 dalla Procedure Committee (sessione 1984-1985, HC 49), nel 1992 dal Jopling Report (sessione 1991-92, HC 20) e dalla Hansard Society (v. sempre il rapporto *Making the Law*). Durante gli anni '90 sono state formulate alcune proposte sulla programmazione dei progetti di legge, senza mai giungere alla definizione di una nuova procedura, che è invece maturata nel 1998. Le mozioni sulla programmazione sono state introdotte con il favore di tutte le forze politiche (S.O. 83A), persuase che si trattasse di uno strumento *more formal than the usual channels but more flexible than the guillotine*. Sul piano teorico rispondevano alle esigenze della maggioranza e della opposizione. Nel primo caso, poiché delineano la *road map* del procedimento legislativo. Nel secondo in forza della convinzione che una corretta organizzazione dei tempi del procedimento legislativo avrebbe favorito un più approfondito e accurato esame dei disegni di legge. Per tale ragione le prime *programme motions* sono state approvate a larga maggioranza, se non all'unanimità. Nondimeno, a distanza di pochi mesi, il consenso delle forze di opposizione è venuto meno, lasciando spazio ad aspre critiche. Le mozioni sulla programmazione si sono dimostrate funzionali alle esigenze dell'esecutivo di definire i tempi del procedimento legislativo, ma non foriere di un più approfondito esame parlamentare dei progetti di legge. Inoltre, nelle commissioni incaricate di istruire tali mozioni (c.d. *programme committee*) sarebbe ben presto maturata una scarsa propensione alla condivisione delle decisioni, sostituita da "decisioni a maggioranza" che hanno finito per trasformare le *programme motion* in una variante della ghigliottina. L'accurata scansione dei tempi parlamentari, inoltre, avrebbe tolto all'opposizione una delle poche armi a propria disposizione (l'ostruzionismo) e incrementato il già ricco arsenale del Governo. A favore di questa riforma possono essere invece ricordati due argomenti forse marginali nell'economia complessiva dell'organizzazione dei lavori, ma non certo trascurabili nella riflessione sugli equilibri tra poteri. Da una parte, l'introduzione delle *programme motion* ha conferito trasparenza al processo decisionale sotteso alla programmazione dei tempi di lavoro della Camera dei Comuni, processo che fino al 1998 si svolgeva nelle segrete stanze del Governo o della contrattazione tra Governo e Governo-ombra. Dall'altro, tali mozioni hanno finito per riconoscere ai deputati semplici nella programmazione dei lavori un ruolo che prima non avevano. Ripercorre queste opinioni il rapporto curato da BRAZIER, Alex, FLINDERS Matthew, MCHUGH, Declan. **New Politics, New Parliament? A Review of Parliamentary Modernization since 1997**. London: Hansard Society, 2005, p. 14-18. Per una lettura critica del tema v. anche il rapporto della MODERNISATION COMMITTEE, **Revitalising the Chamber: the role of the back bench**, sessione 2006-07, HC 307, par. 120-123. I rapporti della Modernisation Committee che hanno "accompagnato" l'introduzione e le modifiche delle mozioni sulla programmazione sono: The legislative process, sessione 1997-98, HC 190; Programming of Legislation and Timing of Votes, sessione 1999-00, HC 589; Programming legislation, sessione 2000-01; Programming of bills, sessione 2002-03; HC 1222. L'intervento della Procedure Committee è invece ascrivibile ai seguenti rapporti: Programming legislation, sessione 2003-04, HC 325; Programming legislation, sessione 2005-06, HC 1097.

commissione incaricata di organizzare i lavori delle Assemblée²⁰, ma al termine del quinquennio di legislatura questo ulteriore passaggio riformatore non è stato portato a compimento.

3. FRANCIA

La costituzione del 1958 ha consegnato al Governo la possibilità di definire l'ordine del giorno (prioritario) delle Camere, dove erano indicati i progetti di legge dell'esecutivo e le proposte di legge che l'esecutivo accettava insieme con l'ordine nel quale dovevano essere discussi (art. 48,1)²¹. Accanto ad esso il regolamento dell'Assemblea nazionale aveva previsto che la Conferenza dei presidenti delle commissioni potesse approvare un ordine del giorno complementare per organizzare i lavori della Camera nel tempo lasciato disponibile dall'ordine del giorno del Governo. Nondimeno, la preponderanza governativa nella composizione dell'agenda parlamentare ha finito per neutralizzare la possibilità per le Camere di definire anche solo una parte dell'agenda parlamentare. Per questa ragione, nel 1995, è stata approvata la rimodulazione delle sessioni parlamentari²² ed è stato limitato lo spazio a disposizione del Governo nell'ambito dei lavori parlamentari. Da quel momento la programmazione di una settimana al mese è stata rimessa alla Assemblea.

La novella costituzionale del 2008²³ è ulteriormente intervenuta sulla formazione dell'ordine del giorno modificando l'art. 48 cost. in relazione a quattro profili. In primo luogo, pur tenendo ferma la priorità delle proposte del Governo, la decisione sull'ordine del giorno è stata

²⁰ Negli intenti programmatici del Governo in carica l'istituzione della *Backbench Business Committee* costituisce un passaggio intermedio verso la creazione – dal terzo anno di legislatura – di una *House Business Committee* composta di rappresentanti del Governo, dell'opposizione ufficiale e dei *Backbenchers* incaricata di decidere temi e tempi dell'agenda parlamentare (*The Coalition: Our Programme for Government*, par. 24)

²¹ Ai sensi del quale "L'ordine del giorno delle assemblee comporta, per priorità e nell'ordine fissato dal Governo, la discussione dei disegni di legge presentati dal Governo e delle proposte di legge da esso accettate". E' questa l'occasione per segnalare che fra le esperienze esaminate quella francese è l'unica in cui i capisaldi della programmazione dei lavori parlamentari si radicano al livello costituzionale delle fonti nella carta fondamentale.

²² La revisione costituzionale del 4 agosto 1995 ha esteso la durata della sessione parlamentare ordinaria, che oggi inizia il primo giorno non festivo di ottobre e termina l'ultimo giorno non festivo di giugno. I giorni "lavorativi" per ciascuna Assemblea sono centoventi, visto che i rispettivi regolamenti prevedevano tre convocazioni settimanali. Alla sessione ordinaria si affiancano quelle straordinarie – che il Primo Ministro o la maggioranza dei deputati possono chiedere di convocare per discutere un ordine del giorno determinato (art. 29 cost.) – e quelle di diritto in corrispondenza del ricorso ai poteri straordinari del Capo dello Stato (art. 16,4 cost.), all'invio di messaggi alle Camere da parte del Presidente della Repubblica (art. 18,2 cost.) e per la riunione delle nuove Camere dopo lo scioglimento del Parlamento (art. 12,3 cost.).

²³ Sulla riforma costituzionale del 2008 in relazione al rapporto tra i poteri v. VOLPI, Mauro. **La forma di governo in Francia alla luce della riforma costituzionale del luglio 2008.** in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, vol. 4, p. 1961 ss.; CAVINO, Massimo. **La fine del mito della sesta repubblica.** in DI GIOVINE, Alfonso, GROSSO, Enrico CAVINO, Massimo (a cura di). **La Francia dopo la riforma costituzionale del 2008.** Torino: Giappichelli, 2010, p. 7 ss.

riportata "nelle Assemblee"²⁴. In secondo luogo, è stato individuato un più equilibrato riparto del tempo tra le proposte del Governo e quelle delle Assemblee poiché, diversamente dal passato, le settimane riservate alle priorità indicate dall'esecutivo sono due e non più tre, con la conseguenza che il tempo è, almeno teoricamente, equamente ripartito tra i due organi²⁵. In terzo luogo, la costituzione indirizza l'attività delle Aule parlamentari verso il controllo, stabilendo che una settimana di seduta su quattro sia riservata in via prioritaria, e nell'ordine stabilito da ciascuna Assemblea, al controllo sul Governo e alla valutazione delle politiche pubbliche, e che almeno una seduta alla settimana sia dedicata allo svolgimento delle interrogazioni parlamentari. Infine, la costituzione riserva una seduta al mese dei lavori parlamentari alle proposte dei gruppi di opposizione e di minoranza.

Il nuovo assetto costituzionale della programmazione dei lavori ha valorizzato il ruolo della conferenza dei presidenti, organo deputato a definire in entrambe le Assemblee l'ordine del giorno e a controllare il rispetto delle norme vigenti per la presentazione delle proposte di legge. In entrambi i rami del Parlamento è composta dal Presidente e dai Vice-Presidenti dell'Assemblea, dai presidenti delle commissioni permanenti, dai presidenti delle commissioni speciali (qualora richiedano di farne parte), dai presidenti dei gruppi parlamentari, dal relatore generale della commissione finanze e dal presidente della commissione affari europei. Il Governo – di norma rappresentato dal Ministro per i rapporti con il Parlamento – è invitato a partecipare ai lavori quando è prevista la discussione di questioni particolarmente rilevanti²⁶.

Ai fini della stesura dell'ordine del giorno, il regolamento dell'Assemblea nazionale prevede che, dopo la formazione del Governo e prima dell'apertura della sessione parlamentare, il Governo informi la conferenza delle settimane che prevede di riservare all'esame dei documenti dei quali chiederà l'iscrizione all'ordine del giorno. Di seguito, osservando i "paletti" imposti dalla

²⁴ L'ordine del giorno, a differenza di quanto accade in Italia, copre un arco temporale pari a quattro settimane. È fatta salva l'applicazione degli ultimi tre commi dell'art. 28 cost., ai sensi dei quali: la sessione ordinaria di ciascuna Assemblea non può superare i centoventi giorni di seduta e le settimane di seduta sono stabilite da ciascuna Assemblea; il Primo ministro, consultato il Presidente dell'Assemblea interessata, o la maggioranza dei membri di ciascuna Assemblea, può decidere la convocazione di giorni supplementari di seduta; i giorni e gli orari delle sedute sono determinati dal regolamento di ciascuna Assemblea.

²⁵ Su richiesta del Governo sono iscritti in via prioritaria all'ordine del giorno dell'Assemblea: i progetti di legge finanziaria, i progetti di leggi annuali sulla sicurezza sociale, i testi trasmessi dall'altra Assemblea (se siano trascorse almeno sei settimane dalla loro trasmissione), i progetti relativi allo stato di crisi e le richieste di autorizzazione ex art. 35 cost. Queste ipotesi rilevano nella misura in cui sono in grado di alterare la programmazione e di inserirsi anche negli spazi riservati alle Assemblee.

²⁶ Guidata dal Presidente dell'Assemblea, che la convoca e ne fissa l'ordine del giorno, si riunisce di solito una volta alla settimana presso l'Assemblea nazionale e ogni tre settimane al Senato. La convocazione del collegio può essere chiesta in via straordinaria da un gruppo all'Assemblea nazionale (47,2 r.A.N.) e da due al Senato (art. 29,2 r.S.).

costituzione e sulla base delle indicazioni pervenute dal Governo, dai presidenti delle commissioni e dai presidenti dei gruppi, la Conferenza redige un calendario bimestrale che le consente di licenziare l'ordine del giorno settimanale.

I regolamenti parlamentari prevedono espressamente che in conferenza si applichi il principio del voto ponderato, in base al quale il voto di ogni presidente di gruppo “pesa” quanto il numero dei deputati o dei senatori iscritti al gruppo (artt. 47 r.A.N. e 29 r.S). Non essendo prescritte maggioranza qualificate, la programmazione dei lavori è “nella disponibilità” della maggioranza parlamentare e di governo.

L'ordine del giorno così definito è pubblicato e notificato al Governo, ai presidenti di commissione e a quelli dei gruppi. Nella prima seduta dell'Assemblea successiva alla sua definizione, il Presidente sottopone al voto dei deputati la parte dell'ordine del giorno di “competenza” del Parlamento. L'Aula non può proporre emendamenti, ma può solo accogliere o respingere la proposta della conferenza. Nell'Assemblea nazionale solo il Governo può chiedere (e ottenere) la modifica dell'ordine del giorno. Al Senato questa possibilità è riconosciuta anche ai singoli gruppi²⁷.

4. ITALIA

Il metodo della programmazione dei lavori è stato introdotto nel Parlamento italiano dai regolamenti del 1971 sulla scia del dibattito riguardante la programmazione economica che si è sviluppato nel corso degli anni '60. È stato così superato il principio in base al quale l'ordine del giorno delle Camere era deliberato dall'Assemblea a maggioranza semplice (cioè la maggioranza di governo), su proposta del Presidente, di seduta in seduta.

Data quindi 1971, per il Parlamento italiano, l'introduzione di un organo (la conferenza dei Presidenti di gruppo) demandato a organizzare l'attività delle Camere (Assemblea, commissioni e giunte) e dei singoli parlamentari lungo un orizzonte di medio termine. Questa scelta, pur apprezzabile, si è mostrata nei fatti inefficace. In primo luogo poiché, nell'impossibilità politica di

²⁷ Per una prima valutazione degli effetti di questa riforma sul procedimento legislativo e sul rapporto tra il Governo e la maggioranza parlamentare v. BENETTI, Julia. **Les rapports entre gouvernement, groupes de la majorité et groupes d'opposition.** in *Jus Politicum. Revue de Droit Politique*. 2011, vol. 6, p. 1 ss. LE DIVELLEC, Armel. **Vers la fin du «parlementarisme négatif» à la française? Une problématique introductive à l'étude de la réforme constitutionnelle de 2008-2009.** in *Jus Politicum. Revue de Droit Politique*. 2011, vol. 6, p. 1 ss.

raggiungere nella conferenza dei presidenti di gruppo l'accordo unanime (ritenuto il solo in grado di garantire il bilanciamento tra le esigenze della maggioranza e quelle dell'opposizione) necessario a deliberare programma e calendario, si applicavano le soluzioni alternative previste dai due regolamenti. Al Senato uno schema di lavoro settimanale predisposto dal Presidente – sulla base delle esigenze emerse in conferenza – era sottoposto all'Aula (che poteva votare delle modifiche), e alla Camera la definizione dell'ordine del giorno restava ancorata ad un *day by day approach*. Nei fatti dunque cambiava poco rispetto al passato. In secondo luogo, perché all'esecutivo non era riconosciuta la centralità necessaria per l'attuazione del programma di governo. Infine, perché non vi erano strumenti attraverso i quali garantire il rispetto dei tempi previsti dalla programmazione, che si traduceva facilmente in una dichiarazione di intenti priva di effetti tangibili sui lavori delle due Assemblee.

In questo contesto il Senato nel 1988 ha reso obbligatorio uno strumento fino ad allora facoltativo - il contingentamento dei tempi - consentendo alla Assemblea di dare attuazione alla articolazione dei lavori su base bimestrale²⁸. La Camera, invece, ha approvato una serie di aggiustamenti regolamentari in forza dei quali, dapprima, in mancanza di un accordo unanime in conferenza dei capigruppo, il Presidente predisponendo un programma bimestrale e un calendario bisettimanale dei lavori da sottoporre all'approvazione dell'Assemblea (1981). E' stata così recepita una soluzione già prevista al Senato, che conferisce un ruolo significativo al Presidente: sia per la sintesi politica alla quale è chiamato, sia per l'orizzonte temporale coperto dalla programmazione. Successivamente sono venuti meno l'approvazione dell'Aula in assenza di una deliberazione unanime in Conferenza (1990), che ha ulteriormente rafforzato il ruolo presidenziale nella programmazione, e poi il principio unanimistico in seno alla conferenza (1997)²⁹.

²⁸ Ai sensi dell'art. 53 r.S. i lavori sono organizzati secondo il metodo della programmazione per sessioni bimestrali sulla base di programmi e calendari. Di norma quattro settimane della sessione sono riservate alle sedute delle commissioni; tre settimane all'attività dell'Assemblea e una settimana all'attività dei gruppi e dei senatori. Per il contingentamento dei tempi v. art. 55,5 r.S.: "Per la organizzazione della discussione dei singoli argomenti iscritti nel calendario, la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari determina di norma il tempo complessivo da riservare a ciascun Gruppo, stabilendo altresì la data entro cui gli argomenti iscritti nel calendario debbono essere posti in votazione".

²⁹ Sulle norme in materia di programmazione v. MANZELLA, Andrea. **Il Parlamento**. p. 145 ss. MARTINES, Temistocle, DE CARO, Carmela, LIPPOLIS, Vincenzo, MORETTI, Renato. **Diritto parlamentare**. cit. p. 139 ss.; GIANNITI, Luigi, LUPO, Nicola. **Corso di diritto parlamentare**. cit., p. 138 ss. Per una ricostruzione storica della evoluzione delle norme in materia di programmazione v. LIPPOLIS, Vincenzo. **Maggioranza, opposizione e Governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana**. AA.VV. **Storia d'Italia. Annali. 17. Il Parlamento**. Torino: Einaudi, 2001, pp. 613 ss. Per un puntuale esame della prassi applicativa v. LASORELLA, Giacomo. **La programmazione dei lavori parlamentari alla Camera: la riforma del 1997 e la prassi attuativa**. in ROSSI, Emanuele (a cura di). **Maggioranza e opposizioni nelle procedure parlamentari: atti del ciclo di seminari svolto in collaborazione con il Senato della Repubblica e la Camera dei Deputati**. Padova: Cedam, 2004, p. 13-48; Id. **La programmazione dei lavori ed i suoi protagonisti: Governo, gruppi e Presidente**. Luci ed ombre. Il Filangieri, 2007, p. 57 ss. Id. **Assemblee elettive ed esecutivi: la**

Oggi per l'approvazione di programma e calendario è richiesta il consenso dei presidenti di gruppi la cui consistenza numerica sia complessivamente pari ad almeno 3/4 dei componenti della Camera. Al contempo – per conferire efficacia alla decisione sulla programmazione – il principio del contingentamento dei tempi è stato applicato in via generale, con una grande eccezione: i disegni di legge di conversione dei decreti-legge³⁰.

La maggioranza qualificata richiesta dal regolamento della Camera è il frutto di un bilanciamento tra due diverse esigenze: rimettere al Parlamento la decisione sui propri lavori e consentire al Governo l'attuazione del proprio programma attraverso l'attività delle Assemblee elettive. In tal modo i documenti della programmazione dovranno ricevere l'assenso della maggioranza parlamentare (che sostiene il Governo), ma anche di una parte delle forze politiche minoritarie.

I regolamenti disciplinano la formazione del calendario e del programma sulla base di una serie di vincoli contenutistici: le indicazioni del Governo e quelle di tutti i gruppi parlamentari (artt. 23, 4 e 24,2 r.C.), insieme con quelle dei gruppi dissenzienti (quelli cioè che votano contro il programma e/o il calendario). Quando programma e calendario sono definiti dal Presidente, eventualità frequente nella prassi, 1/5 degli argomenti è definito sulla base delle proposte dei gruppi di opposizione (artt. 24,3 e 23,6 r.C.). Una previsione simile è contemplata dal regolamento del Senato (art. 53,3), che peraltro valorizza anche le proposte dei singoli senatori e cita espressamente le attività di ispezione e di controllo.

Queste regole subiscono almeno tre eccezioni di notevole portata. La prima coincide con la possibilità di modificare programma, calendario (e conseguentemente ordine del giorno) con la stessa procedura prevista per la loro approvazione. La seconda implica l'inserimento in calendario di argomenti nuovi - di norma collegati a questioni urgenti e non all'avvicinarsi delle priorità politiche - da parte della Conferenza dei Presidenti di gruppo alla Camera e della Assemblea al Senato. Infine, vi sono alcuni provvedimenti che sono in grado di entrare automaticamente in calendario³¹. Tali eccezioni sono in grado di alterare radicalmente il quadro della programmazione,

questione dei tempi della decisione: i tempi della Camera. in ROSSI, Emanuele (a cura di). **Studi pisani sul Parlamento V.** Pisa: Plus-Pisa university press, 2012, p. 69-84.

³⁰ V. artt. 23,6, 24,2, 24, 7 e 154,1 r.C. In merito si veda CASTALDI, Fabrizio. **Norme ed usi in tema di contingentamento dei tempi di discussione presso la Camera dei deputati.** in *Rassegna parlamentare*. 2005, pp. 911 ss.

³¹ Ai sensi dell'art. 23,8 e 24,4 r.C. sono i disegni di legge finanziaria e di bilancio, i progetti di legge collegati alla manovra di finanza pubblica da esaminare durante la sessione di bilancio, il disegno di legge comunitaria e gli atti dovuti diversi dalla conversione in

che nella prassi è connotata da un tasso di variabilità affatto trascurabile.

5. CONCLUSIONI

Dal punto di vista organizzativo, la specificità della decisione parlamentare sulla programmazione dei lavori ha un riflesso sulle articolazioni interne delle Assemblee. Francia e Italia condividono la scelta di creare un organo – anche se diversamente composto – incaricato di decidere l'agenda dei lavori. Si tratta di un organo *sui generis* anche per le Assemblee "continentali": numericamente non rispecchia i rapporti di forza presenti in Aula, ma il voto al suo interno è "diseguale" perché ponderato sulla base di quei rapporti di forza. Nel Regno Unito, fino al 2010, la formazione dell'agenda non aveva alcuna ricaduta sulle strutture camerali, poiché – nell'ambito dei paletti imposti dagli S.O. – ogni decisione era assunta dal Governo, dall'opposizione (ufficiale e non) o da altre articolazioni interne (*Selection committee*) già incaricate dello svolgimento di altre funzioni. Dal 2010, tuttavia, l'introduzione di uno spazio della programmazione riservato alle proposte di una categoria politicamente non unitaria di deputati (i *backbenchers*), trasversali a tutti i partiti che siedono in Assemblea, ha aperto una riflessione sulla individuazione del soggetto idoneo a selezionare le tematiche trattate nell'ambito dei tempi ad essi riservati e ha condotto alla istituzione di un'apposita commissione. In tal caso la composizione è proporzionale ai rapporti di forza presenti in Assemblea e alle decisioni si applica il principio maggioritario.

La riforma britannica presenta due significativi elementi di novità. Da un lato, introducendo tempi garantiti a disposizione dei "deputati semplici", valorizza una logica di funzionamento dell'Assemblea, diversa da quella della contrapposizione tra maggioranza e opposizione, che si sviluppa all'interno dei principali partiti e separa i *frontbenchers* dai *backbenchers*. Questa evoluzione non trova corrispondenze nelle altre esperienze, poiché è strettamente legata alla istituzionalizzazione della opposizione ufficiale e alla formazione del Governo ombra, che consente poi di "separare" i deputati tra coloro i quali appartengono all'esecutivo (in carica o *shadow*) e tutti gli altri. Dall'altro, valorizza questa logica attraverso l'istituzione di un organo *ad hoc*, creato con il compito di decidere una quota della programmazione. Fino alla creazione della *backbench*

legge dei decreti-legge. Il regolamento del Senato fa genericamente riferimento ad "argomenti che, per disposizione della Costituzione o del Regolamento, debbono essere discussi e votati in una data ricadente nel periodo considerato dal calendario stesso." (art. 55,6). In merito v. *infra* le considerazioni contenute nel paragrafo conclusivo.

business committee, infatti, il tempo riservato ai *backbenchers* dai regolamenti era programmato sulla base di decisioni assunte dai gruppi o da altri organi camerali, ma non da soggetti istituiti con questo obiettivo specifico. Si registra pertanto una convergenza del Parlamento britannico con il modello continentale, seppure declinata in maniera del tutto specifica in relazione alla composizione e al mandato.

Per quanto concerne il rapporto tra i poteri, notiamo che l'esempio britannico – imperniato sulla definizione governativa dell'agenda parlamentare – è stato recepito dalla costituzione francese del 1958, per essere poi rimodulato negli anni successivi in favore di una definizione dell'ordine del giorno più attenta alle esigenze del Parlamento. In Italia, invece, le istanze dell'esecutivo hanno assunto un peso crescente nella programmazione dei lavori dalla fine degli anni '90, in seguito al progressivo abbandono della logica "collettivistica" nella programmazione dei lavori. Questa tempistica lascia emergere una connessione tra la centralità del Governo nella programmazione dei lavori e il carattere maggioritario della forma di governo, che trova la sua massima espressione oltremania nella "natura" degli assetti di governo, ma che emerge con modulazioni e intensità diverse anche in Francia e in Italia. In Francia si afferma la matrice governativa dell'ordine del giorno con l'avvento della V Repubblica, nata con l'intento di superare i limiti del parlamentarismo "a prevalenza del Parlamento" della III e della IV Repubblica. In Italia, a costituzione invariata, la progressiva centralità delle istanze del Governo si accompagna alla torsione maggioritaria della forma di governo parlamentare avviata dalla approvazione di leggi elettorali quasi-maggioritarie (1993) e dalle novelle dei regolamenti parlamentari ad esse conseguenti.

Questa conclusione non è in contraddizione con quanto accaduto negli anni più recenti, anche se le vicende di Regno Unito e Francia presentano più punti di contatto rispetto al caso italiano. Tra il 2008 e il 2010 entrambi questi Paesi hanno scelto di mitigare i tratti più radicali della formazione dell'ordine del giorno con l'obiettivo di riposizionare l'equilibrio tra i poteri esecutivo e legislativo nella definizione dei lavori camerali e, segnatamente, di valorizzare le istanze parlamentari. Pur mantenendo fermo il principio della priorità delle iniziative governative è stato ampliato lo spazio dell'agenda scelto in (e dal) Parlamento. Questa evoluzione, ancora una volta, riflette i "movimenti" della forma di governo e gli equilibri del rapporto tra i poteri nel tentativo di mitigare le spinte iper-maggioritarie della forma di governo attraverso un rafforzamento del Parlamento.

In Italia, invece, il quadro è contraddittorio, la programmazione è mutevole e tale mutevolezza è il frutto sia dell'instabilità dei Governi, che implica un frequente "rimiscolamento" delle priorità politiche, sia dell'abuso della decretazione d'urgenza che, insieme con i provvedimenti che possono entrare automaticamente in calendario, è in grado di alterare l'organizzazione dei lavori decisa nell'ambito della programmazione. Come è noto le interpretazioni di questa condizione offerte dalla dottrina sono due e sono antitetiche tra loro. Ad avviso di alcuni la transizione al parlamentarismo maggioritario non è ancora compiuta e il Governo, non avendo strumenti istituzionali "correnti" per attuare il proprio programma (pensiamo al c.d. voto bloccato in Francia o alla possibilità di decidere l'ordine del giorno), li avrebbe conquistati abusando di istituti che la costituzione e i regolamenti parlamentari contemplano pur disciplinandoli per altri fini, pensiamo al *mix* tra decretazione d'urgenza³², maxi-emendamenti³³ e questione di fiducia³⁴. Secondo altri, invece, la transizione al parlamentarismo maggioritario sarebbe giunta ai limiti estremi e il Governo, in luogo di essere ulteriormente attrezzato, dovrebbe essere limitato. Mi pare che la prima lettura sia più rispondente alla realtà dei rapporti di forza tra Parlamento e Governo, soprattutto se si presta attenzione alla duplice considerazione che in Italia il Governo non ha strumenti parlamentari propri - al di fuori della questione di fiducia (artt. 116 r.C. e 161,4 r. S.) - per "esigere" la conclusione dell'*iter* parlamentare delle proprie proposte³⁵, e che l'abuso degli strumenti citati ricorre da parte di tutti i Governi (di ogni colore politico) che si sono succeduti dalla fine degli anni '90 ad oggi. Si dovrebbe pertanto

³² Sulla quale si v. per tutti CELOTTO, Alfonso. **Abuso del decreto-legge**. Padova: Cedam. 1997 e SIMONCINI, Andrea. **Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale**. Milano: Giuffrè. 2003.

³³ I problemi di costituzionalità sollevati dai maxi-emendamenti sono esaminati da A. PISANESCHI, Andrea. **Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia**. in *Diritto e società*. 1988, vol. 2, pp. 203 e ss.; RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **L'atto normativo**, Bologna: Zanichelli. 1998; CUOCOLO, Lorenzo. **I «maxi-emendamenti» tra opportunità e legittimità costituzionale**. In *Giurisprudenza costituzionale*. 2004, vol. 6, p. 4753 e ss.; GRIGLIO, Elena. **I maxi-emendamenti del governo in parlamento**. in *Quaderni costituzionali*. 2005, vol. 4, pp. 807 ss.; LUPO, Nicola. **Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario**. e PICCIRILLI, Giovanni. **I maxi-emendamenti alla prova della giustizia costituzionale in Italia e in Francia: tendenze opposte nel sindacato dei vizi del procedimento legislativo**. GIANFRANCESCO, Eduardo, LUPO, Nicola. **Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione**. Roma: Luiss University Press. 2007, rispettivamente, p. 41 ss. e p. 363 ss.

³⁴ Sulla quale v. per tutti OLIVETTI, Marco. **La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano**. Milano: Giuffrè. 1996.

³⁵ Altri due strumenti previsti dai regolamenti non sono ad esclusivo appannaggio del Governo: l'urgenza (che riduce della metà il termine per i tempi in commissione), perché può essere richiesta anche da un presidente di gruppo o da dieci deputati alla Camera (art. 69 r.C.) e dal proponente, dal presidente di commissione o da otto senatori al Senato (art.77 r.S.), e i progetti di legge collegati alla manovra di finanza pubblica (artt. 123-bis r.C. e 126-bis r.S.), perché sulla richiesta del Governo di deliberare sul progetto di legge entro un determinato termine si deve pronunciare all'unanimità la Conferenza dei Presidenti di gruppo o, in difetto di detto accordo, l'Assemblea. Si ricorda peraltro che lo strumento del collegato è stato di recente utilizzato nel corso della XVII legislatura in relazione alla legge 183 del 20 dicembre 2014 recante "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro" (c.d. *Jobs Act*).

considerare la possibilità che fornire all'esecutivo mezzi idonei per l'attuazione del proprio programma di governo possa servire a organizzare un processo decisionale più trasparente ed efficiente, nell'ambito del quale trovano spazio le argomentazioni di tutti gli attori politici coinvolti e sono al contempo evidenti per i cittadini le responsabilità politiche di ciascuno di essi.

ESATTEZZA

Angela Guerrieri

Maria Chiara Locchi¹

1. Nelle sue *Lezioni americane* Italo Calvino inaugura il capitolo dedicato all'esattezza con l'immagine simbolo della precisione per gli antichi Egizi: «una piuma che serviva da peso sul piatto della bilancia dove si pesano le anime. Quella piuma leggera aveva nome Maat, dea della bilancia»². Con una delle metafore per eccellenza del diritto – o, più precisamente, della giustizia – le considerazioni sull'esattezza paiono dunque introdurre il lettore alla riflessione giuridica; poche righe più avanti, d'altra parte, è lo stesso Autore a fornire schematicamente una griglia di comprensione di ciò che debba intendersi, dal suo personalissimo punto di vista, con "esattezza". Si tratta, in particolare, di

«tre cose:

1) un disegno dell'opera ben definito e ben calcolato;

2) l'evocazione d'immagini visuali nitide, incisive, memorabili; [...]

3) un linguaggio il più preciso possibile come lessico e come resa delle sfumature del pensiero e dell'immaginazione»³.

È, in particolare, quest'ultimo aspetto ad essere approfondito da Calvino nelle pagine seguenti, che restituiscono il disagio per quella «perdita di forza conoscitiva e di immediatezza»⁴ che colpisce, come una sorta di epidemia pestilenziale, l'umanità nell'uso della parola – una parola che si fa generica, anonima, astratta, incapace di rappresentare la dinamica complessità del reale. Anche le immagini sembrano affette dallo stesso morbo, e le suggestioni dell'Autore - «questa nuvola di immagini che si dissolve immediatamente come i sogni che non lasciano traccia nella memoria»⁵ - risuonano più che mai attuali nella società spettacolarizzata del XXI secolo.

Lo sgomento di fronte al "vago", alla "perdita di forma" nella vita stessa delle persone e dei

¹ Il presente scritto è frutto di una riflessione comune svolta dalle due autrici. Vanno però attribuiti a Maria Chiara Locchi i §§ 1 e 2; mentre a Angela Guerrieri i §§ 3 e 4.

² CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. Milano: Mondadori Editore, 2014, p. 59.

³ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 59-60.

⁴ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 60.

⁵ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 61.

popoli, non porta però Calvino ad assumere posizioni di limpida sicurezza; sembra anzi prevalere la tensione verso una, forse mai realizzabile appieno, restituzione della consistenza delle cose: «la parola collega la traccia visibile alla cosa invisibile, alla cosa assente, alla cosa desiderata o temuta, come un fragile ponte di fortuna gettato sul vuoto»⁶.

Lungi dall'interpretare normativamente, e quindi in modo esclusivo, l'anelito all'esattezza, infatti, Calvino preferisce procedere per coppie di concetti opposti,

«laddove ogni coppia non va considerata come il risultato di una proposizione univoca, orientata a favore dell'uno o dell'altro termine, e quindi a discapito del primo o del secondo, piuttosto come un dualismo che si risolve nella continua tensione dialogica tra l'etichetta e il suo risvolto; un gioco delle parti in divenire, una contingenza processuale di appartenenza e non di esclusione»⁷.

La duplicità dei concetti e dei valori – e dell'esattezza, in particolare – era stata già oggetto di riflessione da parte di Calvino nel suo libro *Le città invisibili* del 1972, richiamato nelle pagine delle *Lezioni americane* proprio in rapporto a quella «tensione tra razionalità geometrica e groviglio delle esistenze umane»⁸. La rappresentazione geometrica e razionalizzatrice, sotto forma di scacchiera, delle città descritte da Marco Polo da parte dell'imperatore Kublai Khan conduce il Marco Polo de *Le città* e lo stesso Calvino de *Le Lezioni* ad interrogarsi proprio sul significato ultimo da attribuire all'esattezza: «da una parte la riduzione degli avvenimenti contingenti a schemi astratti con cui si possano compiere operazioni e dimostrare teoremi; e dall'altra parte lo sforzo delle parole per render conto con la maggior precisione possibile dell'aspetto sensibile delle cose»⁹.

La capacità delle “parole” – anche, come vedremo, delle parole del diritto – di restituire la complessità delle “cose” è dunque un tema centrale nell'indagine calviniana, così come di un altro intellettuale determinante nel Novecento europeo, il Robert Musil autore de *L'uomo senza qualità*, che Calvino ricorda nelle sue *Lezioni*. Fin dall'elenco dei “tentativi di diventare un uomo notevole” che il protagonista del romanzo, Ulrich, enumera in una sorta di di autobiografico romanzo di formazione, l'esattezza della *ratio* scientifica assume il ruolo di strumento primario per

⁶ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 76.

⁷ GRANATA, Paolo. Italo Calvino: “sei lezioni” sul mondo digitale. *DOPPIOZERO*, p. 17. 2013 Tali coppie bipolari, in particolare, sono costituite da: precisione e vago, infinito e indefinito (Leopardi); cognizione astratta e cognizione empirica (Kant); esattezza e indeterminazione (Robert Musil); Mathesis singularis e Mathesis universalis (Barthes); ordine e disordine (Mallarmé); cristallo e fiamma (Chomsky, Piaget); razionalità e sensibilità (Marco Polo); superficie e profondità (Hofmannsthal); visibile e invisibile, presenza e assenza (Calvino); scrittura e disegno (Leonardo).

⁸ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 72.

⁹ CALVINO, Italo. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. p. 73-74.

conferire un ordine al mondo: «nella scienza tutto è forte, disinvolto e splendido come nei racconti di fate. Solo che gli uomini non lo sanno [...]; non sanno nemmeno lontanamente come si fa a pensare; se si potesse insegnar loro da capo a pensare, vivrebbero anche in un modo diverso»¹⁰.

L'utopica palingenesi dell'esattezza - «nei problemi del diritto e della morale, del rapporto amoroso e di quello amicale o delle questioni politiche: nei problemi insomma dell'anima»¹¹ - assume la forma grottesca di un «segretariato terreno dell'esattezza e dell'anima»¹², che Ulrich prefigura come unica possibile soluzione al conte Leindsorf e che è destinata tuttavia a scontrarsi con un'insuperabile resistenza della realtà.

2. Nell'immaginare di proporre alla riflessione di giovani studiosi di diritto i *memos* calviniani, l'intenzione degli organizzatori non è mai stata quella di concepire i "valori" (o "qualità", o "specificità", per usare le parole di Calvino) alla base delle *Lezioni* in senso prescrittivo, quanto piuttosto di valorizzarne il potenziale evocativo, anche, eventualmente, in quanto poli di tensione. Non ci interessava, in altri termini, sostenere l'auspicabilità di un diritto "leggero", "rapido", "visibile", "molteplice", "consistent" e, appunto, "esatto", ma di sollecitare contributi dai punti di vista più disparati, che fossero in grado di illuminare la complessità dell'esperienza giuridica alla luce delle suggestioni calviniane.

Parlare di "esattezza" nel diritto, del resto, si dimostra tutt'altro che un'agile impresa. La trasposizione, nel campo giuridico, del senso complessivo del rapporto di Calvino con l'esattezza – e cioè quello di una tensione, di un'aspirazione, di un anelito – può articolarsi almeno in due direzioni.

Da una parte, l'esattezza può essere intesa come obiettivo da perseguire per approdare ad un diritto che riesca a comprendere e decodificare la realtà. In quanto tentativo di dar forma alla realtà e strumento di regolazione della convivenza sociale, infatti, il diritto fornisce delle qualificazioni ai fatti e ai comportamenti; tale funzione deve però fare i conti con il dato della complessità del reale, e, si potrebbe dire, le categorie giuridiche saranno tanto più "esatte" quanto più si dimostreranno in grado di restituire tale complessità – che è anche conflittualità –

¹⁰ MUSIL, Robert. *L'uomo senza qualità*. Torino: Einaudi, 2014, p. 46.

¹¹ SALZANI Carlo. *Crisi e possibilità: Robert Musil e il tramonto dell'Occidente*, Bern: Peter Lang, 2010, p. 215.

¹² MUSIL, Robert. *L'uomo senza qualità*. p. 679.

rendendola intelligibile.

Dall'altra parte, l'esattezza può assumere altresì i contorni di un imperativo di un diritto che tende a ridurre la complessità, costruendo gerarchie volte a valorizzare alcune componenti e a soffocarne altre, piegando il diritto positivo al principio (al mito, secondo alcuni) della certezza.

Dalla prima prospettiva, quindi, l'esattezza indica un valore che orienta la costruzione di un diritto idoneo ad intercettare – riconoscendola – la molteplicità dei bisogni, degli interessi, delle identità, delle concezioni del "bene", delle pratiche sociali, delle espressioni culturali; mentre nel secondo senso essa identifica piuttosto il rischio di un eccesso di semplificazione della realtà a cui le categorie giuridiche sono indubbiamente esposte. Tale semplificazione può apparire addirittura un "tradimento" dell'oggetto da decodificare, quando questo risulta irrimediabilmente ridotto e "normato" – nel senso anche di "normalizzato" – dal diritto.

Le questioni e gli ambiti del diritto che possono venire in rilievo alla luce di tali suggestioni sono molteplici, e non si pretende in questa sede di darne una panoramica esaustiva.

"Esattezza" rimanda innanzitutto, come si è già osservato, all'idea della "certezza del diritto", e quindi all'esigenza di norme generali ed astratte che consentano la prevedibilità, da parte dell'individuo, delle conseguenze giuridiche prodotte dal proprio comportamento.

Specie nei contesti di *civil law*, il diritto è inscindibilmente legato al linguaggio, che ne incorpora significato e precetti: dalla prospettiva del positivismo giuridico, infatti, è la legge che "dichiara" il diritto, e quest'ultimo finisce per essere inscindibilmente connesso con la prima, in una sorta di immedesimazione¹³; la gran parte delle regole che amministrano il nostro agire sono dettate dalla lettera di una legge, di un regolamento, di un codice. Per questo, la qualità redazionale della norma - la sua «esattezza, incisività, precisione», per usare le espressioni di Calvino - appare, più che mai oggi, un profilo essenziale al fine di esplicitare al meglio la funzione che il diritto si prefigge; molti degli studi di seguito riportati si muovono proprio lungo queste linee direttrici. L'esattezza della legge, intesa come chiarezza del testo normativo, si configura tuttavia, secondo alcuni, come un mito irrealizzabile nei sistemi di diritto moderni, nei quali le norme giuridiche non sono prodotte esclusivamente da fonti nazionali (o sub-nazionali) ma, sempre più

¹³ Su questo si ricordano le famose pagine di ZAGREBELSKY, Gustavo. *Antigone tra diritto e politica* (Prolusione al corso 2002 del Seminario di Studi e ricerche parlamentari dell'Università di Firenze). **Quaderno n. 13 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari**, Torino, p. 3 e s. 2003.

spesso, da un legislatore sovranazionale che “non parla la nostra lingua” (o, per lo meno, non solo la nostra), con le note conseguenze in termini di necessità di interpretare e adattare i testi normativi negli ordinamenti interni.

Le perplessità sollevate dall’aspirazione ad una “legge esatta” si fanno ancora più intense in relazione a questioni eticamente sensibili (es. le molteplici problematiche riconducibili al “biodiritto”) o attraversate da profondi mutamenti e ripensamenti delle categorie giuridiche tradizionali (es. la regolazione delle relazioni familiari, il trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose nelle società multiculturali contemporanee). Il diritto, infatti, si propone di regolamentare una realtà sociale che muta più rapidamente rispetto alle norme, con la conseguente necessità di un costante adattamento della legge alla realtà, per mezzo di testi normativi “elastici” e cioè capaci di riempirsi di nuovi significati in corrispondenza ai casi concreti. Il bisogno di un adattamento “evolutivo” delle norme alla mutevolezza dei fatti e dei rapporti sociali ricollega l’esattezza, evidentemente, al fecondo filone di studi sull’interpretazione giuridica e al difficile rapporto tra legislatore (e testo legislativo) e giudice (e apporto creativo della giurisprudenza).

Rispetto al rapporto tra diritto e tecnica, ad esempio, ci si chiede quale possa essere «il limite che il diritto può porre dal momento che la sanzione non è mai stata di freno alla tecnica»¹⁴. Fin dove può spingersi, in altri termini, l’aspirazione ad una legge esatta, ad una legge, cioè, che riempia i vuoti, che normi, vieti, limiti la complessità del reale, che prefiguri tutti i rimedi? Per Eligio Resta la risposta è nel senso dell’auto-limitazione del diritto – che, per citare ancora Musil, deve rinunciare a essere, «come tutte le altre religioni, ‘segretariato generale per l’anima e l’esattezza’»¹⁵ - aprendo spazi di autodeterminazione delle persone e salvando il maggior numero di “possibilità”. Anche in relazione alla realtà frammentata delle identità multiple, che si definiscono all’incrocio di intersezioni variabili di genere, appartenenza razziale o etnica, orientamento sessuale, religioso ecc., l’esattezza può diventare una chiave di lettura per la decostruzione di quelle categorie identitarie prodotte dai gruppi dominanti nell’esercizio del potere nei confronti dei “soggetti deboli”, in vista di un’autodefinizione guidata da una logica di uguaglianza non più formale ma “relazionale”.

¹⁴ RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Laterza, 2008.

¹⁵ RESTA, Eligio. **Diritto vivente**.

In linea con le intuizioni di Calvino l'esattezza sembra incidere soprattutto sulla pregnanza delle "parole" del diritto, e, quindi, come già accennato, sul rapporto tra lingua e diritto. Si tratta, in effetti, di un nodo concettuale complesso, che, a sua volta, si presta ad essere declinato da numerose prospettive: si pensi soltanto, nell'ambito del diritto comparato, alla diversità tra "diritto applicato" e "diritto scritto" – dovendosi tener conto, con Rodolfo Sacco, di «un diritto spontaneo, consuetudinario, dunque muto»¹⁶ - o alle problematiche riconducibili alla traduzione giuridica nella sua qualità di processo di mediazione simbolica.

3. Gli autori dei contributi ricompresi nella voce Esattezza hanno mostrato una varietà di approcci e sensibilità pienamente corrispondente alla complessità del compito.

Il lavoro di L. Di Majo¹⁷, ad esempio, si focalizza sulla necessità della semplificazione normativa, partendo dall'idea che qualsiasi intervento di riassetto e di riordino della legislazione dovrebbe essere accompagnato dalla produzione di regole chiare e necessarie ed offrendo, in tale prospettiva, spunti e modelli di sviluppo. Semplicità e semplificazione normativa – apparentemente sovrapponibili – sono, peraltro, concetti distinti: semplificazione, per l'Autore, vuol dire ridurre la confusione e contribuire alla semplicità dell'ordinamento, che deve però essere composto da regole chiare; con la semplificazione si rimedierebbe invece ad un male già perpetrato, ma essa rischia di rimanere fine a sé stessa se non vengono rispettate le regole volte a realizzare norme semplici e non viziate da meri interessi politici.

E. Mauro¹⁸, dalla prospettiva del procedimento amministrativo, si propone di approfondire i caratteri e i limiti del richiamo alla "rapidità" e all'"esattezza", in un'ottica che mostra di non privilegiare tali concetti in astratto (rapido, lento; esatto, inesatto), quanto piuttosto di ricercare la velocità e la precisione "opportune", in quanto funzionali alle esigenze concrete. L'Autore, in particolare, si chiede se il diritto debba «assecondare il "tempo della globalizzazione" – e cioè un tempo uniforme, ripetitivo, misurabile, indifferente a circostanze e contingenze», un tempo segnato dalla rapidità e dall'accelerazione come valori assoluti che consentono di piegare le ragioni del diritto alle istanze dell'efficienza economica – o debba piuttosto provare a recuperare

¹⁶ SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**. Bologna: il Mulino, 2007, p. 183.

¹⁷ DI MAJO, Luca. **Tra semplificazione e semplicità. brevi riflessioni per un ordinamento giuridico ... di qualità**.

¹⁸ MAURO, Enrico. **Appunti su tempo esatto e tempo opportuno con particolare riferimento alla legge italiana sul procedimento amministrativo**.

«il tempo “cairootico”, e cioè il tempo dei conflitti tra valutazioni di interessi, scopi, bisogni, un tempo sempre diverso da sé stesso perché sempre costretto a tener conto di individualità, eccentricità, dettagli, chiaroscuri».

Il rapporto tra diritto e esattezza, come già accennato, chiama in causa la capacità delle categorie giuridiche di rappresentare con pregnanza e precisione i fatti e i fenomeni, ed è questo l'approccio che sembra aver mosso V. Russo¹⁹ nell'auspicare l'elaborazione di una semantica nuova per descrivere il presente di quel «sottosistema sociale che è il diritto», a partire dalla messa in discussione delle tradizionali logiche ordinatorie di natura gerarchica. Profondamente dubbioso circa la possibilità di approdare ad un linguaggio “esatto”, tanto più nel campo del diritto, l'Autore si concentra in particolare sul concetto di “eterarchia”, che, da questa prospettiva, si presta ad orientare tale processo di ripensamento, ri-denominazione e nuova costruzione di senso, iniziando da quelle formule fondative degli Stati costituzionali contemporanei quali “sovranità statale”, “Costituzione”, “diritti fondamentali”, “democrazia”.

Si è già anticipato, d'altra parte, che l'esattezza è stata spesso declinata come “certezza” del diritto, valore che si trova posto in discussione dall'eccessiva quantità di norme emanate nel nostro ordinamento, spesso oggetto di normative emergenziali, stratificazioni di discipline, quando non – addirittura – vera e propria “schizofrenia” del legislatore. Il groviglio di fonti legislative caratterizzante il nostro sistema chiama l'interprete ad un ruolo quasi “creativo” del diritto: da ciò l'invito, formulato esplicitamente nella pagine di uno dei lavori, ad uno strumentario giuridico composto da poche, chiare, norme, dirette a favorire la certezza del diritto.

Sul binario certezza/incertezza del diritto, ad esempio, si dipana lo scritto di F. Barra²⁰, la quale si sofferma, in particolare, ad analizzare il rapporto tra sistema giuridico – complessivamente inteso – e valore della certezza. Il lavoro parte dalle considerazioni per cui il sistema giuridico è un sistema autopoietico, ovvero che produce continuamente se stesso come suo proprio prodotto e che, essendo ogni sistema organizzazione, il sistema giuridico produce se stesso come organizzazione. Spiega l'Autrice che, affinché tale autopoiesi sia possibile, è necessario che il sistema si trovi in un perdurante stato di incertezza, stato derivante dalla relazione con l'ambiente. Nelle pagine che seguono viene dunque spiegato il meccanismo per cui il

¹⁹ RUSSO, Vincenzo. **Eterarchia giuridico-politica e anacronismo semantico: riflessioni sulla società globale.**

²⁰ BARRA, Federica. **Della certezza nel Diritto.**

sistema giuridico riesca a produrre, assorbire e controllare tale incertezza autorganizzandosi.

La certezza del diritto e il suo concreto dispiegarsi nella realtà concreta (con particolare riguardo al tema dell'abuso del diritto) sono affrontati con modalità del tutto peculiari da R. Romano²¹, il quale utilizza una metodologia di indagine basata su due tecniche di argomentazione logico-matematiche: il riferimento è al Metodo Cartesiano, come criterio di analisi e sintesi dell'abuso del diritto, ed alla Teoria dei Giochi, come schema categorico entro cui intendere la natura relazionale dell'esercizio del diritto ed entro cui ricondurre gli effetti dell'abuso, per poi comprenderne le adeguate tutele civilistiche.

Si occupa di abuso del diritto anche F. Losurdo²², che sviluppa un'analisi comparativa delle tecniche del bilanciamento e del divieto dell'abuso del diritto, a partire da una ricerca delle condizioni, più che dell'esattezza, dell'equilibrio come istanza di riferimento per il diritto del terzo millennio. Pur profondamente diverse sul piano giuridico-dogmatico, entrambe le tecniche comportano una "de-mitizzazione" del valore della certezza, in vista di un diritto che si fa carico dei principi di giustizia (l'Autore parla anche di "istanze morali"). Con un'analisi che spazia dal diritto italiano all'ordinamento europeo, si giunge quindi a prefigurare il divieto dell'abuso del diritto come possibile soluzione alle problematiche connesse all'idea di giustizia posta a fondamento del bilanciamento (l'idea, cioè, di una moltiplicazione dei diritti), favorendo un maggiore equilibrio tra la dimensione dei diritti e quella dei doveri nello spazio giuridico europeo.

I discorsi appena fatti, inerenti precisione della norma e certezza del diritto, possono valere, peraltro, anche per tutta quella parte di produzione giuridica che discende -oggi con una vis sempre più espansiva- dall'opera della giurisprudenza, sia interna che sovranazionale: il modo di comporre la sentenza, il dictum del giudice devono trovare nell'esattezza della parola e nella precisione del significato uno dei principali fini cui tendere. La "resa delle sfumature" appare altresì determinante nell'uso, spesso frequente, dei cd concetti giuridici indeterminati che trovano di volta in volta nell'agire del giudice il loro concreto contenuto.

Come richiama uno dei contributi,²³ l'incertezza, contrastata da Calvino, è altresì caratteristica propria del modo in cui – in archi spazi-temporali relativamente brevi – vengono a

²¹ ROMANO, Ramon. **Abuso del Diritto e Teoria dei Giochi - Un'analisi cartesiana.**

²² LOSURDO, Federico. **Beyond certainty.** Abuse of rights and balancing in contemporary jurisprudence.

²³ STICCHI, Luca. **(In)certezza e (in)stabilità degli orientamenti giurisprudenziali: *in claris non fit interpretatio*! l'esattezza nel linguaggio giuridico.**

mutare gli orientamenti giurisprudenziali, portandosi ciò dietro dubbi interpretativi ed instabilità. La tesi prospettata da Sticchi è che la certezza e la stabilità nel tempo degli orientamenti giurisprudenziali si fonda anche sull'uso, da parte del legislatore, di un linguaggio chiaro, efficace, semplice e non ambiguo: il suo studio si dipana nella dimostrazione di tale tesi, giungendo a concludere che, a fronte di un linguaggio chiaro e preciso, il ruolo del giudice tende a ritrarsi, non rivelandosi necessario un intervento massiccio che appare invece inevitabile qualora occorra dare contenuto e chiarificare norme troppo spesso oscure. Anziché imporre per legge la certezza e la stabilità degli orientamenti, il legislatore dovrebbe imporre a se stesso la perspicuità del linguaggio giuridico, così consentendo agli operatori del diritto e ai semplici fruitori della giustizia di poter fare affidamento sulla giurisprudenza e, prima ancora, sulla legge.

Sempre con sguardo rivolto all'azione dei giudici, si articola inoltre il lavoro di C. Bigotti²⁴, la quale, guardando in particolare al diritto penale, esamina il rapporto tra esattezza, certezza del diritto e garantismo penale. In tale prospettiva emerge come il costante dialogo tra le corti interne e quelle sovranazionali (in particolare, la Corte Edu di Strasburgo) rappresenti, sotto diversi aspetti, anche un possibile rischio. Difatti – come spiega l'autrice – dal confronto tra diritto interno e diritto sovranazionale risulta sovente l'importazione di un “substrato valoriale eterodeterminato”: le decisioni della Corte EDU offrono, grazie all'elasticità dei principi cui sono ancorate (si potrebbe dire, restando alla lettera calviniana, all'*indeterminatezza*), un saldo appiglio per l'opera di rivisitazione di istituti giuridici interni e per adattamenti sistematici. E i rischi che si annidano dietro a tale operazione ermeneutica sono presto detti: essi non concernono soltanto – in ambito prettamente penale – il sovraccarico e il collasso degli incidenti di esecuzione o l'attribuzione di più ampie facoltà o poteri in capo al giudice dell'esecuzione, ma, in particolare, ciò può divenire un vero e proprio schermo dietro il quale celare l'opera di sovrascrittura delle norme da parte delle Corti interne.

Per quanto, vista la varietà dei temi affrontati e degli approcci utilizzati, appare pressoché impossibile tirare le fila dei diversi discorsi condotti dagli autori dei saggi che qui si presentano, sembra emergere però una questione inaggirabile connessa con l'esattezza nel diritto: non sempre l'applicazione rigida di norme spesso concepite “rigidamente” comporta l'individuazione di una soluzione univoca e, soprattutto, “giusta”, imponendosi in tutta la sua contraddittorietà il rapporto

²⁴ BIGOTTI, Chiara. **Garantismo penale e Law in action nel dialogo tra ordinamenti incompleti.**

tra “esattezza” della legge e la “giustizia” del caso concreto evocata da Calvino all’inizio della sua lezione.

DELLA CERTEZZA NEL DIRITTO

Favorita Barra¹

1. LA CERTEZZA DEL DIRITTO

Il discorso sulla certezza ha da sempre attraversato il pensiero giuridico-filosofico².

Più specificamente “la certezza del diritto” è stata considerata, sin dall’antichità, uno dei principi cardine dell’ordinamento giuridico.

Il legame tra diritto e certezza si muove su un doppio binario. Se da un lato il diritto si fonda su un’istanza forte di certezza, dall’altro, la sua piena realizzazione rimane solo un miraggio. Tale rapporto oscilla dunque da una tensione verso la certezza ad un’impossibilità di raggiungerla pienamente. Tuttavia è anche possibile affermare che il tentativo del diritto di affermare la propria certezza è integralmente coagulato nella sua proceduralizzazione.

Come è noto, nell’ambito della dottrina giuspositivista di orientamento normativista la certezza del diritto è intesa come l’idoneità ad orientare il comportamento dei consociati. In particolare la norma generale e astratta funge da parametro attraverso il quale le conseguenze giuridiche delle condotte individuali sono rese prevedibili. Tuttavia, affermare che il diritto è certo, non corrisponde ad una previsione esatta delle conseguenze giuridiche di determinate azioni, ma piuttosto al fatto che, in caso di violazione di un precetto, il potere coercitivo è inevitabilmente esercitato entro certi limiti e in determinate modalità. Del resto, si sa, la generalità e l’astrattezza delle norme non possono garantire aprioristicamente la certezza del diritto³. Né si può affermare che essa scaturisca da una serie di presupposti materiali quali la conoscibilità delle norme, la loro omogenea interpretazione, l’efficacia dell’ordinamento giuridico. Invero nell’attività di interpretazione e applicazione delle norme si inseriscono una serie di variabili non misurabili, che conducono ad affermare, conformemente ad Hans Kelsen che la certezza del diritto è

¹ Dottoranda in Filosofia del diritto – Università degli studi Roma Tre.

² Si rinvia in particolar modo a LOPEZ DE ONATE Flavio, **La certezza del diritto**, 2 ed. Milano, Giuffrè, 1968.

³ Sul punto si veda FARALLI Carla, *Certezza del diritto o diritto alla certezza? Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, il Mulino, n.1 pp. 89-104, giugno 1997.

esclusivamente un'illusione⁴. Lo studioso parte dal presupposto che l'attività interpretativa dell'organo giudiziario preposto all'applicazione delle norme ha indubbia matrice creativa, da ciò segue che è impossibile per il cittadino prevedere le decisioni giudiziarie.

È posto in crisi il classico assunto di matrice positivista, secondo il quale interpretazione e applicazione della norma sarebbero riconducibili ad un procedimento di meccanica sussunzione logica del caso concreto nella norma astratta.

Si sa la decisione non corrisponde alla scelta di un argomento concatenato logicamente ad una premessa maggiore normativa e ad una premessa minore, in cui è condensato il fatto. Anzi è possibile affermare che la norma e il fatto, non sono entità indipendenti l'una dall'altra, ma stringono un legame stretto nel corso del processo. Del resto conformemente all'insegnamento di Niklas Luhmann, è possibile rilevare come ogni costruzione normativa sia connessa ad un'aura di cognitività⁵.

Un primo ostacolo alla tesi della sussunzione logica è dato dalla natura stessa del linguaggio. I termini linguistici sovente corrispondono a campi semantici molto vasti. Da ciò segue che l'interprete deve effettuare una scelta tra i possibili significati di una parola. È evidente che il processo ermeneutico presenta imprescindibili componenti di valutabilità e discrezionalità. Invero i criteri condensati nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile non possono offrire una guida totalizzante ed esaustiva per l'interprete. In altre parole le linee direttrici che il suddetto articolo formula: l'attribuzione alle locuzioni legislative del "significato proprio della parole secondo la connessione di esse", nonché il riferimento all'intenzione del legislatore, non risultano sufficienti ad eliminare le incertezze ai margini che sono connaturate nell'attività ermeneutica. Da un certo punto di vista l'interpretazione è il luogo in cui si coagula lo scarto più o meno evidente tra linguaggio e realtà. Invero i segni linguistici non riescono a riflettere tutte le sfumature dei dati reali simboleggiati. Del resto per quanto un virtuoso legislatore sappia configurare le fattispecie normative con precisione, la tecnica legislativa va incontro ai limiti oggettivi relativi all'uso del linguaggio.

Oltre a tali margini di ambiguità che si sviluppano in seno all'attività ermeneutica, la decisione giudiziaria abbraccia precondizioni di tipo ideologico o emozionale, che seppur non

⁴ Kelsen Hans, **Lineamenti di dottrina pura del diritto**, 3 ed. , traduzione di Treves Renato, Torino, Einaudi, 2000, p. 124.

⁵ Sul punto si veda Luhmann Niklas, **Organizzazione e decisione**, Milano, Mondadori, 2005.

misurabili, sono significative alla luce di una serie di ricostruzioni teoriche. Noti sono gli studi che analizzano la decisione come un'operazione tutt'altro che ideologicamente neutra. Soprattutto gli esponenti del realismo americano rilevano non solo la più o meno consistente influenza nella decisione giudiziaria di pregiudiziali politico – sociali o ideologiche del giudice, ma anche la frequente incidenza di elementi perlopiù inconsci, come disposizioni o indisposizioni momentanee o particolari inclinazioni istintive. In linea con quanto innanzi rilevato Jerome Frank, esponente del realismo americano afferma:

le simpatie o le antipatie del giudice, le preferenze o meno per le donne bionde, per gli uomini con la barba, per i Sudisti, gli Italiani o gli Inglesi, gli idraulici, i ministri, i laureati o gli appartenenti al Partito Democratico interferiscono sulle sue valutazioni, dei testimoni, degli avvocati e delle parti in causa.⁶

Come è noto, il discorso di Frank ha però incontrato alcune critiche; esse sono incentrate soprattutto sulla deriva soggettivistica della sua ricostruzione.

Se è vero che il vincolo del giudice alla norma ha caratteri di flessibilità, la decisione giudiziaria deve essere circoscritta, da un lato, entro i limiti invalicabili della norma applicata, dall'altro, entro la barriera delineata dalle norme del procedimento. Tra i limiti che la legge pone per limitare l'arbitrarietà del giudizio non può non essere menzionato quello disposto dall'art. 111 Cost. Il succitato articolo al comma VI così recita: "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati".

Si precisa che il difetto di motivazione, denunciabile come motivo di ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c., può riguardare esclusivamente l'accertamento e la valutazione dei fatti, non anche l'interpretazione di norme giuridiche. Quest'ultima, infatti, può essere apprezzata sotto il profilo dell'*error in iudicando* e può portare o alla Cassazione della sentenza, se la violazione o falsa applicazione di norme di diritto ha dato luogo ad un dispositivo contrario alla legge o alla integrazione o correzione, a norma dell'art. 384, 2° comma c.p.c., quando il dispositivo sia comunque conforme al diritto pur se manchi o sia erronea la motivazione. Del resto il fatto, proprio come la norma, è soggetto ad interpretazione. Ma tornando all'obbligo di motivazione, il giudice deve ripercorrere il ragionamento che lo conduce o lo ha condotto alla decisione. Del resto nota è l'affermazione di Chaïm Perelman che rileva come il giudice prima decida e poi motivi⁷. Senza soffermarci troppo su questa ulteriore elusione di un criterio logico, è necessario mettere in

⁶ FRANK Jerome, **Law and Modern Mind**, London Stevens and Sons, 1949, p.106.

⁷ PERELMAN Chaïm e OLBRECHTS – TYTECA Lucie, **Trattato dell'argomentazione**, 5 ed, Torino, Einaudi, 2013, p. 47.

luce come l'argomentazione corrisponda ad uno strumento razionalmente orientato a limitare l'arbitrio del decisore.

L'esponente della Nouvelle Retorique evidenzia un interessante legame tra ragionamento e argomentazione condensato in queste parole:

Tutti coloro che credono di poter individuare la verità indipendentemente dall'argomentazione nutrono solo disprezzo per la retorica, che concerne delle opinioni [...]. Se tuttavia non si ammette che delle tesi filosofiche possano essere fondate su intuizioni evidenti, bisognerà pur ricorrere a tecniche argomentative per farle valere.⁸

Dunque, in tale ottica, l'argomentazione diviene un involucro capace di dimostrare come la decisione sia conforme ad una deliberazione strutturata su un iter-logico.

Del resto proprio attraverso di essa il diritto pone fine all'incertezza relativa ad un rapporto giuridico. La decisione, tra l'altro, è il risultato di una serie di atti e fasi concatenati, diretti a contenere l'incertezza e dunque il peso del suo contenuto.

Spostando ora il focus dell'osservazione su un livello sistematico, è possibile affermare che la certezza del diritto va rintracciata nel principio della "coazione a decidere" cristallizzato all' art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile. Alla luce di tale criterio direttivo il giudice non può esimersi dal decidere. Il diritto dunque fonda la sua certezza sulla necessità costitutiva di dover decidere, e dunque di porre fine alle liti⁹.

2. SISTEMA GIURIDICO E INCERTEZZA

Prima di addentrarci nel complesso rapporto tra diritto e incertezza è rilevante precisare che il sistema giuridico, come è noto, è un sistema autopoietico. In altre parole è autopoietico il sistema che produce continuamente se stesso come suo proprio prodotto. Più specificamente, considerando come dato assodato, che ogni sistema è organizzazione, possiamo affermare che il sistema giuridico produce se stesso come organizzazione.¹⁰ Venendo ora alla questione di nostro interesse deve sottolinearsi che affinché l'autopoiesi sia possibile è necessario che il sistema si trovi nel perdurante stato di incertezza, stato derivante dalla relazione con l'ambiente. Dunque il

⁸ PERELMAN Chaïm, **Il dominio retorico**, Einaudi, Torino, 1981, p. 18; si veda sul punto CASSANO Franco, **La certezza infondata**, Bari, Dedalo, 1983, p. 83

⁹ Sul punto si rinvia a RESTA Eligio, **Diritto vivente**, 1 ed., Roma-Bari, Laterza, p. 162.

¹⁰ LUHMANN Niklas, **Organizzazione e decisione**, p. 34; sul punto si rinvia altresì a Luhmann Niklas, **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**, Bologna, il Mulino, 2001.

sistema giuridico produce, assorbe e controlla l'incertezza autorganizzandosi. Sul punto, Niklas Luhmann afferma nitidamente:

Il sistema non può trasformare l'insita (diremo anche: autoprodotta) incertezza in certezza. L'assorbimento di incertezza (e di questo dovremmo parlare ampiamente) può essere solo una trasformazione, di volta in volta attuale, della forma dell'incertezza in adattamento a stati mutevoli di irritazione.¹¹

L'irritabilità non è altro che riproduzione di incertezza a partire da determinati stimoli, un particolare equilibrio tra orientamento delle aspettative del sistema e percezione di esigenze nuove derivanti dall'ambiente.

Il sistema giuridico oltre ad essere descritto come un sistema organizzato, può altresì essere ricostruito come un sistema decisionale, più precisamente come un insieme di circuiti decisionali, finalisticamente orientato a decidere sulle questioni socialmente rilevanti nonché sulle controversie. In base a tale angolo visuale l'assorbimento dell'incertezza è requisito, scopo e allo stesso tempo risorsa del sistema. Del resto in stato di costante certezza non ci sarebbe nulla da decidere e il sistema perirebbe a causa della sua immobilizzazione. È interessante notare come l'assorbimento dell'incertezza, limite e risorsa del sistema giuridico, è essa stessa un procedimento decisionale, che rigenera costantemente l'incertezza neutralizzata. Ora sorge il problema di individuare in che modo l'incertezza organizzativa venga distribuita, riprodotta e neutralizzata all'interno del sistema. L'incertezza scivola lungo le catene decisionali, addensandosi per poi tornare a fluire nei rapporti interni di potere gerarchizzato che strutturano il sistema. Alla luce di queste sintetiche ma imprescindibili notazioni l'assunto che l'incertezza venga trasformata in certezza appare un dato a cui credere, esclusivamente perché fonda la rappresentazione che il sistema ha di se stesso. Tuttavia, come è stato evidenziato, tale narrazione nasconde un strato sommerso di relazioni e movimenti, da cui deriva che dall'incertezza scaturisce altra incertezza.

3. L'ANALISI FILOSOFICA DEL SENSO COMUNE

Alla luce di quest'ultima affermazione è possibile enunciare che ogni sistema autofonda la sua certezza. A questo punto è necessaria una riflessione teorico - filosofica. Il riferimento teorico di questa analisi è senz'altro un lavoro di Wittgenstein intitolato: "Della certezza".

Il filosofo, in quest'opera, sonda la fondazione delle nostre credenze.

¹¹ LUHMANN Niklas, **Organizzazione e decisione**, p. 34.

“Con la parola certo esprimiamo la convinzione completa, l’assenza di ogni dubbio, e con essa cerchiamo di convincere il nostro interlocutore. Questa è certezza soggettiva”.¹²

Il problema è a tal punto rintracciare il contenuto della certezza oggettiva. Essa deve essere sostenuta da prove sicure, quelle che “accettiamo” incondizionatamente come sicure. Tuttavia la catena di prove circa prove è destinata a terminare. Continua Wittgenstein:

Il termine, però, non consiste nel fatto che certe proposizioni ci saltano immediatamente agli occhi come vere, e dunque in una specie di vedere da parte nostra, ma è il nostro agire che sta a fondamento del giuoco linguistico. Se il vero è ciò che è fondato, allora il fondamento non è né vero né falso.¹³

In altre parole se pensiamo che il sapere o l’essere certi - giochi linguistici equivalenti - possano essere fondati, siamo vittime di una illusione. La regressione per fondamento ci condurrà ad un’unica conclusione: la certezza è senza fondamento. “A fondamento della credenza fondata sta la credenza infondata”¹⁴.

L’opera è costellata di esempi. Possiamo a questo punto procedere con il primo.

Noi indubbiamente crediamo di avere due genitori. L’esperienza ci conduce a credere a questo dato, come anche lo studio di libri di anatomia, l’osservazione degli animali, la conoscenza di genitori delle persone che conosciamo. Tuttavia l’esperienza non ci conduce a desumere qualcosa da se stessa. L’esperienza non è la ragione della nostra credenza. La prova, spiega Wittgenstein, risiede nel fatto che per esempio i cattolici credono che Gesù avesse solo la madre (di natura umana). E, tra l’altro, forse può esistere un individuo che creda che ci siano uomini che non hanno genitori. In questo modo il filosofo afferma che la credenza di avere due genitori fa parte “dell’impalcatura di tutte le nostre considerazioni”.¹⁵ Un ulteriore esempio investe la possibilità di spiegare un calcolo. Come è possibile giustificare la credenza che ad esempio $2 \times 2 = 4$. La certezza ci è data dall’esperienza? Ma quest’ultima non potrebbe ingannarci? Alla fine della catena della giustificazioni rimane la proposizione che: calcoliamo così. Di conseguenza il nodo cruciale della questione è che “non possiamo fare a meno di credere [...]”.¹⁶ Lo stesso discorso vale se considerassimo l’induzione come la ragione della nostra credenza. Per utilizzare un’altra

¹² WITTGENSTEIN Ludwig, **Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune**, traduzione di TRINCHERO Mario, Torino, Einaudi, 1978, p. 33.

¹³ WITTGENSTEIN Ludwig, **Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune**, p. 35.

¹⁴ WITTGENSTEIN Ludwig, **Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune**, p. 41.

¹⁵ WITTGENSTEIN Ludwig, **Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune**, p. 36.

¹⁶ WITTGENSTEIN Ludwig, **Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune**, p. 44.

argomentazione tratta da “Della certezza” è possibile asserire che lo scoiattolo non conclude che dovrà procacciarsi le riserve per la stagione invernale per mezzo dell’induzione. L’uomo, allo stesso modo, non ha bisogno di giustificare le sue azioni e previsioni in base ad una legge dell’induzione.

“Che noi siamo perfettamente sicuri di una cosa, non vuol dire soltanto che ciascun individuo è sicuro di quella cosa, ma che apparteniamo a una comunità che è tenuta insieme dalla scienza e dall’educazione.”¹⁷

Del resto il sapere forma un grande sistema, al cui interno ogni singola cosa acquisisce il valore che noi gli assegniamo. Un ultimo esempio ci farà comprendere pienamente l’insegnamento di Wittgenstein. Fa parte delle nostre conoscenze il fatto che la terra esiste già da molti anni.

“Ma nel sistema totale dei nostri giuochi linguistici quest’assunzione fa parte del fondamento [*Fundament*]. L’assunzione si può dire, forma il fondamento [*Grundlage*] dell’agire e dunque, naturalmente del pensare.”¹⁸

In definitiva alcune proposizioni stanno proprio a fondamento di ogni agire ed ogni pensare. Di certe proposizioni non è possibile dubitare senza rinunciare a tutto il nostro sistema di giudizi. “E dunque così: che per poter comunque giudicare devo riconoscere certe autorità?”¹⁹

In conclusione è possibile asserire che ogni sistema di credenze poggia su un dato per scontato e immutabile, che ne costituisce il “*telos* riproduttivo”. Questa base solida o impalcatura, per utilizzare il lessico wittgensteiniano, è la base normativa sottesa “all’attendere cognitivo” che “rivela la radice pratica ed esistenziale del conoscere”²⁰.

4. DELL’ACCERTAMENTO GIUDIZIALE

Precisata la natura del fondamento infondato della certezza è possibile ora analizzare come il diritto la costruisce. Il dato normativo reca tracce della tensione, propria del diritto a realizzare la certezza. A titolo esemplificativo l’art. 2909 c.c. stabilisce che la sentenza passata in giudicato

¹⁷ WITTGENSTEIN Ludwig, *Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune*, p. 47.

¹⁸ WITTGENSTEIN Ludwig, *Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune* pp. 64 – 65.

¹⁹ WITTGENSTEIN Ludwig, *Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune* p. 80.

²⁰ CASSANO Franco, *La certezza infondata*, p. 43.

contiene un accertamento; esso “fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”. In altre parole l’intangibilità e la vincolatività della decisione definitiva decretano la certezza del rapporto giuridico dedotto in giudizio. Si sottolinea che il verbo “accertare” ha il significato di rendere certo e di certificare. La sentenza dunque rende certo o meglio certifica in maniera definitiva la stabilità di un rapporto giuridico. Per comprendere quanto affermato è necessario riflettere sulla natura e gli effetti del giudicato. Come sancito ai sensi dell’art. 2909 c.c. la sentenza passata in giudicato “contiene” un accertamento relativo ad un rapporto giuridico, tuttavia, come è noto, nella teoria generale del processo è stata elaborata la distinzione tra azioni e dunque sentenze dichiarative, di condanna e costitutive.

È bene a questo punto analizzare tale distinzione terminologica: essa segna, innanzitutto, una differenziazione nell’ambito degli effetti promanati dai provvedimenti in esame. Uno di questi effetti è l’esecutività sancita dall’art. 282 c.p.c. . Tale articolo, come è noto, sancisce che “la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”. Secondo una interpretazione restrittiva della norma, solo le sentenze di condanna sono esecutive prima del loro passaggio in giudicato, in quanto idonee per loro natura a costituire titoli esecutivi. Tuttavia si è ritenuto che le sentenze dichiarative e costitutive acquistino esecutività anticipata sia per espressa previsione di legge, che qualora ad esse acceda una statuizione di condanna, in forza della riferibilità della statuizione di primo grado alla pronuncia di condanna, indipendentemente dalla sua accessorietà²¹. È vero anche che in sede di merito e di legittimità è stata sostenuta fortemente la tesi contraria, secondo la quale tutte le pronunce di condanna accessorie e consequenziali, sono inidonee a costituire titolo esecutivo, fino a quando la pronuncia principale di accertamento o costitutiva non acquisti efficacia.

Tuttavia l’orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità attenua le sfumature di regime giuridico tra sentenze di condanna, dichiarative e costitutive per quanto attiene all’esecutività. La più nitida espressione di codesto *revirement* è formulata nella sentenza della Cassazione 3 Settembre 2007, n. 18512.

Il concetto cardine espresso da tale pronuncia è che le sentenze dichiarative e costitutive

²¹ Si precisa che tale principio è affermato dalla Corte Suprema, in relazione ad una fattispecie di opposizione a precetto, inerente il pagamento delle spese di lite accessorie ad una pronuncia di primo grado di rigetto di una domanda: Cass. 10 Novembre 2004, n. 21367- Conforme: Cass., 3 Agosto 2005, n. 16262; Contra: Cass., 12 luglio 2000, n. 9236.

sono provvisoriamente efficaci tra le parti, salvo che la legge disponga altrimenti. In particolare nel nostro ordinamento non vige alcun principio in forza del quale alla sentenza costitutiva non possano conseguire effetti prima del passaggio in giudicato. Inoltre non si spiega il motivo per il quale in determinate ipotesi la legge preveda espressamente che alcune sentenze esecutive acquistino efficacia solo dopo il passaggio in giudicato. Si pensi a tal riguardo alle decisioni in materia di *status*, divorzio, querela di falso. Tuttavia l'aspetto cruciale del ragionamento della Corte Suprema verte sull'infondatezza della tesi che non riconosce alle sentenze costitutive e di mero accertamento la produzione di effetti prima del passaggio in giudicato. Del resto, ai sensi dell'art. 2909 c.c., ad ogni statuizione di accertamento deve riconoscersi una determinata efficacia. Per quanto riguarda le sentenze costitutive, esse presuppongono l'accertamento dei presupposti individuati dal legislatore per la produzione degli effetti sanciti dall'art. 2908 c.c. Dunque, visto che le sentenze costitutive contengono sempre un accertamento, se ad esse si accompagna una statuizione di condanna anche implicita, la giustificazione dell'esecutività di quest'ultima è la stessa che opera per la sentenza di condanna.

In definitiva il conflitto sull'estensione della provvisoria esecutività alle sentenze di mero accertamento e costitutive, appare in realtà priva di giustificazione, poiché l'art. 282 c.p.c. si riferisce ad ogni statuizione di condanna che abbia come presupposto un accertamento. Utilizzando le parole della Corte:

il senso della norma è che l'accertamento positivo del modo di essere dell'ordinamento, tanto se sia esercitata un'azione di condanna, quanto se sia esercitata un'azione costitutiva, giustifica la possibilità di utilizzare la sentenza come titolo esecutivo, se all'accoglimento di tale azioni si accompagni, come completamento della tutela sostanziale oggetto di esse, una statuizione condannatoria.

È evidente a tal punto sottolineare che il principio della provvisoria esecutività delle sentenze di condanna non si evince dall'art. 282 c.p.c, ma dalla *ratio* dell'esecuzione forzata. Il discorso sull'esecutività ci conduce a riflettere sulla decisione quale atto produttivo di effetti, in altre parole sulla già richiamata efficacia.

Indubbiamente porre attenzione sull'efficacia, corrisponde a riferirsi ancora una volta al concetto di forza. È Hans Kelsen a soffermarsi in particolare su tale rilievo. Il suo ragionamento parte dal presupposto che la validità di un ordinamento giuridico dipenda dalla sua efficacia. Il nesso tra la validità e l'efficacia coincide al rapporto sussistente tra dover essere e essere. Tuttavia la realtà naturale non è identica alla realtà del diritto. "Come è impossibile nella determinazione

della validità di astrarre dalla realtà, così è anche impossibile di identificare la validità con la realtà.”²² A tal punto, sostituendo il concetto di realtà, inteso come efficacia dell’ordinamento, con il concetto di forza, la questione del rapporto tra validità ed efficacia, assume le forme del rapporto cruciale tra diritto e forza.

Il diritto si fonda sulla forza, sopravvive per mezzo della forza, è costitutivamente orientato all’organizzazione della forza e nello stesso tempo tende a differenziarsi da essa. In modo analogo Kelsen spiega la non coincidenza tra validità ed efficacia dell’ordinamento giuridico. Tuttavia, se come premesso, la validità dell’ordinamento dipende dalla sua efficacia, la validità di una singola norma non è compromessa dal fatto della sua inefficacia. Come è noto, la norma rimane valida, poiché inserita nella concatenazione di atti normativi di un ordinamento giuridico valido. Messo in evidenza il nesso tra validità ed efficacia è possibile addentrarsi nell’analisi della sentenza come atto normativo che incide sulla realtà fenomenica.

Come si è detto le azioni proponibili nel processo di cognizione sono in astratto riconducibili a tre tipi: di mero accertamento, di condanna, costitutive. La prima, mira a determinare, in caso di contestazione, il modo di essere di un determinato rapporto giuridico, dunque l’esistenza, nonché l’ampiezza di un diritto soggettivo. Essa si conclude con una sentenza dichiarativa, che si limita a constatare la piena conformità di una situazione di fatto ad una di diritto. L’esempio più lampante è la sentenza relativa ad una controversia tra proprietari confinanti che stabilisce il limite delle rispettive proprietà come coincidente con la recinzione esistente. In questo caso la forza della sentenza attesta semplicemente una concordanza tra un diritto e una realtà di fatto. L’effetto “costitutivo” risiede essenzialmente nell’estensione di una precisa disciplina giuridica ad una determinata situazione di fatto. A differenza della sentenza dichiarativa, la sentenza di condanna prende le mosse da una contrarietà della situazione di fatto ad una situazione di diritto, che è soggetta ad accertamento. La sentenza in esame è altresì connotata, da un elemento ordinatorio, in quanto è imposto alla parte soccombente di porre in essere un’attività, diretta a rimuovere la difformità, su cui l’azione si fonda. La condanna può avere ad oggetto un fare, un non fare specifico o un dare. A titolo di esempio, se previa statuizione del limite di due proprietà in base ai titoli d’acquisto, il giudice intima alla parte soccombente la rimozione di una recinzione, che invade la porzione di terreno di cui la parte vincente è proprietaria, la sua decisione produce un

²² KELSEN Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 101.

effetto che palesemente trasforma la realtà fenomenica. In particolare la sentenza attiva la conformazione della situazione di fatto alla situazione giuridica.

La controversa questione sulla natura della tutela apprestata dalla sentenza di accertamento e dalla sentenza di condanna è stata al centro di approfonditi studi e numerosi dibattiti. Supremo rappresentante della teoria più fondativa del diritto processuale contemporaneo, Giuseppe Chiovenda sottolinea come non sia opportuno affermare che la sentenza di condanna “ordina” e la sentenza di accertamento “accerta”, in quanto ogni sentenza di condanna contiene un accertamento e ogni sentenza di accertamento esterna la volontà di legge, più specificamente un comando. A parere del giurista la linea di demarcazione tra la natura della tutela di accertamento e quella di condanna deve essere ricondotta al legame tra le sentenze di accertamento e di condanna con l’esecuzione forzata. Del resto l’accertamento è stimato come la specifica forma di tutela concernente quei diritti che non esigono una prestazione da parte dell’obbligato. Precisa Chiovenda: “l’azione è di puro accertamento se mira ad effetti diversi dal conseguimento attuale o futuro della prestazione dovuta [...], è di condanna, se mira alla prestazione”.²³ Nondimeno da ciò non deriva la regola generale per cui ad ogni sentenza di condanna segua l’esecuzione forzata, stante l’autonomia del giudizio di cognizione, né che alla sentenza di accertamento possa riconoscersi o viceversa negarsi efficacia di titolo esecutivo, qualora si verifichi un disaccordo con la controparte. Piuttosto l’aspetto cruciale della questione in esame risiede nella considerazione che alla sentenza di accertamento può seguire esecuzione, che però non corrisponde alla surrogazione della prestazione dell’obbligato.²⁴

A tal punto è necessario evidenziare che, sia la sentenza di puro accertamento, che la sentenza di condanna producono, per utilizzare l’espressione di Chiovenda, “un nuovo giuridico”. Invero, sia nell’attestazione autoritativa, che nell’ordine di prestazione si realizza l’imprescindibile componente costruttivistica del diritto.

In altre parole la certezza del diritto si dichiara o si costituisce? Si potrebbe ben rispondere che essa è dichiarata costitutivamente così come è costituita dichiarativamente.

In particolare è bene riflettere, in maniera più approfondita, sull’effetto costitutivo della sentenza dichiarativa, che rimane perlopiù occultato. Da un lato deve notarsi che la decisione non

²³ CHIOVENDA Giuseppe, **Saggi di diritto processuale civile**, Bologna, Zanichelli, 1904, p. 85.

²⁴ CHIOVENDA Giuseppe, **Saggi di diritto processuale civile**, p. 86.

influenza l'esistenza o la non esistenza di un rapporto giuridico, dall'altro però deve ammettersi che il riconoscimento di un determinato rapporto giuridico è decretato proprio dalla dichiarazione formulata nella sentenza. È vero che il rapporto non è altro da quello dichiarato, ma altresì, che considerare come esistente un rapporto giuridico non dichiarato dal giudice e viceversa, costituisce un'impossibilità logico-giuridica²⁵. La potenza della decisione giudiziaria risiede proprio nello scarto che vi è tra effettiva esistenza di un rapporto e l'affermazione della sua esistenza da parte di un organo giudiziario formulata in base a determinate procedure. Pertanto il "nuovo giuridico" della sentenza sta nel conferimento di legittimità ad una data situazione giuridica. Dunque, da un certo punto di vista, la decisione incontrovertibile costruisce la realtà, anche se si limita semplicemente a riconoscere uno stato di fatto.

Tra le tipologie di sentenze deve essere menzionata, come anticipato, la sentenza costitutiva, disciplinata dall'art. 2908 c.c.

Ai sensi del suddetto articolo l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva. A differenza delle sentenze di accertamento, la sentenza costitutiva informa un determinato rapporto giuridico e ove necessario richiede l'adeguamento di una situazione di fatto al nuovo modo di essere della situazione di diritto. L'effetto originario di questo tipo di pronuncia corrisponde alla modificazione di un rapporto giuridico, con efficacia *ex nunc*.

Essa produce l'evento cui è diretta, senza necessità di successivi atti di esecuzione. Tale aspetto la distingue dalla sentenza di condanna. Quest'ultima, infatti, fonda e legittima il mutamento coattivo di una determinata situazione di fatto, conformandola al diritto.

Come emerge dalla trattazione, l'effetto costitutivo, reso palese nella sentenza costitutiva, opera in tutte le sentenze già menzionate, seppur si estrinsechi in forme differenti.

5. COSTRUTTIVISMI

La sentenza, dunque, è imprescindibile da un momento costruttivistico. In altri termini una particolare costituzione del mondo si innesta nell'ordine sociale, che a sua volta è il risultato di una continua opera di costruzione di differenze. Si può affermare invero che la decisione si inserisce in

²⁵ CHIOVENDA Giuseppe, *Saggi di diritto processuale civile*, nota 75, p. 100.

un reticolato di “schemi incorporati”, formatisi nel ciclo della storia, che vengono poi inglobati nel corso della storia individuale e che funzionano in “forma pratica e per la pratica (e non ai fini di pura conoscenza).”²⁶

Del resto, come nota, Pierre Bourdieu, da un lato, la conoscenza stessa del mondo sociale corrisponde ad un atto di costruzione, che mette in relazione schemi di pensiero e di espressione, dall’altro:

tra le condizioni di esistenza e le pratiche o le rappresentazioni si interpone sempre l’attività strutturante dei soggetti, i quali, lungi dal reagire in modo meccanico a stimoli puramente meccanici, rispondono invece ai richiami e alle minacce di un mondo di cui hanno anch’essi contribuito a produrre il senso²⁷.

In altre parole nel momento in cui gli individui conoscono il mondo contribuiscono a costruirlo²⁸. Ma vi è dell’altro. In particolare le strutture cognitive utilizzate dai soggetti per esplorare il mondo sociale costituiscono strutture sociali incorporate. Se si presuppone, partendo da una condotta “ragionevole”, una conoscenza pratica del mondo sociale, non può mettersi in dubbio che essa attivi “forme di classificazione”, più precisamente “forme simboliche”, relative a “schemi storici di percezione e di valutazione”, che sono il risultato di una divisione oggettiva in classi. Dunque i processi di divisione sono lo strumento e il risultato attraverso il quale vengono incorporate le strutture fondamentali di una società. I criteri di divisione sono condivisi dall’insieme dei membri di un’aggregazione sociale; senza la condivisione di schemi di percezione fondamentali, oggettivati in coppie di aggettivi contrapposti, non sarebbe possibile la configurazione di un mondo comune dotato di senso. Insomma la conoscenza del mondo fenomenico è strutturata su distinzioni di distinzioni, per cui la contrapposizione fondamentale sostiene la contrapposizione di secondo, terzo, quarto tipo. Tale discorso è utilizzato da Bourdieu ai fini dell’affermazione della sua tesi principale: l’efficacia ideologica di ogni contrapposizione apparentemente più insignificante della grande mitologia sociale dipende e rimanda in maniera più o meno manifesta alle fondamentali contrapposizioni dell’ordine sociale: quella tra dominati e dominanti, che poggia sulla divisione del lavoro.²⁹

²⁶ BOURDIEU Pierre, **La distinzione. Critica sociale del gusto**, Bologna, il Mulino, a cura di SANTORO Marco, traduzione di Guido Viale, 1983, p.467.

²⁷ BOURDIEU Pierre, **La distinzione. Critica sociale del gusto**, p. 467.

²⁸ L’intera storia della costruzione della certezza del diritto si inserisce nel processo di “fabbricazione di mondi”. A tal proposito si veda: GOODMAN Nelson, **Vedere e costruire il mondo**, traduzione di MARLETTI Carlo, Roma – Bari, Laterza, 2008.

²⁹ BOURDIEU Pierre, **La distinzione. Critica sociale del gusto**, p. 470.

Così si delineano due gruppi: da un lato, il gruppo che produce schemi di classificazione e, dall'altro, il gruppo dei soggetti contro cui vengono prodotti. Tuttavia deve essere notato che tale teoria può essere condivisibile in base ad un approccio sincronico. Invero da un punto di vista diacronico le cose si complicano. Le coppie dicotomiche che compongono la multiforme macchina sociale non assumono mai una posizione fissa; i ruoli del dominante e del dominatore si invertono in relazione ai più vari contesti di riferimento. In tale scenario il sistema giuridico si erge a sistema che produce forme classificatorie in base a schemi di classificazione. Ma vi è di più. Il diritto è il sistema di classificazione oggettivato e istituzionalizzato per eccellenza, che si interpone tra gli abituali schemi di percezione e valutazione, consacrato dalla sua forza. La sua peculiarità rispetto ad altri sistemi di classificazione risiede nella codificazione degli schemi di produzione del suo ordine e nella evidente semplificazione delle reti decisionali su cui è strutturato. La polimorfia dell'ambiente sociale viene inglobata e trasformata in nuovi schemi di classificazione: distinzioni di distinzioni che conferiscono al sistema giuridico una forma specifica. La sua conservazione è garantita non solo dalla prevedibilità dei procedimenti decisionali, che statuiscono chi deve decidere e come si deve decidere, ma anche da quel potere simbolico, di cui parla Bourdieu "di far vedere e di far credere,"³⁰ che si impone alle strutture mentali e nello stesso tempo promana da esse.

³⁰ BOURDIEU Pierre, *La distinzione. Critica sociale del gusto*, p. 485.

GARANTISMO PENALE E *LAW IN ACTION* NEL DIALOGO TRA ORDINAMENTI INCOMPLETI

Chiara Bigotti¹

1. INTRODUZIONE

Il presente contributo mira ad evidenziare quella ‘visione del giuridico del Terzo millennio’ che assegna all’interpretazione giurisprudenziale una posizione centrale nell’evoluzione del significato e della portata delle norme.

«Il diritto deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione», così chiosa la Corte EDU in uno dei passaggi centrali della sentenza del 2009 sul caso Scoppola². Questo vale tanto più nel campo dei delitti e delle pene, che è strettamente collegato alla nostra cultura quotidiana, «alle convinzioni di ciò che è giusto e ingiusto»³.

Il travaso di potere dal legislatore al giudice è alimentato dal dialogo con la Corte europea dei diritti dell’uomo anche per quanto concerne il principio di legalità (art. 7 CEDU). La riserva di legge, l’irretroattività della norma incriminatrice, la tassatività/determinatezza ed il divieto di analogia sono intaccati, nella loro intima essenza, dalla mutata realtà giuridica in cui la prassi si fa carico di adeguare il dato positivo alle diverse istanze che si impongono nel tessuto sociale. In una dinamica discorsiva costante tra Corti interne e Corte EDU, le garanzie connesse alla legalità si arricchiscono del corollario della retroattività della legge più favorevole al reo al quale è impressa una forza tale da travolgere ed abbattere il muro del giudicato⁴. Riceve, così, nuova linfa vitale la stessa idea di garantismo penale inteso come modello di stretta legalità conforme ad un

¹ Dottoranda in ‘diritto processuale penale interno, internazionale e comparato’ presso l’Università degli studi di Urbino. Un sincero ringraziamento per il costante confronto e gli insegnamenti va ai miei Professori Lucio Monaco, Alessandro Bondi e Gabriele Marra, al Dott. Giulio Vanacore e alle Dott. sse Chiara Battaglini e Cecilia Ascani.

² Corte EDU, sentenza Scoppola c. Italia, § 100.

³ HASSEMER, Winfred. *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer* Berlin: Ullstein Buchverlage GmbH 2009. Trad. SICILIANO, Domenico. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 25.

⁴ DONINI, Massimo. *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 44 ss.

sistema penale minimo⁵.

2. GLI ORDINAMENTI GIURIDICI INCOMPLETI: L'IDEA DI SISTEMA APERTO, FONTI MULTILIVELLO E GEOMETRIE VARIABILI NELLA DELIMITAZIONE DELLE SFERE DI ATTRIBUZIONI

La spiccata apertura al diritto sovranazionale si presenta già nel corredo genetico dell'ordinamento italiano, agli artt. 10, 11 e 117 Cost. Tali norme fungono da porte (per quanto riguarda l'Unione europea) e finestre (per la CEDU) dell'edificio giuridico multilivello, il quale appare perciò eterodeterminato⁶: tra le fonti del diritto si annoverano anche atti o provvedimenti provenienti da altri complessi giuridici che contribuiscono a renderne estremamente variabile la fisionomia. CEDU e Unione europea sono divenuti crocevia di sistemi giuridici che si caratterizzano per il diverso bilanciamento tra *ius* e *lex*: negli ordinamenti di *common law*, la giurisprudenza esplica funzione di fonte del diritto, laddove invece quelli di *civil law* riservano alla sola legge il potere di creare le norme. Questo incontro tra culture giuridiche differenti ha prodotto una sorta di contaminazione sistemica, per via del necessario obbligo di conformazione alle decisioni di Strasburgo (art. 46 CEDU) e, ancor di più rispetto alla Corte di Giustizia, per quanto attiene al diritto dell'Unione, per effetto dell'espressa limitazione di sovranità concessa dalle parti contraenti in determinate materie⁷. D'altra parte, le decisioni della Corte EDU rappresentano la forza motrice che ha diffuso e rafforzato la cultura dei diritti umani nelle legislazioni nazionali e ne attualizza il contenuto contro nuove e insidiose minacce di aggressione⁸.

La Corte costituzionale, nello sforzo di sintesi e armonizzazione, ritiene che il diritto CEDU converga e si compatti con quello nazionale in virtù dell'art. 117 Cost., nel passaggio in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali⁹. Di

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 2008, 891-895. SANTORIELLO, Ciro. «Garantismo» (voce). Dig. disc. pen., Torino: Utet, agg. 2005, p. 544. ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite. Torino: Einaudi, 1992. MARRA, Gabriele, Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro. Torino: Giappichelli, 2009, p. 31 ss.

⁶ BONDI, Alessandro. Tredici passi nel diritto penale europeo. Fano: Aras, 2012. SOTIS, Carlo, Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale. Roma: Aracne, 2012.

⁷ CASSESE, Sabino. I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale. Roma: Donzelli, 2009.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune. Torino: Einaudi, 2009. GIUNCHEDI, Filippo. «Giusto processo» (voce). Dig. Disc. Pen., Torino: Utet, III, agg. 2005, p. 635.

⁹ Corte cost., n. 348 e 349/2007; n. 317/2009, nelle quali si legge che la valutazione su «come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» compete solo ad essa; Corte cost. n. 80/2011, 264/2012 e 210/2013.

contrario avviso, parte della dottrina più attenta auspica un'interpretazione delle norme CEDU come vero e proprio diritto positivo cogente d'immediata precettività, dal momento che i diritti in essa sanciti si sovrappongono a quelli espressi in molte norme dell'Unione e dovrebbero ormai ritenersi oggetto di tutela in via diretta e immediata, tanto più alla luce dell'adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6 TUE)¹⁰.

3. LEGISLATORE VS. GIURISPRUDENZA: IL PRIMATO DELLA GIURISPRUDENZA-FONTE

Accanto alla «frantumazione stellare delle fonti», si può notare come la produzione normativa abbia assunto un'estensione elefantica¹¹. Questa proliferazione di diritto positivo, spesso mera recezione di istanze di tutela imposte a livello sovranazionale, appare segno tangibile della schizofrenia del potere legislativo nazionale, incapace di elaborare meccanismi sanzionatori efficaci che si ispirino a canoni di ragionevolezza, proporzionalità ed *extrema ratio*¹².

Nelle intercapedini delle costruzioni giuridiche parallele e comunicanti interviene la prassi con una spiccata capacità di saldatura tra principi sovranazionali ed interni, assieme alla propensione congenita per l'attualizzazione delle norme secondo il significato più aderente ai valori dominanti nelle società laiche e pluraliste. Collante naturale di questa operazione di cementificazione è la c.d. interpretazione evolutiva, che si realizza grazie alla naturale flessibilità del linguaggio quale strumento che veicola lo *ius*.

Un breve confronto tra i due momenti di produzione è utile per cogliere gli aspetti problematici sollevati dal ruolo suppletivo della giurisprudenza in materia penale.

La legge, almeno in linea teorica, si rivolge alla generalità dei consociati, ha contenuto cogente ed è strutturata per classi di fattispecie. I caratteri della generalità e astrattezza sono ritenuti idonei a garantire il presupposto di conoscibilità astratta del contenuto precettivo delle norme una volta pubblicate sulla gazzetta ufficiale. La legittimazione della legge risiede nel suo meccanismo di formazione: in quel confronto dialogico tra una pluralità di persone portatrici di

¹⁰ RUGGERI, Antonio. L'interpretazione conforme e la ricerca del sistema di sistemi come problema. Disponibile in: www.rivistaaic.it. Accesso effettuato in: 17.12.2014. FURFARO, Sandro. «Nomofilachia» (voce), Dig. disc. pen. Torino: Utet, VI, agg. 2011, p. 337. GUAZZAROTTI, Andrea. I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione nel sistema delle fonti. Disponibile in: www.rivistaaic.it, 2011/3. Accesso effettuato in: 17.12.2012.

¹¹ MANES, Vittorio. Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema. Cass. Pen., Milano: Giuffrè, 2014/5, p. 1918 – 1945.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune. P.11.

punti di vista eterogenei, spesso in conflitto tra loro, in un ambiente comunicativo, tendenzialmente aperto ed attento alle ripercussioni delle scelte nel substrato socio-economico.

La sentenza del giudice penale invece ha come destinatari soltanto l'imputato e i soggetti costituiti parte civile nel processo. Il caso concreto costituisce la bussola con la quale orientare la decisione e dare applicazione ad una norma, la cui portata e contenuti devono essere contestualizzati: il giudice costituisce il punto di convergenza tra teoria e prassi. Il substrato conoscitivo è limitato dalle previsioni processuali poste a garanzia dell'imputato, sicché talune circostanze del fatto, le opinioni pubbliche e gli elementi probatori assunti senza l'osservanza di specifiche procedure, seppur utili ai fini della ricostruzione della verità storica, sono estromessi e lasciati defluire in canali alternativi (ad esempio, i *media*): la conoscenza del fatto storico per come accaduto è parziale e la decisione è ricavata in base a quanto esposto nel capo d'imputazione ed alle prove legittimamente assunte nell'ambito del processo. Qualora sussistano tutti gli elementi costitutivi di un reato, la pena va commisurata nel rispetto della funzione rieducativa (art. 27, co. 3 Cost.): esula invece ogni considerazione circa le ripercussioni oltre il caso concreto¹³. Tali caratteri, tuttavia, non sono sempre così rigidi: la Cassazione ha precisato, nella celebre sentenza 'Beschi', che le pronunce delle sezioni unite, pur avendo un'efficacia meramente persuasiva, ampliano il campo visuale oltre la singola vicenda, per giungere, attraverso i criteri storico-comparativo e/o logico-sistematico, all'enunciazione di un principio di diritto le cui proiezioni applicative si moltiplicano a tutte le vicende analoghe a quella risolta¹⁴.

3.1 Criticità della giurisprudenza-fonte: scosse telluriche al dogma della separazione dei poteri ed al principio di legalità

Il riconoscimento della funzione sostanzialmente creativa della giurisprudenza non è indolore. Esso presenta, al contrario, un conto salato, mettendo in crisi una delle più importanti conquiste illuministiche: il dogma della separazione dei poteri, che si basava su una pretesa di completezza della legge tradottasi nella codificazione napoleonica d'inizio ottocento e trasfuso nel

¹³ DONINI, Massimo. Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte. P. 69 ss.

¹⁴ Cass. pen., SS. UU. 21.01.2010, n. 18288, Beschi. FURFARO, Sandro. «Nomofilachia» (voce). P. 343; CANZIO, Giovanni. Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione. Disponibile in: <http://www.ca.milano.giustizia.it>. Accesso effettuato in: 17.12.2014.

testo costituzionale (art. 101 Cost.)¹⁵. Nell'assunto della separazione dei poteri si può intravedere una concezione del giudizio giuridico fedele ai postulati della logica formale, disinteressata ai contenuti, in cui la decisione ha natura esclusivamente logica: una mera inferenza ricavata dalle due premesse costituite dalla norma giuridica (premessa maggiore) e dal caso concreto (premessa minore)¹⁶.

L'avvento della giurisprudenza-fonte impone inoltre tensioni con i corollari in cui si articola il principio di legalità. In relazione al rango delle fonti, la riserva di legge penale statale vorrebbe che il legislatore ordinario, mediante legge o un atto avente forza di legge, definisse la norma incriminatrice e la sanzione (riserva tendenzialmente assoluta)¹⁷. Ma se il precetto è integrato ed esteso per effetto dell'interpretazione giudiziale fino ad esondare gli argini del tenore letterale della disposizione, il giudice si spoglia della veste di mero applicatore del diritto per indossare quella di produttore di norme.

Si delinea, inoltre, un *vulnus* al divieto di analogia *in malam partem* (art. 14 preleggi), ogni qual volta dietro al *maquillage* dell'interpretazione estensiva si mascheri un'analogia con effetti sfavorevoli al reo¹⁸. Il divieto di analogia è intimamente connesso all'altro corollario della legalità: il principio di tassatività, che si indirizza sia al legislatore, sia al giudice. Al primo prescrive la descrizione della condotta tipica in maniera chiara e precisa (principio di precisione) e la selezione dei soli fatti suscettibili di essere dimostrati nel processo (principio di sufficiente determinatezza); al secondo impone di non travalicare i confini dell'interpretazione letterale (principio di tassatività)¹⁹. La tassatività rivolta al giudice serve ad imbrigliarne la 'fantasia' ermeneutica, onde

¹⁵ Art. 101 Cost.; BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. 1764.

¹⁶ *Contra* PERELMAN, Chaïm. Logique juridique. Paris: Jurisprudence Generale Dalloz, 1976. Trad. a cura di CRIFO', Giuliano. Logica giuridica e nuova retorica. Milano: Giuffré, 1979. DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard: Harvard University Press, 1977, trad. a cura di ORIANA, F. I diritti presi sul serio, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 90 ss.; D'AGUANNO, Tiziana. «Legge penale (interpretazione della)» (voce). Dig. disc. pen., Torino: Utet, agg. 2004, p. 533.

¹⁷ BRICOLA, Franco. Commentario della Costituzione. Sub art. 25. Bologna: Zanichelli, 1981, p. 227- 316.

¹⁸ DONINI, Massimo. Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte. P. 70. FLORA, Giovanni. Vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali. In Riv. Trim. dir. pen. contemp., 2013/04, p. 44 – 50 Disponibile su: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 17/12/2014. D'AGUANNO, Tiziana. «Legge penale (interpretazione della)». P. 541 ss. In giurisprudenza: Cass. Pen. Sez. III, 23.02.2011, n. 6872, ric. Trinca. Disponibile su: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 17/12/2014. COLELLA, Angela. Una nuova ipotesi di applicazione diretta *in malam partem* del diritto UE: la Corte interna disapplica la normativa interna che prevede un margine di tolleranza del 10% al divieto di pesca e commercializzazione del novellame e afferma, conseguentemente, la responsabilità penale dell'imputato. Disponibile su: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 17/12/2014. SOTIS, Carlo – BOSI, Marinella. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario. Disponibile su: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 17/12/2014.

¹⁹ MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio. Manuale di diritto penale. Parte generale. Milano: Giuffré, 2012, p. 57 - 67.

azzerare il rischio di distorsione della funzione verso fini che esulano l'amministrazione della giustizia. Si ricade altrimenti in un utilizzo distorto del processo come strumento per incanalare istanze di tutela che dovrebbero essere ponderate nell'arena politica, ritornando così al problema della separazione dei poteri.

3.2 Criticità della giurisprudenza-fonte: risvolti sul piano della conoscibilità e prevedibilità del precetto penale

Nel procedimento di formazione della legge, le ripercussioni delle scelte compiute nella sfera della generalità dei consociati sono ponderate attraverso il confronto politico tra soggetti portatori d'interessi eterogenei e talvolta confliggenti. Ciò dovrebbe arginare il rischio di derive collegate alle reazioni emotive e ai sentimenti che invece potrebbero sopraffare il singolo decisore. Dalla maggiore permeabilità del giudice alle pressioni mediatiche e sociali si originano le critiche sulla volubilità della giurisprudenza e sulla precaria stabilità dei suoi orientamenti. Recenti studi sull'interpretazione insegnano, d'altronde, che l'attività ermeneutica sconta un elevato tasso di soggettività: il *background* culturale dell'interprete, il suo carattere e la sua sensibilità hanno un notevole peso nell'assunzione delle decisioni, come si evince soprattutto nei c.d. *hard-case*. Il rispetto di tutte le garanzie processuali non mette al riparo da soluzioni giudiziarie frutto di *bias* in cui incorre, senza alcuna consapevolezza, la mente umana per via di fattori emozionali e istintivi²⁰. Sicché, in relazione ad uno stesso caso, il giudice potrebbe limitarsi ad attualizzare la norma, restando entro il perimetro segnato dal significato letterale dei termini impiegati dal legislatore; oppure, lasciandosi più o meno consciamente coinvolgere da valutazioni a lui non afferenti, potrebbe attribuire all'enunciato normativo un significato più ampio rispetto al tenore letterale ed al precedente modo di intendere la fattispecie. In tal caso, il precetto non potrà dirsi astrattamente conoscibile per i consociati, così da indirizzare le scelte del comportamento da adottare.

Il tema della conoscibilità astratta delle norme ha assunto rilievo centrale fin dalla celebre sentenza 364 del 1988 della Corte costituzionale ed è ricostruito come necessario presupposto per garantire al cittadino la sicurezza giuridica di non essere punito per condotte penalmente

²⁰ L'influenza di fattori emotivi irrazionali e la fallibilità delle decisioni umane sono stati evidenziati dalla psicologia cognitiva, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York, 2011. Trad. SERRA, Laura. *Pensieri lenti e veloci*. Milano: Mondadori, 2012. DI GIOVINE, Ombretta. *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*. Torino: Giappichelli, 2009.

irrilevanti. In tale accezione, esso svela altresì la funzione di orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalla norma penale²¹. Non si può pretendere l'osservanza di una norma alla quale non si riesce ad attribuire un preciso significato, a causa dell'elasticità dei concetti utilizzati dal legislatore o per l'esistenza di zone grigie. In questi ambiti, oltre al *deficit* di prevedibilità, il mutamento interpretativo che sortisce l'effetto di espandere la fattispecie verso condotte del tutto eterogenee rispetto all'usuale prassi applicativa si traduce in un aggiramento del divieto di irretroattività, di cui agli artt. 25, co. 2 Cost., 1 e 2 c.p: il giudice valuta, a posteriori, come penalmente rilevante una condotta considerata invece lecita al tempo in cui fu commessa²².

Le Sezioni unite hanno affrontato il problema del valore dei mutamenti di giurisprudenza stabilendo che questi integrano un nuovo elemento di diritto ex art. 666, co. 2 c.p.p., idoneo ad ammettere, in sede esecutiva, la richiesta di applicazione dell'indulto rispetto ad una sentenza di condanna straniera, resa esecutiva in Italia sulla base della Convenzione di Strasburgo del 1983, sebbene quest'ultima non prevedesse la concessione dell'indulto tra i benefici accordabili da ciascun Paese²³. Secondo le sezioni unite, non tutti i mutamenti consentono il superamento della preclusione di cui all'art. 666 c.p.p., rispetto alla quale sarebbe improprio parlare di 'giudicato' nell'accezione della fase di cognizione. Al contrario, l'art. 666 c.p.p. designa il c.d. 'giudicato esecutivo' caratterizzato da un limitato effetto autoconservativo, *rebus sic stantibus*, tant'è che la domanda è riproponibile in ogni momento, in armonia con la finalità rieducativa della pena e il principio di uguaglianza. Comunque, non tutti i mutamenti giurisprudenziali dotati del carattere di novità possono sortire l'effetto di superare tale preclusione, ma solo gli orientamenti favorevoli delle Sezioni unite in quanto supremo organo di nomofilachia e dotati di una maggiore stabilità. La *ratio* di questa soluzione ermeneutica risiede nel *favor libertatis* e nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, quale minimo etico del processo penale: l'art. 3 Cost. impone di trattare allo stesso modo situazioni uguali e si traduce nell'estensione ai casi uguali della *lex mitior* tutelata dall'art. 7 CEDU che, nell'interpretazione della Corte EDU, ricomprende sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale.

Dal punto di vista della CEDU, la Corte di Strasburgo ha in più occasioni affermato il

²¹ MONACO, Lucio. Prospettive dell'idea di 'scopo' nella teoria della pena. Napoli: Jovene, 1984.

²² ZAGREBELSKY, Vladimiro. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale. In MANES, Vittorio – ZAGREBELSKY, Vladimiro. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano. Milano: Giuffrè, 2011, p. 69 - 101.

²³ Cass. pen., SS. UU., 21.01.2010, n. 18288, Beschi.

valore centrale della c.d. accessibilità e prevedibilità del contenuto prescrittivo delle norme, vera e propria espressione della legalità convenzionale (art. 7). Spostando l'attenzione sulla buona fede del cittadino nell'adozione del comportamento inconsapevolmente integrante una fattispecie di reato e dunque attraverso la considerazione della scusabilità dell'errore sul precetto penale, la Corte recupera la dimensione legata al rimprovero soggettivo di colpevolezza²⁴.

La conoscibilità della norma è inoltre ricondotta all'art. 8 CEDU, nell'accezione di diritto fondamentale alla c.d. sicurezza giuridica. Quest'ultima designa il diritto alla conoscenza certa di tutte le conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione di un certo comportamento e alla prevedibilità delle decisioni che lo riguardano, comprese quelle inerenti alla tutela giudiziaria delle posizioni giuridiche soggettive, senza pretendere di abbattere la normale alea insita nell'attività ermeneutica²⁵. L'esigenza di uniformità delle decisioni a garanzia della conoscibilità *ex ante* delle conseguenze delle proprie azioni è necessità imposta dall'irrinunciabile collegamento tra rimproverabilità del fatto al suo autore e funzione risocializzatrice della pena, la quale non può rinunciare al rapporto di proporzione tra disvalore penale del fatto e tipologia e durata della sanzione.

La giurisprudenza, in tal modo, finisce per atteggiarsi ad una sorta di legislatore di 2° grado.

Diviene allora importante ricercare strumenti atti a creare vincoli e limiti alla *vis expansiva* giurisprudenziale, addentrando l'indagine sul versante dell'interpretazione²⁶.

4. IL RUOLO CHIAVE DELL'INTERPRETAZIONE: IL DIRITTO VIVENTE

Se immanenti ragioni di uguaglianza e di giustizia materiale rendono auspicabile la possibilità di includere il diritto penale tra le scienze esatte come la geometria, questa

²⁴ Corte EDU, 20.01.2009, C. 75909/01, Sud Fondi c. Italia, sull'ecomostro di Punta Perotti: la Corte incentra la motivazione del contrasto tra normativa nazionale e art. 7 CEDU sul profilo della violazione del principio di accessibilità del precetto penale e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie penali. VIGANO', Francesco. Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali. In BELLANTONI, Giuseppe, CORSO, PierMaria, PERONI, Francesco, VIGONI, Daniela, ZANETTI, Elena. Studi in onore di Mario Pisani. Piacenza: La Tribuna, 2010, vol. III, p. 631.

²⁵ Sul concetto di sicurezza giuridica: Corte EDU, grande camera, 28.10.1999, Brumarescu c. Romania, §§ 61-62: «uno degli elementi fondamentali della preminenza del diritto è il principio di sicurezza dei rapporti giuridici». Corte EDU, 25.03.1995, Kokkinakisc. Grecia § 52, in tema di estensione in *malam partem* della legge penale. Corte EDU, 22.10.1996, Stubbings e alt. c. Regno Unito, § 51, in tema di prescrizione del reato. Corte EDU 29.03.2006, Achour c. Francia, §§ 30, 37-39, in tema di legalità e irretroattività della pena. FURFARO, Sandro. «Nomofilachia». P. 353.

²⁶ CANZIO, Giovanni. Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione. P. 2.

equiparazione appare irraggiungibile di fronte alla considerazione della legge come fenomeno di comunicazione linguistica²⁷.

Infatti, dal punto di vista formale, il testo della disposizione è anzitutto un insieme di segni, che, coordinati fra loro secondo regole sintattiche e grammaticali, generano la regola giuridica. I fatti sono catalogati in classi: la dimensione del generale domina su quella particolare. Nel momento applicativo, invece, si focalizza l'attenzione su un singolo evento o fatto ed il giudice è chiamato a decryptare il contenuto espresso dal linguaggio giuridico²⁸.

Non sfugge che, nella codificazione dei canoni che devono presiedere l'attività ermeneutica (art. 12 preleggi), al tenore letterale sia riconosciuto un posto di primo ordine. L'utilizzo di concetti nel loro significato comune appare preferibile anche alla luce del principio dell'*ignorantia legis non excusat* (art. 5 c.p.), pur se sempre più spesso nella legislazione attuale si impiegano termini in senso tecnico o concetti che seppur mutuati da altri settori giuridici, nella valutazione di rilevanza penale dei fatti ad opera della prassi, acquisiscono contenuti peculiari tali da influire sull'essenza stessa della fattispecie. In questo, l'interpretazione è attività conoscitiva complessa, che non si accontenta della logica formale delle singole proposizioni legislative o della inferenza logica del sillogismo. Ogni parola presenta, accanto ad un nocciolo semantico duro, contorni sfumati in cui si apre la strada all'apporto dell'interprete²⁹. Negli interstizi tralasciati dal legislatore, nelle formule vaghe e nell'esigenza di armonizzazione tra diritto interno e sovranazionale si individua lo spazio per l'esercizio della discrezionalità che rende il giudice coautore della norma³⁰: la decisione assume un carattere costitutivo e non meramente dichiarativo³¹. Nello schema del sillogismo, la premessa maggiore, cioè la norma chiamata a risolvere il caso concreto, è integrata nel suo contenuto dalla prassi. La *law in action* vive oggi uno dei suoi momenti più fecondi: il c.d. diritto vivente contribuisce ad attualizzare la lettera della legge, in una delicata compenetrazione e sintesi di regole, principi e valori afferenti a sistemi

²⁷ D'AGUANNO, Tiziana. «Legge penale (interpretazione della)». P. 533-534.

²⁸ MANES, Vittorio. Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema. P. 1928.

²⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. London: Oxford University Press, 1961, trad. CATTANEO, M. Il concetto di diritto. Torino: Einaudi, 1965, ove definisce l'apertura del linguaggio come naturale *open texture*.

³⁰ Illustre dottrina riteneva improprio parlare di lacuna in campo penale, perché in realtà esisterebbero due aree: quelle dell'illecito, che come tali sono presidiate dal diritto penale e quelle del lecito o dell'indifferente giuridico: MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano. Torino: Utet, I, 1981.

³¹ Corte EDU, grande camera, 17.09.2009, ric. 10249/03, Scoppola c. Italia. (c.d. Scoppola n. 2). ZAGREBELSKY, Gustavo. Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune. P. 87.

giuridici differenti, sotto l'invincibile forza trainante del diritto sovranazionale. Nei contenuti, essa riveste quella funzione di mediazione tra coscienza sociale e tradizione dogmatica³².

5. L'INTERPRETAZIONE CONFORME COME VINCOLO PER L'INTEGRAZIONE DELLE TUTELE. IL DIRITTO TRA PRINCIPI, REGOLE E VALORI: IL CASO ERCOLANO

In un'improcrastinabile esigenza di armonizzazione delle fonti, la Corte costituzionale ha esplicitamente accolto, il c.d. principio dell'integrazione di tutele: i giudici interni sono tenuti ad esperire il tentativo di interpretazione conforme, non solo rispetto al diritto costituzionale, ma anche al diritto dell'Unione europea ed alla CEDU, così come interpretato dalle rispettive Corti³³.. Soltanto in caso d'impossibilità di procedere alla diretta applicazione del diritto dell'Unione o di insuperabile contrasto con un diritto fondamentale statuito nella CEDU nel significato assegnato ad esso dalla Corte di Strasburgo, egli dovrà devolvere la questione alla Consulta chiamata a porre fine alla discrasia tra norme e sistemi giuridici.

L'interpretazione conforme è l'antidoto pratico per non incorrere in antinomie infrasistemiche. Essa si atteggia a vincolo, che impone un preciso percorso logico interpretativo da rispettare. Il suo impatto in ambito processual-penale sulla fisionomia di istituti e categorie dogmatiche è prorompente, perché veicola negli ordinamenti nazionali principi e non regole. Infatti, mentre la regola detta il contenuto di azioni o decisioni in base a circostanze predeterminate, seguendo la logica del "tutto o niente": o le si rispetta o le si viola, *tertium non datur*. Il principio invece è enunciazione di un assioma dal quale non derivano conseguenze giuridiche necessitate, perchè esso attende una concretizzazione. Esso non va confuso con il valore: il principio è un "*bene iniziale*", ossia un concetto che richiede un'attività conseguentemente orientata alla sua realizzazione. Ma è pur sempre una norma aperta, in quanto bisognosa di elementi al di fuori di sé, che si ricavano per mezzo del confronto dialogico sulle conseguenze, fungendo, così, da metro di misura dell'adeguatezza della scelta rispetto al caso concreto. Il valore, al contrario, non appartiene al *genus* delle norme, ma costituisce un "*bene finale*", indica cioè lo scopo fine a se stesso e un'azione o decisione che lo realizzi, trascurando

³² Sul concetto di diritto vivente, FALCINELLI, Daniela. La stabilità della norma scritta, la temporaneità della iuris dictio: statica e dinamica del "delitto" e del "castigo". Disponibile in: diritti-cedu.unipg.it. Accesso effettuato in: 18.10.2014.

³³ Corte cost., n. 264/2012 e 170/2013. MANES, Vittorio. Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Roma: Dike, 2012, p. 87- 90.

ogni profilo inerente alla legittimità dell'una o dell'altra. Rispetto ai valori non si danno criteri regolativi o delimitativi obiettivi.

Nel ragionamento logico giuridico, regole, principi e valori sono collegati in modo consequenziale: ad ogni regola corrisponde un principio che, a sua volta, è espressione di un valore. I principi sono il mezzo che immette «contenuti di valore nell'ordinamento, che dovranno concretizzarsi in regole»³⁴. La Corte EDU, così come la Corte costituzionale e le sezioni unite maneggiano principi e nel tradurli in regola per la singola vicenda portata alla loro attenzione, ne attualizzano il contenuto.

La vicenda Ercolano offre l'esempio dell'impatto della *vis expansiva* della giurisprudenza, del modo in cui i principi sanciti dalla Corte EDU vengono traslati nel sistema giuridico nazionale e si propagano in tutto il tessuto giuridico, fino a scardinare taluni assi portanti del 'sistema giustizia'. Ercolano è uno dei tanti condannati che, a differenza di Scoppola, non ha adito la Corte EDU, ma sconta una pena (ergastolo) più grave rispetto a quella promessa per la scelta del rito abbreviato (trent'anni), al momento di proposizione dell'istanza. A seguito della sentenza di Strasburgo che consentiva a Scoppola di scontare la pena più lieve, Ercolano propone istanza al giudice dell'esecuzione per ottenere il medesimo trattamento. Contro il rigetto dell'istanza, egli ricorre in cassazione ove, in considerazione dell'importanza della decisione, la questione viene devoluta alle sezioni unite, le quali, a loro volta, sollevano l'eccezione di incostituzionalità, in virtù dell'art. 117 Cost., per contrasto strutturale dell'art. 7 del d.l. n. 341/00 con il principio della *lex mitior*, corollario della legalità convenzionale³⁵. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 210 del 2013, perviene all'unico possibile risultato per sanare una macroscopica antinomia tra sistemi e non incorrere in una patente violazione del principio di uguaglianza: il giudicato deve essere rimesso in discussione, in modo da allineare il trattamento sanzionatorio di Ercolano a quello di Scoppola.

Si tratta di comprendere il percorso logico-argomentativo in base al quale è assegnata prevalenza alla *lex mitior*, posto che nel nostro impianto costituzionale e codicistico questa trova una sistemazione differente da quella elaborata dalla Corte EDU.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune. P. 99.

³⁵ L'art. 7 d.l. n. 341/2000 conv. in l. n. 4/2001 era la norma che, modificando l'art. 442 c.p.p., introduceva il trattamento sanzionatorio più sfavorevole per coloro che avevano richiesto ed ottenuto il rito abbreviato durante la vigenza della precedente formulazione della disposizione.

6. LA LEGALITÀ CONVENZIONALE: LA RETROATTIVITÀ *IN MITIUS*

La pronuncia sul caso Scoppola è punto di riferimento imprescindibile ai fini della ricostruzione puntuale del contenuto della legalità convenzionale (art. 7 CEDU)³⁶.

In ordine alla natura, penale o meno, di una disposizione o sanzione, la Corte si sofferma a precisare la sua totale autonomia di valutazione rispetto alla qualificazione formale operata a livello nazionale (c.d. principio di autonomia): «la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura si traduca nel merito in una «pena» ai sensi di tale disposizione» (§96). La disposizione nazionale ‘sospetta’, pur essendo inglobata nel codice di procedura penale, deve essere considerata come norma penale sostanziale, dal momento che attiene al trattamento sanzionatorio (§ 111).

Quanto alla definizione del concetto di “*law*”, la Corte precisa che esso ingloba sia il diritto di origine legislativa sia quello di matrice giurisprudenziale. Nell’atto di trasposizione della norma astratta in regola del caso concreto si situa il momento dinamico-creativo dell’attività interpretativa che è favorito dalla presenza di zone applicative grigie. La prassi contribuisce a plasmare il diritto positivo trasformandolo in ‘diritto vivente’; tuttavia, in materia penale, lo *ius dicere* deve concretamente rispettare i requisiti di accessibilità e prevedibilità del contenuto precettivo della norma (§ 100 - 101).

In merito al principio di legalità convenzionale, i giudici di Strasburgo evidenziano come all’art. 7 sia accordato un posto di primo rilievo nel sistema CEDU, tanto da non subire deroghe neppure in tempo di guerra o altro pericolo pubblico (art. 15). Il suo contenuto consta di un corollario ulteriore rispetto a quello della legalità nazionale: la retroattività della legge più favorevole al reo, nel senso che se la legge penale in vigore al momento della commissione del fatto di reato e le leggi penali successive adottate prima della sentenza di condanna sono diverse, il giudice dovrà applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo³⁷. Questo principio è compatibile con le esigenze di prevedibilità delle ipotesi di reato e delle sanzioni, in quanto

³⁶ Corte EDU, Grande camera, 17.09.2009, ric. C- 10249/03, Scoppola c. Italia (c.d. Scoppola n. 2). SOTIS, Carlo. **Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale**, Roma: Aracne, 2012, p. 81 – 101. Per la Corte di Giustizia la *lex mitior* fa parte dei principi generali del diritto comunitario che il giudice interno è tenuto a rispettare quando applica il diritto nazionale attuativo del diritto dell’Unione. Sicché i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali di diritto di cui la Corte del Lussemburgo garantisce l’osservanza, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali in materia cui questi ultimi hanno aderito: Corte di Giustizia, *Grande sezione*, 3.05. 2005, Cause riunite C-387/02, C- 391/02 e C- 403/02, Berlusconi et al., § 67 e 69.

³⁷ Corte EDU, Grande camera, 17.09.2009, , ric. C- 10249/03, Scoppola c. Italia (c.d. Scoppola n. 2), § 109.

concretizzazione del *favor libertatis* quale criterio regolativo del fenomeno della successione delle norme penali.

Nel ritenere sussistente, nel caso di specie, la violazione del principio della retroattività delle norme di favore, la Corte EDU collega inoltre l'esigenza di prevedibilità delle sanzioni con il diritto alla sicurezza giuridica declinata come protezione della buona fede e della fiducia legittima delle persone sottoposte a giudizio che scelgono di rinunciare a determinate tutele per ottenere sconti di pena (§139).

7. LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE N. 18821/2014

Le sezioni unite del 7 maggio 2014 approdano all'ultima tappa della marcia verso la traslazione nel nostro sistema del primato della retroattività favorevole sul giudicato.

Sulla questione di diritto intertemporale relativa all'individuazione della specie ed entità di pena da infliggere in coerenza con il principio della *lex mitior*, la richiesta del rito abbreviato formulata nella vigenza del più favorevole trattamento sanzionatorio funge da criterio spartiacque per l'individuazione delle situazioni nelle quali il reo ha diritto a usufruirne.

Si osserva poi che se la norma generale e astratta si rivela *ex post* incompatibile con il principio di legalità convenzionale e quindi illegittima ex art. 117, co. 1 Cost., dovrà porsi necessariamente fine a tale situazione di flagrante illegalità. Si tratta di conformarsi al *dictum* di Strasburgo.

Dunque, il principio della *lex mitior* deve trovare applicazione prioritaria anche a fronte d'istituti processuali interni che mirano a salvaguardare esigenze ugualmente importanti e costituzionalmente protette, come la certezza delle situazioni e dei rapporti giuridici³⁸.

Il punto di frizione tra retroattività favorevole ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p. e *lex mitior* ex art. 7 CEDU risiede nel fatto che quest'ultimo, pur avendo un raggio d'azione più ristretto alle sole norme che prevedono reati e sanzioni, non conosce confini temporali³⁹: la sua osservanza deve essere assicurata anche in fase di esecuzione della pena e dunque persino a fronte delle situazioni

³⁸ Corte di Giustizia, 22.12.2010, C- 507/08, Commissione c. Repubblica Slovacca. Corte di Giustizia, 3.09.2009, C- 2/08, Fallimento Olimpiclub s.r.l. Corte di Giustizia, 16.03.2006, C- 234/04, Kapferer.

³⁹ Corte EDU, *Grande sezione*, 27 aprile 2010, ric. n. 58572/00, Morabito c. Italia, che ravvisa il limite di operatività del principio di retroattività della legge più favorevole ex art. 7 CEDU, nelle «sole disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono».

esaurite, «non potendosi tollerare che uno stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale» (§ 7).

Il percorso logico-argomentativo che sovrintende la decisione si basa su un'asserzione ancorata ad una specifica 'visione della vita', innestata nel nostro ordinamento per effetto dell'esaltazione, ad opera della Corte EDU, del *favor libertatis*. Quest'ultimo assume le vesti di garanzia ad ottenere il trattamento sanzionatorio più favorevole che prevale sul giudicato in quanto più coerente con l'orizzonte inderogabile di principi eterodeterminati, inglobati nel sistema giuridico nazionale per effetto di esplicita ammissione della carta costituzionale. La decisione sembra ispirarsi, in tale passaggio, ad una visione gerarchica delle fonti.

La retroattività *in mitius* è inoltre prerogativa del buon funzionamento della giustizia orientata al consenso, come condizione della pace giudiziaria. Essa può essere accostata alla *ratio* che informa la previsione dell'art. 2 co. 3 c.p. *post* modifica da parte della l. 85/2006 nella misura in cui esalta una concezione dinamica della pena, nel senso che la stessa dev'essere aggiornata fino alla sua naturale conclusione. D'altra parte, permettere l'esecuzione di una pena *contra legem* significa creare un conflitto con «la sua più alta valenza fondativa» (§ 7.3.). In tale lapidaria affermazione emerge il diretto collegamento tra la fase esecutiva della condanna e la funzione rieducativa (art. 27, co. 3 Cost.) che deve pervadere il trattamento sanzionatorio fino al suo esaurimento. La valutazione delle sezioni unite è in sintonia con il principio della massima espansione delle garanzie, in forza del quale è da preferire quella accezione di significato che estende le possibilità di attuazione dei diritti fondamentali e rispetto alle quali il giudicato non può che essere recessivo⁴⁰.

⁴⁰ Art. 53 CEDU. BUFFA, Francesco. Le sentenze della CEDU e l'ordinamento italiano. Roma: Aracne, 2013, p. 39 – 40. Corte costituzionale, n. 170/2013, n. 85/2013; n. 264/2012; n. 317/2009. RUGGERI, Antonio. Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema". Disponibile in: www.giurcost.org. Accesso effettuato in: 16.12.2014. MANES, Vittorio. I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization. in Riv. It. Dir. pen. e proc., Milano: Giuffrè, 2012, p. 839 ss. FLORA, Giovanni. I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali. P. 44 – 50; DI GIOVINE, Ombretta. Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale, in Riv. it. dir. Pen. e proc., Milano: Giuffrè, 2011, 1474 ss., 1485 ss. VALENTINI, Vico. Case-law convenzionale, cultura dei controllimiti e giustizia penale. In Riv. it. dir. e proc. pen., Milano: Giuffrè, 2014, p. 285 ss. Il tema dello standard di tutela dei diritti fondamentali offerto dai singoli paesi UE rispetto a quello derivante dalle norme CEDU è stato affrontato dalla Corte di Giustizia, nel recente caso Melloni. La Corte respinge il rifiuto all'esecuzione del mandato d'arresto europeo spiccato nei confronti dell'imputato italiano latitante in Spagna opposto sulla base del mancato rispetto dello standard di tutela costituzionalmente fissato dalla Spagna per la celebrazione del processo penale *in absentia*. La normativa spagnola garantisce all'imputato un livello di salvaguardia in ordine alla necessità di conoscenza della celebrazione di un processo a carico, addirittura superiore da quello fissato dalla CEDU, all'art. 6. La Corte opta per la necessità di dare esecuzione al mandato, in quanto accordando prevalenza alla maggior tutela accordata dalla singola legislazione nazionale si determinerebbe la vanificazione del principio del primato del diritto dell'UE, caratteristica essenziale del diritto dell'Unione. In sostanza, le autorità e i giudici nazionali possono applicare gli standard nazionali eventualmente più elevati di tutela dei diritti fondamentali, quando un atto del diritto dell'UE richiede misure nazionali di attuazione. Ma tale applicazione non deve compromettere il livello di protezione previsto dalla CEDU, così come interpretato dalla Corte, né il primato, l'unità, e l'effettività

D'altra parte, si osserva che l'ordinamento prevede ipotesi di flessione del giudicato: per l'abolizione del reato o dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.) e nel caso previsto dall'art. 2, co. 3 c.p. Il fondamento positivo che consente di superare il giudicato esecutivo anche per la pronuncia d'incostituzionalità di una norma processual-penale si rintraccia nel sintagma 'norma dichiarata incostituzionale' di cui all' art. 30 l. 87/53, posto che l'art. 673 c.p.p. è applicabile alle sole norme incriminatrici incostituzionali⁴¹.

Tuttavia, la recessività del giudicato è consentita a fronte di contestuali rigide condizioni: la perfetta sovrapponibilità del caso con la vicenda decisa dalla Corte EDU che rileva l'esistenza di un vizio strutturale dell'ordinamento interno; la possibilità di interpretazione convenzionalmente conforme alla CEDU o la declaratoria di incostituzionalità.

Nel rimuovere la situazione d'illegalità convenzionale, il giudice dovrà procedere ad una formale sostituzione della pena, senza dover riaprire il giudizio di cognizione: non è richiesta alcuna valutazione discrezionale e pertanto l'attività dell'organo esecutivo ha natura ricognitiva⁴².

8. ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRO TRA SISTEMI: CONFRONTO TRA CORTE COST. 230/2012 E 210/2013

Il problema della tenuta del giudicato interno continuerà a persistere di fronte alle sentenze di Strasburgo dichiarative della violazione dei diritti umani, perché in realtà esso deriva da una falla nel sistema integrato di tutele. Infatti, il sistema CEDU prevede, come condizione di ricevibilità del ricorso, il previo esaurimento di tutte le vie interne ed un termine pari a sei mesi per la sua proposizione (art. 35). Le pronunce di Strasburgo hanno carattere vincolante: le Alte parti contraenti sono tenute a conformarsi al *decisum*, tant'è che la sentenza è trasmessa al Comitato dei Ministri affinché ne controlli l'esecuzione (art. 46). Gli effetti delle decisioni di Strasburgo si riverberano innanzitutto nei confronti dell'organo giudiziario interno chiamato a darvi attuazione in modo tale che il ricorrente possa trarre un vantaggio immediato e diretto. In

del diritto dell'Unione (§ 60): CoGUE, *Grande sezione*, 26.02.2013, C- 399/11, Melloni.

⁴¹ «Art. 30. 1 – 2 (*omissis*) 3 - Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. 4 - Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali.»

⁴² VIGANO', Francesco. Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola. Disponibile in: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 18.12.2014.

secondo luogo, laddove la sentenza riscontri una carenza strutturale o una violazione persistente e sistematica dei diritti umani, lo Stato è chiamato a porvi rimedio. Sicché il principio espresso in sentenza funge da norma programmatica, oltre che da regola del caso concreto espressa sotto forma di proclamazione di un principio⁴³. A carico dello Stato è previsto inoltre un obbligo riparatorio verso la parte lesa, nella forma di un'equa soddisfazione laddove il diritto interno non permetta, se non in modo imperfetto, di rimuovere le conseguenze di tale violazione (art. 41).

Le rilevate discrasie finora hanno prodotto alcuni importanti risultati: introduzione del comma 2° all'art. 175 c.p.p. (restituzione nei termini per l'imputato contumace che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o provvedimento) ad opera della d.l. 17/2005, convertito in l. 60/2005, per effetto della sentenza della Corte EDU 10.11.2004, ric. n. 56581/00, Sejdivic c. Italia (prima sentenza pilota per l'Italia); l'ineseguibilità del giudicato a norma dell'art. 670 c.p.p. (SS. UU., 1.12.2006, n. 2800, Dorigo); l'ampliamento dei casi di revisione, al fine della riapertura del processo e della conformazione ad una sentenza definitiva della Corte Europea (Corte cost. 113/2011); l'introduzione dell'art. 625-ter c.p.p. sulla rescissione del giudicato (l. n. 67/2014).

In relazione alla prevalenza accordata al principio della *lex mitior* sul giudicato, spicca l'evoluzione ed il rovesciamento di prospettiva delle giurisprudenza costituzionale, nel giro di un solo anno. Investita nel 2012 della questione sulla natura del mutamento interpretativo comportante una parziale abrogazione dell'art. 6, co. 3 d. lgs. 286/1998, la Consulta dichiara infondata la lamentata lesione delle retroattività *in mitius*⁴⁴. A dispetto dell'orientamento della Corte EDU, il giudice delle Leggi ritiene di non poter applicare il principio in parola, perchè il fenomeno successorio cui esso attiene, investe soltanto atti di produzione legislativa, nel cui ambito concettuale non rientrano le linee interpretative della giurisprudenza. Il nostro ordinamento, in materia penale, non assegna, al precedente di derivazione delle sezioni unite che adempie alla funzione di nomofilachia, alcun carattere di vincolatività necessario per rendere stabile nel tempo il rispetto del principio elaborato nei confronti delle situazioni giuridiche cui si rivolge: la pronuncia delle sezioni unite è dotata di una mera capacità persuasiva. Appare

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune**. P. 102 – 116.

⁴⁴ L'art. 6, co. 3 d. lgs. 286/1998 attiene alla contravvenzione di omessa esibizione dei documenti di identificazione e di soggiorno. Alle SS. UU. era stato posto il quesito circa l'ambito soggettivo di applicazione della fattispecie a seguito delle modifiche avvenute ad opera della l. n. 94/2009. Ad avviso delle sezioni unite la disposizione si applica soltanto agli stranieri con regolare permesso di soggiorno; sicché si determina un'ipotesi di *abolitio criminis* per gli stranieri irregolari.

infondata l'asserita lesione dell'art. 3 Cost., posto che si è in presenza di un mutamento – sempre reversibile – di orientamento della prassi. L'equiparazione con la modifica normativa risulta inoltre in contrasto con il dogma della separazione dei poteri. *Last but not least*, nella ricostruzione della Corte costituzionale, la retroattività favorevole non si atteggia a corollario della legalità ex art. 25 co. 2 Cost.: il suo fondamento risiede nell'art. 3 Cost., dal quale deriva l'obbligo di equiparare, in linea di massima, il trattamento dei medesimi fatti, in presenza di una mutata valutazione legislativa del loro disvalore, «a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice». Di conseguenza, la retroattività *in mitius* sarà suscettibile di deroghe da parte del legislatore ordinario, in quanto l'art. 3 Cost. è soggetto al bilanciamento con altri principi⁴⁵. Il suo ambito di applicazione è ricondotto nell'area dell'art. 2, co. 4 c.p. ed incontra pertanto il limite dal giudicato.

La pronuncia del 2013 si muove in un ambito diverso. La pronuncia della Corte EDU sul caso Scoppola ha denunciato una lesione congenita dell'inderogabile principio di legalità convenzionale, derivante dall'applicazione del criterio temporale nella successione di leggi aventi natura sostanzialmente penale, con conseguente trattamento peggiore imprevedibile per il reo. Essa ha inoltre fissato le linee guida quanto al bilanciamento tra il principio di retroattività favorevole e il giudicato, sancendo la sostanziale recessività del giudicato rispetto al *favor libertatis*. La Consulta deve armonizzare questi assunti con il sistema normativo nazionale, partendo dal presupposto implicito del valore paracostituzionale della CEDU. Sicchè i giudici delle Leggi pervengono alla declaratoria di incostituzionalità della norma di legge ordinaria (art. 7, co. 1 d.l. 341/2000) in contrasto con la ricostruzione del principio di legalità convenzionale, come unica via esperibile, nell'impossibilità di un'interpretazione conforme alla CEDU.

9. LA MITE DEMOLIZIONE DELLA 'FINE' DEL PROCESSO? POTENZIALITÀ ESPANSIVE DELLA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE (ERCOLANO)

La sentenza delle sezioni unite che ha sancito la prevalenza della *lex mitior* sul giudicato ha messo in luce il forte legame tra la legalità della pena che deve persistere per l'intero arco di

⁴⁵ Corte cost. n. 230/2012, § 11 che richiama le seguenti sentenze: n. 236/2011, 215/2008, 393/2006 e 394/2006. VIGANO', Francesco, Lo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011, disponibile in: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 16.12.2014.

durata della sua esecuzione e la funzione rieducativa del condannato. La valorizzazione di questa connessione comporta rilevanti effetti destabilizzatori del sistema processuale italiano. Ineseguibilità di una pena illegale significa, in sostanza, possibilità di rimodulazione della pena ogniquale volta sopraggiunga una declaratoria d'incostituzionalità di una norma diversa da quella incriminatrice.

I casi sono innumerevoli e destinati a moltiplicarsi per tutte le pronunce di incostituzionalità di norma diversa da quella incriminatrice⁴⁶. Si pensi, in particolare, alla sentenza della Corte costituzionale che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4 c.p., sul divieto del giudizio di prevalenza delle attenuanti ex art. 73, co. 5 d.p.r. 309/90 sulla recidiva reiterata (art. 99, co. 4)⁴⁷. Le sezioni unite, interpellate di recente sulla possibilità di procedere alla rideterminazione della pena sulla base della suddetta declaratoria anche nei casi coperti dal giudicato, hanno optato per la recessività del giudicato⁴⁸. Tuttavia, il ragionamento della Corte si fonda sulla differenza sostanziale tra il concetto di norma più favorevole sopravvenuta e di pronuncia di incostituzionalità. La prima atterrebbe alla vigenza normativa e quindi troverebbe un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile⁴⁹. La seconda, invece, intervenendo a sanare una patologia del sistema, e dunque riguardando il fenomeno dell'invalidità originaria di una norma, dev'essere espunta dall'ordinamento come se non fosse mai venuta ad esistenza. Come a dire che il giudicato non si può mai formare a fronte ad una norma invalida *ab origine*.

Mentre il dato normativo eleva il giudicato di condanna a barriera respingente l'efficacia espansiva della retroattività favorevole (art. 2, co. 4 c.p.), sembra che per la prassi esso non costituisca più ragionevole *discrimen* tra trattamenti sanzionatori, quando si tratta di declaratoria di incostituzionalità.

Sono destinate a mutare così anche la concezione e la percezione del sistema giustizia. Da un lato tale ricostruzione può essere valutata come una conquista rispetto all'obiettivo di umanizzazione della pena e concretizzazione del paradigma special-preventivo. Dall'altro, non

⁴⁶ VIGANO', Francesco. Pena illegittima e giudicato. Riflessioni a margine della pronuncia delle sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola. Nota a Cass. Pen. 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821. Pres. Santacroce, Rel. Milo, Ric. Ercolano. Disponibile in: www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 17.12.2014.

⁴⁷ Corte Cost., n. 251/2012.

⁴⁸ Cass. Pen., SS. UU. 29.05.2014, Rel. Ippolito, (informazione provvisoria), Disponibile in: <http://www.penalecontemporaneo.it>. Accesso effettuato in: 17.12.2014.

⁴⁹ Cass. Pen., SS. UU., 14.10.2014, n. 42858, § 5.2.

sfugge l'uso distorto della funzione giurisdizionale, ad opera della Corte suprema che, attraverso la proclamazione del principio di diritto, ridisegna gli equilibri processuali e opera valutazioni ancorati a principi e visioni di 'valore' che vanno ben oltre la mera interpretazione del dato positivo. Attraverso l'imperativo del rispetto della legalità convenzionale che assume un rango paracostituzionale, o quantomeno, sovraordinato rispetto alla legge ordinaria, la Consulta è pervenuta alla declaratoria d'incostituzionalità di norme sostanzialmente penali. La Corte di cassazione, sulla base di quella pronuncia ha poi effettuato un bilanciamento tra gli interessi in gioco ricorrendo a quei '*concetti valvola*' come il *favor libertatis*, improntati ad un profilo distributivo e perciò politico della giustizia, secondo scelte e bilanciamenti tra interessi che dovrebbero competere al legislatore, soprattutto in relazione alla profonda trasformazione del sistema penale che ne consegue⁵⁰.

L'immediata ricaduta sul sistema 'giustizia' di questa pronuncia consiste nella possibilità di rimodulazione della pena fino al suo naturale esaurimento: il tempo finisce per essere il vero arbitro che fischia il termine della partita.

10. CONCLUSIONI

La vicenda della *lex mitior* dimostra l'invincibile forza creativa della prassi nazionale, alimentata dal confronto con la 'giurisprudenza per principi' della Corte EDU. Il vincolo d'interpretazione conforme alla CEDU comporta il vaglio del risultato ermeneutico sotto la lente della coerenza infrasistemica, che, laddove non praticabile, necessita di un intervento di potatura da parte del giudice delle Leggi. Risultato del confronto tra diritto interno e diritto sovranazionale è l'importazione del substrato valoriale eterodeterminato: le decisioni della Corte EDU offrono, grazie all'elasticità dei principi cui sono ancorate, un saldo appiglio per l'opera di rivisitazione d'istituti giuridici interni e di adattamenti sistematici.

I rischi che si annidano dietro all'estensione di questo *novum* giurisprudenziale delle sezioni unite dotato di un particolare effetto illocutivo che ne espande la portata oltre il caso concreto non concernono soltanto il sovraccarico e il collasso degli incidenti di esecuzione o l'attribuzione di più ampie facoltà o poteri in capo al giudice dell'esecuzione. La conformazione del

⁵⁰ PERELMAN, Chaïm. Logique juridique. Premessa XI. EPIDENDIO, Tomaso. Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme. Disponibile su <http://www.penalecontemporaneo.it>. Accesso effettuato in: 16.12.2014.

diritto interno ai diritti fondamentali statuiti a livello sovranazionale può diventare lo schermo dietro il quale si cela un'opera di sovrascrittura delle norme da parte delle Corti interne. Armata di questo scudo, la Suprema Corte arriva ad abbattere colonne portanti della struttura che regge il sistema processuale penale.

Pur sorto con i migliori propositi di 'massima espansione delle garanzie', ogni principio da cui derivino ripercussioni sistematiche così rilevanti va vagliato criticamente, affinché la giustizia penale non si trasformi in un edificio traballante ed esposto alle raffiche di vento. Una simile valutazione non dovrebbe essere affidata alla prassi, bensì competere ad un legislatore attento e razionale, capace di soppesare tutti gli interessi coinvolti, dall'efficacia deterrente o di prevenzione generale del diritto penale alla tutela delle vittime. Altrimenti è forte il pericolo di derive tali per cui il diritto cessa di essere tale, per divenire la brutta copia di se stesso, accartocciandosi su principi espressione di istanze valoriali contingenti e mutevoli, al punto di cadere in pericolosi paradossi.

TRA SEMPLIFICAZIONE E SEMPLICITÀ. BREVI RIFLESSIONI PER UN ORDINAMENTO GIURIDICO ... DI QUALITÀ

Luca Di Majo¹

1. I COSTI DEL “TROPPO DIRITTO”

È opinione largamente condivisa che regole chiare, intelleggibili e ben formulate sono tra “i fattori chiave per la competitività dei Paesi e la loro capacità di attrarre gli investimenti”².

Regolazione e politica economica sono strettamente connesse poiché i vincoli normativi e amministrativi si riflettono inevitabilmente sui vincoli fiscali, peraltro irrigiditi dalle recenti decisioni in sede europea per garantire la stabilità della moneta unica.

La crisi economica che gli stati dell’eurozona si trovano a fronteggiare non dipende soltanto dalla deficitaria *governance* monetaria,³ ma anche dal legame tra regolazione e politica economica, laddove “l’intervento legislativo è giustificato dalla presenza di uno o più fallimenti del mercato”⁴ e dal fallimento dell’intervento pubblico nell’economia.

La questione, tuttavia, è molto più ampia: non si tratta di fronteggiare soltanto la crisi del debito, ma una disgregazione del sistema produttivo che è il fulcro dell’economia italiana e allo stesso tempo l’anello debole da cui parte il contagio; non solo il morbo del *troppo diritto*, ma anche il fallimento delle politiche di semplificazione e di liberalizzazione, come è accaduto nei casi dei servizi pubblici locali⁵ e dello sportello unico delle attività produttive⁶ dove sono state

¹ Luca Di Majo è dottorando di ricerca in diritto costituzionale nell’Università di Bologna e cultore della materia in diritto costituzionale nell’Università di Urbino, nonché allievo del Centro studi e ricerche parlamentari “S. Tosi” dell’Università di Firenze.

² DE BENEDETTO, Maria, MARTELLI, Mario e RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 11. KARPEN, Ulrich **Law drafting and the legislative process: outline of a training course for law drafters**. In: L. MADER, Luzius e MOLL, Chris, **The learning legislator: proceedings of 7th congress of the European Association of legislation (Eal)**, 31st May – 1st June 2006, Baden-Baden, Nomos, 2009.

³ FAINI, Riccardo e GAGLIARDUCCI, Stefano. **Competitività e struttura dell’economia italiana: un’anatomia del declino**. In: TORCHIA, Luisa e BASSANINI, Franco (a cura di). **Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese**, Passigli editore, 2005, p. 9 ss.

⁴ Napolitano, Giulio e Abrescia, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 164.

⁵ Sul tema, cfr. DE BENEDETTO, Maria, MARTELLI, Mario e RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**, p. 37. DE VINCENZI, Claudio, TERMINI Valeria e VIGNERI, Adriana. **La “retrovia” in mezzo al guado: lo stallo dei servizi pubblici locali**. In: TORCHIA, Luisa e BASSANINI, Franco (a cura di). **Sviluppo o declino**. DI GASPARRE, Giuseppe. **I servizi pubblici locali in trasformazione**, Padova, Cedam, 2010.

realizzate semplificazioni e privatizzazioni senza una preventiva liberalizzazione, favorendo “il trasferimento delle rendite dallo stato ai privati”⁷.

Il fallimento dello stato si percepisce chiaramente nella misura in cui si pone in essere un intervento pubblico giustificato da obiettivi di redistribuzione delle risorse, ma che è, al contrario, generatore di maggiori costi piuttosto che di benefici⁸.

La nostra pubblica amministrazione vive soffocata in un formalismo esasperato che impedisce alla stessa di operare e di raggiungere risultati in grado di garantire il benessere ai cittadini e di sviluppare dinamicamente l’economia.

Rilanciare l’economia non significa soltanto concedere contributi economici e sgravi fiscali, ma anche ridurre il carico burocratico su cittadini e imprese; esistono ostacoli che storicamente caratterizzano il nostro sistema economico e sociale e che si sostanziano in una regolazione fortemente protezionistica che impone barriere alle iniziative imprenditoriali. Nel confronto internazionale l’incidenza dei costi amministrativi e burocratici per le imprese italiane è particolarmente elevata.

Il rapporto *Doing business* 2014⁹ stilato dall’ International Financial Corporation della World Bank, vede l’Italia al 65° posto nella graduatoria dei Paesi in cui è più semplice avviare un’impresa, ben lontana dalle potenze economiche mondiali.

Il ranking prende in considerazione 10 *topics* dai quali si ricava il complessivo grado di regole che disciplinano l’attività d’impresa nel relativo Paese di riferimento. La situazione italiana, al di là della posizione occupata, è particolarmente preoccupante: soltanto in tre *aree* si sono registrati miglioramenti¹⁰ a fronte dei passi indietro in settori chiave tra i quali *starting a business*

⁶ Su cui, analiticamente, NAPOLITANO, Giulio. **Federalismo e regime amministrativo dell’impresa**. In: TORCHIA, Luisa e BASSANINI, Franco (a cura di). **Sviluppo o declino**, p. 334 ss.

⁷ DE BENEDETTO, Maria, MARTELLI, Mario e RANGONE Nicoletta. **La qualità delle regole**, p. 40. ma anche AMATO, Giuliano. **Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano**. In: TORCHIA, Luisa e BASSANINI, Franco (a cura di), **Sviluppo o declino**, p. 38 ss. D’ALBERTU, Mario. **Poteri pubblici, mercati e globalizzazione**, Bologna, Il Mulino, 2008. D’ALBERTI, Mario. **Il valore dell’indipendenza**. In D’ALBERTI, Mario e PAJNO Alessandro (a cura di). **Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia**, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 11 ss.

⁸ NAPOLITANO, Giulio e ABRESCIA Michele, **Analisi economia del diritto pubblico**, *passim*.

⁹ Consultabile alla pagina internet <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2014>; ma anche alla pagina www.businesscommunity.it.

¹⁰ *Registering property* (+20), *enforcing contracts* (+37), *trading across borders* (+2).

(-6), *paying taxes* (-3), *resolving insolvency* (-3) che dimostrano le difficoltà del sistema economico, finanziario e burocratico.¹¹

Certo, rispetto al 2013 l'Italia ha “scalato” due posizioni, ma ciò è dovuto più ad un rallentamento di alcune economie rispetto alle recenti riforme che pure hanno inciso sulla riduzione delle spese legali e sulla ristrutturazione del debito.

Le note dolenti riguardano in particolare la capacità di recupero dei crediti delle imprese e l'eccessiva fiscalità: l'Italia occupa la 138° posizione (su 139) con un *total tax rate* del 65,8% rispetto alla media Ocse;¹² le procedure per avviare un'impresa sono superiori rispetto alla media Ocse, così come sono maggiori i costi per le stesse,¹³ in particolare se rapportati alle tasse sui profitti¹⁴ e ai contributi sociali sul lavoro.¹⁵

In aggiunta, secondo il rapporto Censis-Confcommercio, *L'impresa di fare impresa*, per avviare un'attività in forma societaria è necessario espletare 9 diversi adempimenti amministrativi fiscali iniziali, con un impiego di almeno 13 giorni e un costo complessivo di 3600 €. Ciò significa che un imprenditore italiano parte già svantaggiato rispetto ai suoi principali concorrenti stranieri: i costi di *start-up* sono maggiori di ben 17 volte rispetto a quelli di un *competitor* inglese (207 € richiesti in media), e ben 11 volte la spesa richiesta in Francia (in media 310 €). A ciò si aggiunga che in Italia, un'agenzia deve espletare ben 117 diversi passaggi presso gli uffici della pubblica amministrazione per costruire un immobile da destinare ad uso magazzino; sono poi necessari ulteriori adempimenti burocratici per la registrazione o la trascrizione della proprietà di un immobile strumentale all'utilizzo di un'attività di impresa; mentre occorrono altri passaggi legali e amministrativi – 1500 giorni mediamente – prima di giungere ad una ingiunzione di pagamento per risolvere il contenzioso civile.

La presenza di un elevato potere di mercato, riconducibile ad un assetto regolatorio protezionistico ed inefficiente, costituisce una distorsione alla concorrenza con conseguenze sulle

¹¹ Il rapporto mette in chiara evidenza come la forte pressione fiscale e l'eccessivo carico burocratico amministrativo rallentano la produttività e la crescita economica.

¹² Il calcolo del *total tax rate* è ricavato rapportando la tassazione dell'impresa – *corporate tax*, contributi previdenziali, tasse sui dividendi, *capital gain*, transazione finanziarie, tasse sui rifiuti, veicoli, trasporti e simili – sui profitti totali. In relazione a questo parametro, i paesi dell'eurozona più avanti sono il Regno Unito e la Germania che fanno segnare un *total tax rate* rispettivamente del 34% e del 49,4%, a fronte di Francia e Spagna che, al contrario, sono rispettivamente al 64,7% e al 58,6%.

¹³ 14,2% del reddito medio a fronte della media generale che si attesta al 3,6%.

¹⁴ 20,35 a fronte del 16.1% di media.

¹⁵ 43,4% a fronte della media che si attesta al 23,1%.

variabili macroeconomiche così come rilevato da autorevole dottrina:¹⁶ un aumento del grado di concorrenza che porti il *markup* nel settore dei servizi in Italia a livello medio del resto dell'area Euro avrebbe effetti macroeconomici positivi sul bilancio dello stato, affidando, ad esempio, alcuni servizi alla gestione dei privati e risparmiando cifre da manovra finanziaria.¹⁷

2. SEMPLIFICAZIONE E BETTER REGULATION

L'azione del *semplificatore* italiano si è caratterizzata da una periodicità costante per l'esigenza di agire necessariamente sul piano normativo e amministrativo¹⁸ anche sulla spinta dell'Unione Europea.

Numerose indicazioni provengono dagli ambienti dell'Unione europea dove, a partire dalla costituzione del *Gruppo Mandelkern* nel 2000 – composto dai ministri della funzione pubblica dei paesi dell'eurozona – si cercò di sensibilizzare gli stati membri a rispettare “una serie di principi di qualità della regolazione”¹⁹, tra i quali semplicità, necessità e proporzionalità contenuti nel *Piano di azione per il miglioramento della regolamentazione* che ha previsto una serie di azioni “tra cui l'individuazione di un metodo volto alla previa valutazione della legislazione comunitaria dal punto di vista economico, sociale e ambientale; la fissazione di una serie di standards minimi per la consultazione e la creazione di un programma di semplificazione della legislazione comunitaria esistente”.²⁰

Anche la Commissione europea si è data da fare in tal senso emanando una serie di provvedimenti tra cui due *Libri bianchi* sulla *governance*, oltre a numerose comunicazioni che incentivano al miglioramento della qualità della regolazione proponendo la disciplina delle consultazioni nella prospettiva di garantire trasparenza e *accountability* oltre a suggerire un monitoraggio e una verifica costante della legislazione attraverso azioni di semplificazione,

¹⁶ DEGNI, Marcello e DE IOANNA, Paolo. *La voragine. Inghiottiti dal debito pubblico*, Roma, Castelvechi, 2012

¹⁷ Su questo tema, cfr. la relazione dell'AGCM, *Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso del commercio in Italia (2007)*, consultabile sul sito http://www.urbecom.polimi.it/AGCM_Regolazione-performance-regionali-commercio.pdf.

¹⁸ PASCALE, Antonio. *S'è fatta ora*, Roma, 2006, p. 77 ss.

¹⁹ BASILICA, Francesco. *La qualità della regolazione tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale*. In: *Iter legis*, ottobre 2003, p. 18.

²⁰ BASILICA, Francesco. *La qualità della regolazione tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale*, p. 18.

codificazione, consolidamento, abrogazioni espresse e strategie comuni di implementazioni.²¹

Attraverso la c.d. *direttiva Bolkestein* – meglio nota come *direttiva servizi* DIR/2006/123 CE – viene affermato ciò che poc’anzi si sottolineava, ossia che esiste un forte legame tra qualità della regolazione e crescita economica²² tant’è che espressamente si afferma che <<le procedure e le formalità devono essere chiare, rese pubbliche previamente e tali da garantire ai richiedenti che la loro domanda sarà trattata con obiettività ed imparzialità>>²³ in modo da non aggravare e ritardare le procedure amministrative, anche in vista di creare nello spazio europeo una <<[...] economia basata sulla conoscenza più competitiva e più dinamica [...] entro il 2010>>.²⁴

2.1. Il difficile cammino della semplificazione in Italia

Il *semplificatore* italiano è andato alla ricerca di strade da percorrere, sebbene la questione era già sul tavolo dei lavori da molti anni ed evidenziato dal *Rapporto Giannini*, dalla *Sottocommissione Cassese* e dalla *Commissione Barettoni Arleri*, principali tentativi di razionalizzazione dell’impianto regolatorio finalizzati ad implementare l’efficacia e l’efficienza della pubblica amministrazione e di dare finalmente un impulso decisivo alla strutturazione di regole semplici, chiare ed intellegibili.

Alcune indicazioni contenute negli schemi normativi furono recepite dalla l. n. 839/84 – *Norme sulla raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* –, dalla l. n. 400/88 – *Disciplina delle attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri* – e da tre circolari di Camera, Senato e Presidenza del Consiglio dei ministri del 1986 sulla *Formulazione tecnica dei testi legislativi* che

²¹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a BASILICA, Francesco. **La qualità della regolamentazione tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale**. In: *Iter legis*, ottobre 2003. ANGELINO, Massimo. **La semplificazione della normativa comunitaria**, in *Iter legis*, 2-3/2004, p. 73 ss.. tra i vari interventi di derivazione europea, si segnalano: Comunicazione relativa alla valutazione dell’impatto 2002 COM (2002)276 def.; comunicazione *Principi essenziali e requisiti minimi delle procedure di consultazione delle parti interessate* COM (2002)277 def.; comunicazione *Aggiornare e semplificare l’acquis comunitario* COM(2003)71; Commissione europea, *Better regulation for growth and jobs in the European Union* COM(2005) 97 def.; *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: una strategia per la semplificazione del contesto normativo* COM(2005) 535 def.; High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens, *Action plan on the reduction of administrative burdens*, 2007; Commissione europea, *Impact assessment guidelines 2009* e *Impact assessment guidelines for EU lamfalussy level 3 committess* 2008.

²² In tal senso anche LAZZARA, Paola. **La semplificazione dell’azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario**. In: *Nuove autonomie*, 3-4/2008, p. 475 ss.

²³ Art. 13, nn. 1-2 DIR 2006/123 CE.

²⁴ Direttiva del parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, n. 2006/123, 4° considerando.

aprono la strada al *Manuale Rescigno* e alle *Regole e raccomandazioni per la formulazione dei testi normativi*.

Come tuttavia è stato autorevolmente sottolineato, “i progressi della tecnica legislativa, in teoria e in pratica, dal 1979 ad oggi, sono stati notevoli e costanti, [ma] nello stesso tempo, come negli anni recenti e (presumibilmente) negli anni a venire il sistema normativo italiano è stato così caotico, confuso, parossisticamente mutevole. In Italia, il progresso della tecnica legislativa si accompagna ad un drastico peggioramento della qualità complessiva”.²⁵

C’è chi ha messo in luce che le politiche sulla semplificazione scontano la mancata distinzione tra semplificazione normativa e semplificazione amministrativa²⁶ laddove la semplificazione amministrativa è finalizzata alla “formazione di relazioni più semplici, più chiare e più certe fra amministrazione e cittadino”,²⁷ mentre la semplificazione normativa restituisce spazi di libertà ai cittadini²⁸ e persegue il fine ultimo della certezza del diritto; ci si è chiesti, dunque, se la pubblica amministrazione sia “causa o vittima”²⁹ delle storture rilevate.

A tal proposito non si conviene con chi, pur con argomentazioni convincenti, afferma in maniera troppo estrema che “il problema della semplificazione amministrativa non è un problema della pubblica amministrazione”,³⁰ ma con chi più correttamente afferma che l’aspetto normativo e l’aspetto amministrativo da un lato vanno certamente distinti in teoria, ma dall’altro non possono non considerarsi interrelati nella pratica posto che la frammentazione e l’eccesso di regolazione costituiscono senz’altro fattori che ridondano in una complicazione della pubblica amministrazione e che quindi è necessario agire anche su questi aspetti per realizzare l’obiettivo della semplificazione amministrativa.³¹

²⁵ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Le tecniche legislative in Italia. Relazione al convegno su legimatica: informatica per legiferare*, a cura dell’Istituto per la documentazione giuridica del CNR, Firenze, 1994, p. 737.

²⁶ CARTABIA, Marta. *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella “legge annuale di semplificazione”*. In: *Dir. pubbl.*, 2000, p. 391. LUPO, Nicola e TARLI BARBIERI, Giovanni. *Le leggi annuali di semplificazione: appunti per un bilancio*. In: CARETTI Paolo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 222. SORRENTI, Giusi,. *L’incerto sovrapporsi di “smaltimento” e “riassetto” nell’ultima stagione della semplificazione legislativa*. In: *Nuove autonomie*, 3-4/2008, p. 394.

²⁷ TRAVI, Aldo. *La liberalizzazione*. In: *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 645.

²⁸ FERRARI, Erminio. *Contro la banalità della semplificazione normativa*. In: SANDULLI, Maria Alessandra (a cura di). *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005.

²⁹ MERUSI, Fabio. *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*. In: *Nuove autonomie*, 3-4/2008, p. 337.

³⁰ MERUSI, Fabio. *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*. In: *Nuove autonomie*, 3-4/2008, p. 338.

³¹ CARTABIA, Marta. *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella “legge annuale di semplificazione*, p. 392 ss.

Le questioni dolenti alla base della semplificazione normativa che incidono senz'altro sulle lungaggini della pubblica amministrazione sono soltanto una parte della malattia del sistema: non è soltanto attraverso una *deforestazione* della giungla normativa che si raggiungono gli obiettivi di celerità, buon andamento, efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione, come dimostrano i rapporti della World Bank e di Confindustria che invitano ad una riflessione su aspetti che qualcuno sembra trascurare.

2.2. Le leggi “annuali” di semplificazione

Si riconosce che la stagione delle riforme sulla semplificazione, inaugurata dalla l. n. 241/90 e dalla l. n. 537/93 si è sviluppata con un andamento altalenante e contraddittorio.

Un apparente punto di svolta si ebbe nel 1995, anno in cui venne diramata la *checklist* Ocse *Improving the quality government regulatory* ove accanto alla richiesta di un'accurata conoscenza delle tecniche regolative, venivano suggerite delle riflessioni sull'opportunità di porre in essere un intervento regolativo da parte dei pubblici poteri nell'ambito del *decision making* o *rulemaking*, la forma e il livello di governo maggiormente appropriati nel realizzarlo, la rispondenza ai requisiti di legittimità, chiarezza, coerenza e accessibilità ai destinatari.

Le spinte sovranazionali si sono tradotte nella circolare del 10 gennaio 1997 del Presidente del Consiglio dei ministri sulla istruttoria legislativa delle Commissioni, nella modifica dell'art. 79, comma 4 del regolamento della camera e nella previsione del Comitato per la legislazione.

Ulteriori strumenti e organismi sono stati poi previsti dalle quattro leggi di semplificazione, delle quali la l. n. 59/97 viene considerata la *legge madre*, perché prevede al suo interno una sorta di *norma sulla produzione* che impone al governo di presentare al parlamento – entro il 31 gennaio di ogni anno – una legge annuale di semplificazione (art. 3, comma 1). Un obiettivo disatteso nella forma perché si contano solo 5 leggi “annuali” di semplificazione³² a fronte di ben 17 lunghi anni di (ri)legificazione incontrollata, e nella sostanza: la prassi ha dimostrato che la semplificazione dell'ordinamento giuridico non passa soltanto attraverso una sforbiciata delle procedure inutili e sovrabbondanti, ma anche attraverso l'attuazione degli strumenti previsti per garantire la qualità formale e sostanziale delle regole.

³² L. n. 50/99 (legge di semplificazione per il 1998); l. n. 229/03 (legge di semplificazione per il 2003); l. n. 340/00 (legge di semplificazione per il 1999 che non ha lasciato alcuna traccia applicativa); d.l. n. 5/2012 convertito in l. n. 35/2012).

Come è stato rilevato da più parti³³ non soltanto la cadenza annuale delle leggi di semplificazione si è immediatamente arenata, ma anche i principi e i criteri direttivi contenuti nell'art. 20, comma 5, l. n. 59/97 erano talmente elastici che si faceva molta fatica ad individuare i margini di manovra del governo, prospettandosi anche un rischio di sovrapposizione con le disposizioni contenute nella l. n. 127/97 e nella l. n. 191/98 (cc.dd. Bassanini *bis* e *ter*) che hanno "ulteriormente allargato l'area della semplificazione amministrativa delineata nell'art. 20 della l. n. 229/03",³⁴ che forzatamente doveva porsi in una linea di discontinuità delle precedente prevedendo una "vera e propria riscrittura della norma madre"³⁵ ripristinando, di fatto, il contenuto dell'art. 20, l. n. 50/97, modificato dall'art. 7, l. n. 59/00.

L'art. 7, l. n. 50/99 aveva introdotto il testo unico quale strumento per il riordino normativo attraverso il richiamo ai principi e ai criteri direttivi di cui all'art. 20, l. n. 59/97 per contrastare il caos normativo e migliorare la conoscibilità delle norme del nostro ordinamento, con la puntuale indicazione nel testo vigente delle norme, l'indicazione espressa delle norme da abrogare e il coordinamento logico-sistematico del testo.

Per la prima volta la l. n. 50/99 introduceva i concetti di consultazione (art. 1, comma 2), partecipazione degli interessati alle procedure della regolazione, analisi e verifica dell'impatto delle regole (art. 5, comma 1) da attuare attraverso decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e riservati all'attività del Nucleo centrale per la semplificazione normativa (art. 3), cercando di avviare un'azione coordinata tra governo e parlamento attraverso un "procedimento multifunzionale"³⁶ che abbracciasse il versante della semplificazione normativa e della semplificazione amministrativa.

La legge n. 246/05 ha inaugurato un ulteriore modello di semplificazione (*regulatory guillotine*) attraverso un sistema di riordino definito *taglia-leggi* che si proponeva di intervenire sullo *stock normativo* attraverso una ricognizione prevista dal d.lgs. n. 179/09 (c.d. *salva-leggi*) che, individuando ben 3326 atti normativi anteriori al primo gennaio 1970, ne prevede la

³³ CARLI, Massimo. *Come garantire il rispetto delle regole sulla <<buona>> qualità delle leggi dello stato*. In: CARETTI, Paolo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, p. 1 ss. BASSANINI, Franco, PAPARO, Silvia e TIBERI Gianluca. *Competitività e regolazione*, p. 123 ss. CARTABIA, Marta. *Semplificazione amministrativa*, p. 385 ss. LUPO, Nicola e TARLI BARBIERI, Giovanni. *Le leggi annuali di semplificazione*, p. 215 ss.

³⁴ LUPO, Nicola e TARLI BARBIERI, Giovanni. *Le leggi annuali di semplificazione*, p. 221.

³⁵ LUPO, Nicola. *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumento per le politiche di semplificazione. Commento alla legge n. 229 del 2003*. In: *Studium iuris*, 2004, p. 157.

³⁶ CARTABIA, Marta, *Semplificazione amministrativa*, p. 421.

permanenza in vigore ad eccezione di alcune materie escluse dallo stesso decreto attraverso la legislazione di rango primario³⁷ “caratterizzata dal ricorso all’istituto dell’abrogazione presuntiva e generalizzata [ma anche] espressa – si vedano in tal senso i decreti legge n. 112/08 e 200/08 nonché le modifiche apportate alla l. n. 246/05 dalla l. n. 69/09 – come strumento finalizzato alla riduzione dello stock normativo”,³⁸ salvo per le materie già delegificate per eliminare il rischio di pericolose (ri)legislazioni; in tal senso, l’art. 1, l. n. 246/05 ha introdotto all’art. 20, l. n. 59/97 un nuovo comma 3-bis accogliendo i suggerimenti provenienti dal parere n. 2/04 del Consiglio di Stato.

Il fulcro della normativa ruota attorno ai codici di settore – e di riassetto – già previsti, peraltro, dalla precedente legge di semplificazione e che vengono adottati sulla base di deleghe legislative; un procedimento che ha destato non poche perplessità in dottrina per una delega “dai contenuti assai poco definiti”³⁹, per la dubbia compatibilità con l’art. 117 Cost., per le modalità di scelta relative alle materie da escludere ex art. 14, comma 17, con procedimento “salva leggi” previsto dal d.lgs. 179/09, per la particolarità della “delega al contrario”,⁴⁰ per la previsione di deleghe integrative e correttive dal contenuto elastico e non ben definito, nonché sul ricorso alla decretazione d’urgenza.⁴¹

³⁷ Sulle linee generali della l. n. 246/05, cfr. BILANCIA, Paola. **Una situazione complessa: le leggi tra tagli e salvataggi**. In: *federalismi.it*, 22/2009. CARAVITA DI TORITTO, Beniamino. **Attuazione del procedimento “taglia-leggi”**. In: *federalismi.it*, 10/2009, con interventi di SORRENTINO, Federico e D’ATENA, Antonio. CARNEVALE, Paolo. **La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa e la qualità della normazione: il caso del meccanismo del c.d. “taglia-leggi”**. In: *federalismi.it*, 12/2009. CARNEVALE, Paolo. **Il paradiso può attendere. Riflessioni a margine dell’attuazione della delega “salva-leggi”**. In: *federalismi.it*, 9/2010. CECCHETTI, Marcello. **Problemi e prospettive di attuazione della delega <<taglialeggi>>**. In: CARETTI, Paolo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 273 ss. CECCHETTI, Marcello. **L’attuazione della delega “salva-leggi” mediante il d.lgs. n. 179 del 2009 e qualche possibile scenario futuro**. In: *Osservatorio sulle fonti*, 1/2010. LUPO, Nicola e MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **Gli sviluppi del “taglia-leggi”: per ora, molta immagine e poca sostanza**. In: *Studi par. pol. cost.*, 161-162/2008. LUPO, Nicola e ZACCARIA, Roberto (a cura di). **La delega “taglia-leggi”: i passi compiuti e i problemi da sciogliere**. Atti del seminario svoltosi alla LUISS “Guido Carli” il 1° aprile 2008, Roma, Aracne, 2008. LUPO, Nicola, **Quando la legge si propone di semplificare, ma purtroppo non ci riesce. A proposito della legge n. 246/05 (legge di semplificazione 2005)**. In: *Rass. parl.*, 2006, p. 288 ss. MODUGNO, Franco. **Procedimento taglia-leggi: profili problematici**. In: *federalismi.it*, 8/2009.

³⁸ ALBANESI, Enrico. **Il periodico riordino della normativa regolamentare (e le altre novelle alla l. n. 400/88 di cui alla l. n. 69/09)**. In: COSTANZO, Pasquale, (a cura di). **La qualità della normazione nella dialettica governo-parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura**, Napoli, 2011, p. 10-11. sulle modifiche intervenute alla l. n. 246/05 si consiglia CECCHETTI, Marcello. **Il “taglio” delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d’urgenza, clausole “ghigliottina” e abrogazioni espresse**. In: PAJNO Alessandro e VERDE, Giuseppe (a cura di). *Studi sulle fonti, del diritto*, Vol. I, Milano, Giuffrè, p. 95 ss. LUPO, Nicola e MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **Gli sviluppi del “taglia-leggi”**. ZACCARIA, Roberto e ALBANESI, Enrico. **Il contributo del Parlamento nel processo di semplificazione normativa mediante abrogazione nella XVI legislatura**. In: *Giur. cost.*, 2009, p. 4085 ss.

³⁹ CARAVITA DI TORITTO, Beniamino, **Attuazione del procedimento “taglia leggi”**, p. 3.

⁴⁰ CARNEVALE, Paolo., **Il Paradiso, può attendere**. CECCHETTI, Marcello. **L’attuazione della delega “salva leggi”**.

⁴¹ LUPO, Nicola e MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **Gli sviluppi del “taglia-leggi”**, dove, in particolare, a p. 18 sono analizzate le questioni relative alla delega legislativa, mentre a p. 22 quelle relative ai decreti legge.

Se da un lato la l. n. 246/05 si inserisce a pieno titolo nel solco già tracciato dalla normativa comunitaria con il *Rapporto Mandelkern*, a distanza di quasi 10 anni questi strumenti ancora scontano drammatici ritardi, tanto che a più di venti anni dalla l. n. 241/90 “la semplificazione amministrativa è stata, ed è tutt’ora oggetto di una legislazione abbondante”;⁴² recentemente il governo ha varato dei provvedimenti per snellire alcune procedure amministrative tra cui la l. n. 69/09, il d.l. n. 5/2012 – meglio conosciuto come *semplifica-Italia* – convertito dall’art. 1, comma 1, l. n. 35/2012⁴³ dal contenuto molto interessante – come la previsione della S.r.l. semplificata, la nuova disciplina sulle autorizzazioni edilizie, l’agenda digitale, la semplificazione telematica – ma che non ha inciso sul piano pratico. Sulla stessa scia, il governo Renzi, il 13 giugno 2014, ha predisposto lo schema per un successivo decreto legge contenente disposizioni per la semplificazione e la crescita del Paese che disciplinerà, tra i vari temi, il *turn-over* nelle pubbliche amministrazioni, la mobilità, la riforma dell’avvocatura, il modulo unico per la Scia e la fatturazione elettronica nelle pubbliche amministrazioni.

Ancora, si segnala *Il documento conclusivo dell’indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa* pubblicato dalla Commissione bicamerale per la semplificazione il 31 marzo 2014, contenente i risultati di una serie di audizioni al fine di “individuare le migliori pratiche da diffondere e le criticità da superare attraverso l’interazione di tutti i soggetti interessati: Ocse, istituzioni, imprese, sindacati, liberi professionisti, cittadini”.⁴⁴

L’indagine ha messo in luce una serie di criticità che sono puntualmente elencate, ma che – ad avviso di chi scrive – non aggiungono nulla di nuovo a quanto già si conosceva: si afferma, tra le righe, che sulla base di uno studio effettuato dalla Corte dei Conti, il rapporto tra norme che vengono abrogate e norme che entrano in vigore è di 1,2 e quindi, ancora una volta, *troppo diritto*; o ancora, la mancata attuazione di AIR, VIR, ATN, consultazioni, ecc.

Tra le linee di azione più o meno ragionevoli che vengono individuate dalla Commissione ne

⁴² VESPERINI, Giulio. **Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa.** In: *Giorn. dir. amm.*, 7/2010, p. 204.

⁴³ A cui, il Giornale di diritto amministrativo n. 7/2012 ha dedicato un intero numero monografico con gli interventi di CAROTTI, Bruno. **La semplificazione per le imprese**, p. 702 ss. CARLONI, Enrico. **La semplificazione telematica e l’Agenda digitale**, p. 708, ss. CLARICH, Marcello. **La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?**, p. 691 ss. SALVI, Siriana. **La misurazione e la riduzione degli oneri regolatori: verso un allineamento alle migliori pratiche europee**, p. 696 ss.

⁴⁴ Commissione bicamerale per la semplificazione, *Documento conclusivo dell’indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa*, p. 27.

spiccano un paio su cui vale la pena esprimere alcune perplessità: la prima, è che si richiede il parere della Commissione su tutti i progetti di legge che incidono sugli oneri amministrativi, ossia una vera e propria *richiesta sindacale*: una Commissione per la semplificazione che chiede che le siano assegnati tutti i disegni di legge dove sono previste indicazioni o previsioni di oneri amministrativi; tenendo presente che alla Camera esiste un Comitato per la legislazione, si rileva la possibilità di una imbarazzante sovrapposizione tra questo organo e la Commissione per la semplificazione: due organismi aventi le stesse funzioni dimenticandosi, peraltro, che sono le commissioni di merito che devono occuparsi in primo luogo della qualità della regolazione.

La qualità della regolazione, infatti, condiziona il buon esito delle politiche di settore, per cui la commissione che se ne occupa non dovrebbe delegare ad altri soggetti un determinato esame, ma se ne deve fare carico. Queste *commissioni orizzontali* che si occupano della qualità della regolazione e della semplificazione lasciano alquanto perplessi.

Seconda questione, tra le soluzioni vengono indicati i testi unici compilativi; chi scrive, tuttavia, è pienamente convinto che l'unico strumento che può apportare un contributo positivo alla chiarezza normativa è il testo unico novativo – pur con tutte le problematiche annesse di cui si è discusso precedentemente, in particolare del rapporto tra le deleghe e le altre fonti – perché elimina la normativa contrastante e obsoleta; al contrario, attraverso il testo unico compilativo il governo, sua sponda, dà incarico ad una commissione di predisporre un atto che metta insieme tutta la normativa di un settore, dimenticandosi che ciò che non è ivi contenuto, rimane comunque in vigore aumentando il fattore della confusione.

Per questi motivi, è chiaro che per evitare quest'ordine di problemi, è anche utile conoscere le nozioni formali di *drafting* perché accanto alle ingenti opere di semplificazione che si rendono necessarie, bisogna anche essere in grado di maneggiare con destrezza abrogazioni, novelle, rinvii, ecc.

3. REGOLE PER LA QUALITÀ ... DELLE REGOLE

Il complessivo fallimento delle politiche di semplificazione mette in evidenza che non basta tagliare, eliminare, coordinare e raccogliere, ma bisogna essere in grado anche di maneggiare con destrezza gli strumenti predisposti dal *drafting*.

Già da tempo la dottrina ha dedicato costantemente numerosi studi sulla tecnica di formulazione delle norme per offrire un apporto teorico ai regolatori⁴⁵ in merito alla cura dell'articolato, del contenuto logico, della sintassi, della semantica, del modo in cui predisporre rinvii, elenchi, modifiche, abrogazioni, sull'uso della punteggiatura e dei verbi.

Esistono, tuttavia, regole per la redazione dei testi normativi diverse tra stato e regioni sebbene in questa fase non ci troviamo davanti a scelte politiche, ma semplicemente al rispetto di regole tecniche per la scrittura di un testo normativo.

Accanto alle regole e raccomandazioni, le leggi di semplificazione hanno previsto (più volte) l'analisi di impatto della regolazione (AIR)⁴⁶ e la verifica di impatto della regolazione (VIR)⁴⁷ oltre all'analisi tecnico normativa (ATN).⁴⁸

Questi strumenti che avrebbero dovuto contribuire in maniera decisiva alla produzione di regole di qualità scontano difficoltà applicative – come si rileva, peraltro, dalla relazione predisposta dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi pubblicata nell'aprile 2013, *Strumenti per il ciclo della regolazione* – dovute non soltanto ad un problema culturale per cui il regolatore le ritiene nient'altro che meri adempimenti burocratici formali, ma anche a causa di una disciplina che ha previsto una serie non ben definita di esclusioni ed esenzioni per AIR e ATN, nonché alcune competenze in capo a questi strumenti che si sovrappongono chiaramente tra di loro,⁴⁹ tanto da considerare l'AIR come uno “stanco doppione della relazione di

⁴⁵ Sul tema si rinvia a AA.VV. **Lezioni di tecnica legislativa**, Padova, Cedam, 1988. ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. AINIS, Michele. **Una finestra sulla qualità delle leggi**. In: **Rass. parl.**, 1996, p. 193 ss. BASCIU, Marco. **Legislazione. Profili giuridici e politic. Atti del XVII congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica**, Milano, Giuffrè, 1992. BELVEDERE, Alessandro. **Linguaggio giuridico (voce)**. In: *Dig. disc. priv. – sez. civile*, Utet, 1984, p. 21 ss. D'ANTONIO, Marco, (a cura di), **Corso di studi superiori legislativi 1988-89**, Padova, Cedam, 1990. DE BENEDETTO, Maria, MARTELLI, Mario, RANGONE Nicoletta. **La qualità delle regole**, Bologna, Il Mulino, 2010. GALEOTTI, Serio. **Contributo alla teoria del procedimento legislativo**, Milano, Giuffrè, 1957. LUPO, Nicola. **Le tecniche [e la politica] della legislazione come strumenti essenziali per il legislatore contemporaneo**. In: *Iter legis*, giu/lug 2002, p. 105 ss. PAGANO, Rodolfo, **Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi**, Milano, Giuffrè, 2004. PATTARO, Enrico e ZANNOTTI, Francesca (a cura di). **Applicazione e tecnica legislativa. Atti del convegno di Bologna del 9-10 maggio 1997**, Milano, Giuffrè, 1998. RAVENNA, Daniele. **Le metodologie e le esperienze di drafting nel Parlamento italiano**. In: *Iter legis*, n. 2-3/2004, p. 84 ss. RAVERAIRA, Margherita (a cura di). **Buone regole e democrazia**, Rubbettino, 2008. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **Tipi di atto normativo secondo criteri utili all'applicazione delle tecniche legislative**. In: **Rass. parl.**, 1/97, p. 198 ss.

⁴⁶ disciplinata dal *Regolamento AIR* di cui al d.P.C.M. dell'11 settembre 2008, cos' come modificato dal d.P.R. del 16 gennaio 2013 e in questi giorni oggetto di ulteriori modifiche da parte del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi.

⁴⁷ regolata dal d.P.C.M. del 19 novembre 2009.

⁴⁸ La cui disciplina è contenuta nel d.P.C.M. del 27 marzo del 2000, così come modificato dal d.P.C.M. dell'11 settembre 2008.

⁴⁹ Su questi temi, si rinvia, per l'AIR a CARLI, Massimo. **Analisi di impatto della regolazione e motivazione degli atti regolatori**. In: *astrid.eu*, p. 3. DE BENEDETTO, Maria. **Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del Governo: niente (o assai poci) di nuovo sotto il sole**. In: *Osservatorio AIR*, settembre 2010. FATTA, Chiara. **L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) nella XVI legislatura: evoluzione normativa, problemi e prospettive**. In: COSTANZO, Paolo (a cura di). *La*

accompagnamento”⁵⁰ e una mera giustificazione di scelte già prese, sebbene sia stato riconosciuto uno sforzo “di intraprendere una versione semplificata dell’AIR, definita dagli addetti ai lavori *AIR-light*”,⁵¹ in modo da incentivarne l’applicazione e superare le resistenze opposte.

Il sistema così complessivamente delineato mette in luce che le regole previste per AIR e ATN sono “applicate al ribasso”⁵² e che siamo ben lontani dall’obiettivo di “migliorare la chiarezza degli enunciati normativi, nel senso di una maggiore pulizia semantica e sintattica e di un loro maggiore coordinamento”⁵³ alimentando, così, il sospetto che le *regole per la qualità delle regole* non sono considerate niente di più che “mere <<buone intenzioni>> *pro futuro*, utili a coprire le quotidiane <<cattive intenzioni>> del legislatore”.⁵⁴

Naturale conseguenza di queste deficienze è la maggiore difficoltà applicativa della VIR: nell’ultima relazione al parlamento dell’attività del Dagl si parla di 19 valutazioni effettuate e 26 avviate.

qualità della normazione nella dialettica tra governo-parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura, Napoli, 2011, p. 51 ss. GRAVANO, Patrizio e TIVELLI, Luigi. *La qualità della legislazione*. In: *Iter legis*, 5-6/2009, p. 143 ss. GRECO, Antonio. *L’analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*. In: *federalismi.it*. LUPO, Nicola. *La direttiva sull’analisi di impatto e sull’analisi tecnico-normativa: un passo avanti, in via sperimentale, per la qualità della normazione*. In: *Quad. cost.*, 1/2000, p. 750 ss. MARTELLI, Mario e MARIUZZO, Piergiorgio. *Un kit di sopravvivenza per l’AIR: la progettazione leggera*. In: *Studi parl. pol. cost.*, 2006, p. 97 ss. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*. In: *Osservatorio AIR*, settembre 2010 NATALINI, Alessandro e SARPI, Francesco. *L’insostenibile leggerezza dell’AIR*. In: *Giorn. dir. amm.*, 3/2009, p. 323 ss. SAVINI, Giovanni. *La “messa a regime” dell’AIR: il d.p.c.m. 11 settembre 2008 recante “Disciplina attuativa dell’analisi di impatto della regolamentazione*. In: *amministrazioneincammino.it*, 2009. ZUCCHELLI, Claudio. *L’analisi di impatto della regolazione nell’amministrazione centrale in Italia*. In: *Iter legis*, ottobre 2003, p. 54 ss.

Per la VIR a DE BENEDETTO, Maria, MARTELLI, Mario e RANGONE, Nicoletta. *La qualità delle regole*, p. 86 ss. DE BENEDETTO, Maria. *Tecniche di analisi della regolazione nell’istruttoria degli atti normativi del Governo: “niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole”*, p. 9 ss.

Per l’ATN a LUPO, Nicola. *La direttiva sull’analisi di impatto e sull’analisi tecnico normativa: un passo avanti, in via sperimentale, per la qualità della normazione*, p. 749 ss. BAILO, Francesca. *L’analisi tecnico-normativa alla luce delle più recenti direttive governative*. In: COSTANZO, Pasquale, (a cura di). *La qualità della normazione nella dialettica governo-parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, p. 30

⁵⁰ GRAVANO, Patrizio e TIVELLI, Luigi. *La qualità della legislazione*, p. 153.

⁵¹ DE BENEDETTO, Maria. *Tecniche di analisi della regolazione nell’istruttoria degli atti normativi del Governo: niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole*. Sul tema, cfr. anche FATTA, Chiara, *L’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) nella XI legislatura*, p. 51 ss. GRECO, Antonio. *L’analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*. In: *federalismi.it*. MARTELLI, Mario e MARIUZZO, Piergiorgio. *Un kit di sopravvivenza per l’AIR: la progettazione leggera*, p. 97 ss. NATALINI, Alessandro e SARPI, Francesca. *L’insostenibile leggerezza dell’AIR*, p. 234. SAVINI, Giovanni. *La “messa a regime” dell’AIR: il d.p.c.m. 11 settembre 2008 recante “Disciplina attuativa dell’analisi di impatto della regolamentazione*. In: *amministrazioneincammino.it*, 2009.

⁵² CARLI, Massimo. *Analisi di impatto della regolazione e motivazione degli atti regolatori*, p. 2.

⁵³ ZITO, Antonio. *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici: il problema del miglioramento della qualità della normazione*. In: *Nuove autonomie*, 3-4/2008, p. 347.

⁵⁴ LUPO, Nicola. *Quando la legge si propone di semplificare, ma purtroppo non ci riesce*. p. 292.

La scarsa attenzione del legislatore ad uno strumento così importante e anello finale del *life cycle of regulation* è causata non soltanto dalla superficiale cultura circa una adeguata e analitica valutazione delle regole, ma anche dall'altrettanto superficialità dei contenuti delle relazioni AIR e ATN, fondamentali per effettuare una VIR completa e analitica, ma che tuttavia vengono ancora considerate un mero adempimento burocratico.

4. ALCUNE RIFLESSIONI GLI PER SCENARI FUTURI

Qualsiasi intervento di riassetto e di riordino della legislazione deve essere necessariamente accompagnato dalla produzione di regole chiare e necessarie.

Semplicità e semplificazione non sono la stessa cosa e lo dimostra il fatto che da vent'anni "gli obiettivi di semplificazione sono stati proclamati da tutti i governi; le leggi volte a perseguirli si sono moltiplicate tendendo, anzi, ad acquisire un carattere regolare nell'attività legislativa; gli istituti generali volti a snellire ed accelerare i processi sono stati a più riprese ripensati e rimaneggiati"⁵⁵ senza arrivare a risultati soddisfacenti.

Le *regole per la qualità delle regole* sono volte a rendere il contenuto delle norme facilmente intellegibile.

Quelli elencati nelle pagine precedenti sono strumenti per la semplicità delle norme, perché semplicità e semplificazione non sono la stessa cosa: semplificazione vuol dire togliere la confusione e contribuire alla semplicità dell'ordinamento che deve però essere composto da regole semplici: con la semplificazione si rimedia ad un male già perpetrato, ma rimane fine a sé stessa se non vengono rispettate le regole che mirano a realizzare norme semplici e non viziate da meri interessi politici.

La semplificazione e la semplicità non sono neutre perché esistono interessi che non bisogna sottovalutare; semplificare vuol dire togliere potere a chi deve applicare le norme, per cui non tutti sono contenti di farlo perché fino a quando le norme sono oscure, i dirigenti e i politici hanno un potere di scelta discrezionale su quale interpretazione dare ed entro che termini svolgere l'attività.

Nella prassi, infatti, non si riconosce alla qualità della regolazione un valore assoluto, nel

⁵⁵ BARBATI, Carla. **Semplificazione e processi decisionali nei sistemi multilivello**. In: **Nuove autonomie**, 3-4-/2008, p. 345.

senso che può affermarsi che *in principio vi era la qualità della regolazione* perché tra momento tecnico e momento politico prevale, nella sostanza, il secondo: si presta maggiormente attenzione al risultato piuttosto che alla legittimità.

Ci possono essere delle situazioni in cui, per raggiungere un compromesso politico e per superare le incognite che una maggioranza porta con sé in parlamento si scrive una norma *ingarbugliata*: in questi casi – che rappresentano ultimamente una costante del sistema – le regole di *drafting* non possono costituire la panacea di tutti i mali, specialmente quando le norme sono vaghe e si fa fatica a sussumere determinate fattispecie concrete all'interno di fattispecie astratte.

Esistono, nella pratica, tendenze forti che sostituiscono il risultato alla legittimità, dimenticandosi che in questo modo salta il circuito democratico: il popolo è sovrano, nomina i suoi rappresentanti che fanno le leggi di cui, però, l'amministrazione se ne disinteressa perché guarda al risultato senza mettere in conto che è la qualità della regolazione a diventare la premessa principale per ottenere buoni risultati.

Si deve tenere bene a mente che semplicità e qualità della regolazione fanno parte di un interesse pubblico diverso da quello del merito, ma che non può essere né ignorato e né sacrificato.

Le procedure per la formazione di regole di qualità previste dagli strumenti elencati permettono di effettuare un equilibrato bilanciamento tra interessi generali e interessi particolari, oltre a soddisfare l'esigenza di avere regole chiare e in grado di innescare un circolo virtuoso che generi benefici all'attività della pubblica amministrazione e al rilancio dell'economia.

Tra le strade che sono state individuate dalla dottrina, dalla politica e dalle organizzazioni sindacali, professionali, imprenditoriali e dei consumatori – elencate nell' *indagine conoscitiva* predisposta dalla Commissione bicamerale per la semplificazione – un ruolo importante deve essere riservato al *drafting*, a partire dalle *Regole e raccomandazioni per la redazione dei testi normativi* che vanno necessariamente ridotte ad unico testo al fine di evitare sovrapposizioni e contrasti tra quelle statali e quelle regionali.

O ancora, implementare e superare le criticità rilevate di strumenti quali AIR, VIR e ATN: in particolare, le potenzialità dell'AIR sono immense tanto da essere considerato strumento "importante che in altri paesi ha dato risultati apprezzabili non tanto nel senso di semplificare il diritto, ma almeno nel senso di non complicarlo inutilmente evitando di introdurre costi eccessivi e

di imporre ai cittadini e alle imprese adempimenti non necessari”⁵⁶ anche in vista della predisposizione della verifica d’impatto della regolazione; inoltre permette agli *stakeholders* di partecipare al momento di formazione della regola attraverso le consultazioni e, dunque, la partecipazione degli interessati, il che aumenterebbe la trasparenza riducendo, peraltro, la distanza tra regolatore e regolati.

La partecipazione va intesa come conoscenza di come stanno le cose nella realtà e non nelle sue effimere previsioni. Una conoscenza che deriva dalla comunità e che attiva un circolo virtuoso a partire dalla valutazione degli interventi – e dell’opzione 0 – fino alla verifica se l’impatto è stato positivo o negativo.

Si ritiene, infine, che possa aversi un positivo impatto sulla qualità della regolazione un miglioramento della formazione universitaria e post-universitaria, un intervento sul bicameralismo paritario affidando al Senato una funzione penetrante di verifica sulle politiche pubbliche⁵⁷, nonché il riconoscimento al governo di una corsia preferenziale per garantire l’approvazione di interventi normativi.

Forse ci sarebbe bisogno anche della costituzionalizzazione di alcune norme sulla normazione⁵⁸ come si è tentato di fare nella XV legislatura con la bozza Violante – per cui alcuni parametri contenuti nella l. n. 400/88 vennero portati in Costituzione – e come viene previsto nella riforma costituzionale del governo Renzi, in relazione al principio dell’omogeneità.

Bisogna, pertanto, sensibilizzare anzitutto il regolatore e applicare *sul serio* le *regole per la qualità delle regole*, altrimenti, nonostante le buone intenzioni, si rischia di ricadere ancora una volta in un pericoloso immobilismo che, vista anche la situazione sociale, politica ed economica, non possiamo più permetterci.

⁵⁶ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo**, in Osservatorio AIR, settembre 2010. *Contra* NATALINI, Alessandro e SARPI, Francesco. **L’insostenibile leggerezza dell’AIR**, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2009, p. 323 ss.

⁵⁷ In tal senso, cfr. CLEMENTI, Francesco. **Non un Senato ‘federale’, ma un Senato ‘federatore’**. In *federalismi.it.*, n. 18/2014.

⁵⁸ In tal senso, DI MAJO, Luca. **La costruzione giurisprudenziale della qualità della legislazione**, p. 272 ss.

BEYOND CERTAINTY. ABUSE OF RIGHTS AND BALANCING IN CONTEMPORARY JURISPRUDENCE

Federico Losurdo¹

The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice².

1. FROM CERTAINTY TO BALANCING RIGHTS

1.1. The golden age of legal certainty was definitely that of juridical individualism: it was the age in which the jurist's main aspiration was to get over the extreme *pluralism* and *chaotic nature of sources* characterising the medieval juridical order, and reduce the complexity of law to a harmony of rigorous geometrical shapes, or to a system of logical deductions with just a few fundamental principles.

Coding of private law in the 19th century aimed mainly at guaranteeing the generality, stability, and knowledge of the rules. The bourgeois society model needed *rational, computable law* that could protect the good functioning of market economy³.

This resulted in a drastic limit to jurisprudence's creative power. The "school of exegesis" (maximum expression of legal formalism) felt that the solution for each possible real life case can be found "within" the Code, with no need to refer to extrapositive rules to express the rule of judgement: the judge as "mouth of the law" to quote the famous expression by Montesquieu.

In other words, for 19th century bourgeoisie the code was a great conquest, almost a final

¹ Professore a contratto di *Istituzioni di diritto pubblico* e assegnista di ricerca in *Diritto costituzionale* presso l'Università di Urbino (DAAD-Alumnus).

² RADBRUCH Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 107

³ WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1972), trad. it. *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978, p. 161, established the link between modern capitalism and rational-formal law, considered both an element and a product of the West's political development. Capitalism needs complete computability ("*Berechenbarkeit*") of the administrative and juridical system's operations, with the security of a purely formal guarantee ("*rein formaler*") of all stipulations by political powers.

step in human progress. For them it embodied all the enlightenment ideals. It was a general law (hence egalitarian), simple and clear; the legal magma had been reduced to a coherent system. In brief, the Code was the cornerstone of the bourgeois legal system, and was its reassuring written Constitution⁴.

1.2. In its modern (philosophical-political) version, legal certainty takes on a primary value, because – as Hobbes thought – it guarantees *security for the individual*, compared to that condition of the state of nature where total uncertainty over any rights reigns supreme. In this sense of the word, “certainty” found one of its most powerful narratives in the writings of Lopez De Onate and Calamandrei⁵.

To those authors - in that dramatic period of history – legal certainty must have seemed the only stronghold compared to the legal conceptions then prevailing in the national-socialist and communist doctrines. These were conceptions condensed into a strongly ideologised law powered directly by the "values" of the “Nazi *Volksgeist*” or “socialist legality”, thus legitimising any action (and crime).

In other words, it was a defence if not exactly against authoritarianism or totalitarianism, at least against the arbitrariness of power. It was the last defence line against what, in other times, would have been called tyranny, that is, capricious, unpredictable, casual power.

In the last twenty years, juridical positivism, especially in its more "ideological" traits, has been criticised radically for the fact that it has been considered responsible for the statolatric conceptions that inflamed the "short 20th century". Full formalisation and functionalisation of the law, as a shell with no content, “was equivalent to exalting its meaning of pure expression of strength, and even, with a conceptual conjuring trick, allowed one to talk about the Nazi Rule of law”⁶.

1.3. Our times are marked by a thorough ‘*de-mythifying*’ of legal certainty and the

⁴ GROSSI Paolo, **L’Europa del diritto**, Roma-Bari, Laterza, p. 149.

⁵ LÓPEZ DE ONATE Flavio, **La certezza del diritto**, Gismondi, 1942 (ristampa Milano, Giuffrè, 1968); CALAMANDREI Pietro, **Fede nel diritto**, 1940 (ristampa, Roma-Bari, Laterza, 2008).

⁶ ZAGREBELSKY Gustavo, **La legge e la sua giustizia**, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 105.

emerging 'discourse' of legal justice – a discussion centred on an intrinsic, necessary connection between juridical and moral experience, between positive law and its “claim to rightness”⁷.

Compared to the traditional structures of natural law and legal positivism which considered certainty and justice by nature incompatible, current legal-philosophical thought tends to find compatibility between these two values⁸.

Legal formalism (expression of the revolutionary ideology of enlightenment and legal positivism) has, in fact, proved itself over time to be unable to guarantee that legal certainty it promised: “And this is because it has made it impossible for the law to control material claims and the polytheism of values it was considered completely foreign to”⁹.

Law, being a social phenomenon, requires that positive rules must in some way correspond to the life form they belong to. Judges' decisions themselves cannot guarantee certainty if, by simply adapting to *dura lex sed lex*, they go in directions that seem forced or foreign to the social rationality available, to the spectrum of constitutive values of the system they refer to.

Hence there can be no effective, lasting certainty if there is ongoing dyscrasia between law and audience, between decisions and expectations. Legal reasoning must create a double congruence, both towards the legal system and towards those values concretised in positive law, if it really wants to implement that certainty it promises¹⁰.

ooo

A dramatic stage presentation of this debate between certainty and balance can be found in Shakespeare's famous work, *The Merchant of Venice*.

The Merchant's demand to see written law complied with, even at the expense of his debtor's flesh, is contrasted by the Venetian Court audience which expresses the sentiment of

⁷ According to ALEXY Robert, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 53: “Certainty is definitely a supreme value, but is not the only one. The value of legal certainty must be pondered together with that of material justice”. Kelsen Hans, Kelsen H, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 389-391, also acknowledges that legal certainty is, to a certain extent, a chimera, an objective that can only be achieved in part. Legal certainty, understood as the uniformity of interpretation, is, in fact, a pretence used by juridical science which, unlike juridical operators, does not produce law but just highlights a law's possible meanings.

⁸ See for example: GREGORIO PECES-BARBA Martínez, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991; BOBBIO Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

⁹ PALOMBELLA Gianluigi, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006, p. 11

¹⁰ PALOMBELLA Gianluigi, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, p. 12

mercy and the predominance of the value of life over that of property.

However, when the play ends, thanks to the providential intervention of a young female lawyer, written law turns against the Merchant who, in turn, becomes a victim of that legal certainty he had invoked.

This serves to remind us that, without balance, legal certainty inevitably ends up by *contradicting itself*.

1.4. Balancing and the prohibition of abuse of rights are the systematic legal techniques that most highlight the debate between *certainty (of rules)* and *balance (of principles)* in European jurisprudence.

Rules are the bearers of the all-or-nothing (*aut-aut*) logic: that is, they are cogent rules meaning that you either respect them completely or you violate them just as completely. Their application is subsumption¹¹. On the contrary, principles such as “optimisation commands”¹² can be implemented to different degrees in comparison not only with other rules, but also with other potentially contrasting principles (*et-et*). Their application is by weighting or balancing.

“Certainty”, intended as (relative) foreseeability of the legal consequences of one's actions, is guaranteed with more strength by law “by rules”. In fact, Hans Kelsen wished for a constitutional law with a structure of rules, as he could see considerable risks for certainty-foreseeability as a consequence of the naturally vague content of principles.

Justice, in its basic meaning of balance between contrasting reasons, is, instead, promoted more effectively by law “by principles”. Principles must “be relativized one to the other, or balanced, so they can operate jointly”¹³.

2. THE DOGMATIC AUTONOMY OF THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS

Efforts to limit the exercise of rights with reference to the principles of justice are,

¹¹ DWORKIN Robert, *Taking rights seriously* (1978), trad it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 93.

¹² ALEXY Robert, *Concetto e validità del diritto*, p. 73.

¹³ ZAGREBELSKY Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, p. 210.

undoubtedly, a common reference point of the legal method of balancing and that of the prohibition of abuse. The former proposes to enrich positive law with instances of material justice found in a specific case. The latter stops the law sheltering behind a sterile, unilateral defence of its formal face¹⁴.

In the current scenario of “mild law”, of “reasonableness”, also described as “proportionality”, a significant part of European jurisprudence tends to characterize the method of prohibition of abuse of rights as a demonstration of balancing between interests: a ‘magic formula’ always able to identify the right solution in a specific case¹⁵.

This is an incorrect identification. In each of the many variations of civil, constitutional, EU (and tax) laws, the method of prohibition of abuse has characteristics that guarantee full *juridical-dogmatic autonomy* compared to the balancing method¹⁶.

First of all, there is a “structural” difference. The balancing method establishes an “external” limit to the exercise of the right, that is, a limit stemming from comparison with other interests, principles and competing values. However, the method of prohibition of abuse establishes an “internal” limit to the exercise of the right – a limit inherent in the *ratio* of regulatory acknowledgement of that same right.

Ascertaining an abuse of rights is, so to speak, ‘upstream’ of the balancing of interests involved. This latter profile represents a possible subsequent phase of the abuse, a relapse compared to its core, essential moment, constituted by the evaluation of conformity of the interest concretely pursued with that acknowledged by law¹⁷.

Secondly, both methods depart from legal certainty, of course, but in a decidedly different way. In fact, the prohibition of abuse method corrects the normal exercise of a right, being based on a *principle of justice intrinsic* to the logic of that right; that is, the concrete exercise of the law is

¹⁴ PALOMBELLA Gianluigi, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, p. 19.

¹⁵ This overlapping between different methods is, for example, evident in sentence no. 100/1981 of the Italian Constitutional Court in which it is stated that: the balance of the protected interests does not compress the right to express one's own opinions but avoids its anomalous exercise, that is the abuse that emerges when the values of impartiality and independence are damaged”. Even the ambiguous wording contained in article 54 of the Charter of fundamental rights of the European Union (listed as “prohibition of abuse of rights”) seems to be asking the interpreter for a balancing of fundamental freedoms ratified in the Charter.

¹⁶ See, if you will, LOSURDO Federico, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹⁷ See, as a example, RESTIVO Carmelo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007.

‘parametrized’ to the purpose, the function for which the positive system recognises and protects it.

On the other hand, the balancing method compares the content of a right with a *principle of justice extrinsic* to the logic of that right. This principle is often considered outside the reference system itself and filled with “cosmopolitical and universal” content, for which the last word “lies with judges”¹⁸.

Thirdly, the overall result given by the two methods is different. The balancing method seems to tend towards *multiplication of rights*. It allows the judge to ceaselessly balance principles-values to satisfy new rights, produced by umpteen different social needs and desires, which tend to reject limitations for the sake of corresponding duties.

On the contrary, the prohibition of abuse method seems to tend towards a greater ‘*equilibrium*’ between rights and duties. Amongst all the possible cases of exercise of the right, it excludes some abusive ones, restricting the justified area to which the rule can be extended, by virtue of an intrinsic and implicit duty.

3. BALANCING AND “INSATIABLE” RIGHTS

3.1. According to its supporters, the main virtue of the balancing method is that it guarantees *peaceful co-existence* of the different principles involved, identifying the fairest, most reasonable, 'humane' solution of specific cases¹⁹. The symbol itself used – scales – refers to an activity designed to produce harmony between conflicting principles, since it relates to an action of weighing in order to identify a solution that can satisfy a principle as far as possible, and at the same time sacrifice, as little as possible, the principle that, in the specific case, appears as a competing one²⁰.

It is legitimate to doubt this peaceful coexistence. Balancing between principles always brings us back to the balancing of underlying values. The principle ‘embodies’ a value to be implemented in the best way possible (it is, as has been said, a “optimisation command”).

¹⁸ ZAGREBELSKY Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, p. 406.

¹⁹ SPADARO Antonio, Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali, in *Politica del diritto*, p. 167 ss.

²⁰ ALEXY Robert, *Concetto e validità del diritto*, p. 74.

Nevertheless values – placed before principles - tend to be antagonists and claim full, exclusive implementation²¹.

On that point, one must not forget the denunciation by Schmitt of the potential “*tyranny of values*”. The intrinsic logic of a value is deformed when it leaves its economic terrain and “valorizes assets, interests, purposes and ideals other than economic ones”²². Judicial (immediate) implementation of a value – without legal mediation – becomes potentially destructive of other values (to be implemented the value requires that everything posing as an obstacle be suppressed).

3.2. One has exemplary evidence of this risk with the comparison between collective social rights and fundamental economic freedoms within the European legal system. EU case-law introduced by the Viking-Laval cases²³ promoted a model of balancing social rights with economic freedoms based on the prevalence of the value of the “open market economy” compared to every other competing value²⁴.

This Court of Justice orientation is not just the result of “fake”, “faded”, “incomprehensible” balancing (to repeat what most commentators have said). It was the opportunity that clearly revealed some *logical aporias* of the judicial method of balancing.

Faced with a specific case, values tend to retire and the material interests at play emerge; these tend to take on greater weight and also “invisibly” orient the judge's hand²⁵. The judge, called on institutionally to weaken conflicts and favour compromise, can be induced to protect the stronger social interests²⁶.

²¹ BONGIOVANNI G., Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas, in **Ars Interpretandi**, n. 10, p. 177 ss. CANTARO Antonio, *Introduzione*, in Id. (a cura di), **Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea**, Giappichelli, Torino,, 2011, p. 5 ss.

²² SCHMITT Carl, **Die Tyrannei der Werte** (1967), trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008, p.

²³ Court of justice of EU, sentences: 11 December 2007, C-438/05, *Viking Line*; 18 December 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd.* Also reflected in the sentences: 3 April 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert*; 15 July 2010, C-271/08, *Commission versus Germany*.

²⁴ Further emblematic proof is the fact that the Court of Justice – demolishing a real, true taboo of national constitutional case-law – delegated individual judges to judge the very *purposes of the collective action*: its legitimacy, suitability and necessity based on proportionality standards of judgement.

²⁵ LUCIANI Massimo, L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica, in **Diritto e società**, p. 1 ss.

²⁶ SCACCIA Gino, Valori e diritto giurisprudenziale, disponibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

3.3. What the judge is called on to do when balancing the different rights at stake, when contributing to pacification of the different ethical conceptions present in society, has been compared to the mythological ‘labours’ of Hercules. It is a ‘superhuman’ task, if we think of the fact that in modern, multi-form, pluralistic societies, principles (values) often tend to be counterposed one against the other: freedom of procreation for women against freedom of conscience for doctors; dignity of life, in and for itself, against the dignity of the sick person, and so on.

The qualification of “rights” itself is often inaccurate when it refers to juridical positions summing up several desires and needs, which do not deserve that juridical protection traditionally reserved for subjective rights.

This result was aided by the dominant narration of the European juridical arena as a place in which to celebrate, above all, the triumph of the individual. European society seems to be dominated by an anthropology which only, or almost only, speaks the language of rights; by an ideology that makes citizens the ‘insatiable’ devourers of claims against others to whom, it is believed, nothing is owed.

A paradigmatic example of this trend is claiming to enforce a “right to a child”, and a “healthy” one as well, with the danger of turning the latter into a simple object of other people's subjective juridical situations. The Italian Constitutional Court itself – in the sentence with which it stated that the prohibition on artificial insemination by donor was not constitutional (contained in article 4 of Law no. 40/2004) – declared that: “The freedom and intentional nature of the deed enabling people to become parents and create a family does not imply that the freedom in question can be *without limits*”²⁷

4. ABUSE AND DUTIES OF SOLIDARITY

Could renewed dogmatics of the prohibition of abuse of rights perhaps help to ‘compensate’ this limited consideration of the size of duties?

²⁷ Italian Constitutional Court, Sentence no. 162/2014, which continues: “However, these limits, even if inspired by considerations and convictions of an ethical nature, though deserving attention in such a delicate area, cannot consist in an absolute prohibition” (point 6). On this topic, the European Court for Human Rights expressed itself in the sentence 28 August 2012 (no. 54270/10, *Costa and Pavan versus Italy*) and ratified that prohibiting a pre-implant diagnosis (contained in article 13 of Law 40) is a violation of article 8 of the ECHR.

In its original field of application the prohibition of abuse aimed to correct a rigidly individualistic structure of the right of property with a more supportive vision, that could valorise its functional limits. As in the field of contractual autonomy the need to protect the weak contracting party (the worker, and nowadays also the consumer) against abuse by the strong contracting party has given rise to social legislation centred on the rights and duties of both contracting parties.

The dogmatic of prohibition of abuse of rights has also been amply acknowledged in the European juridical arena: on one hand in the legal system of the European Convention on Human Rights (ECHR) of 1950, and on the other in that of the European Union²⁸.

In the ECHR, the prohibition of the abuse of fundamental rights (specifically coded in article 17), following the German "protected democracy" model (article 18 *Grundgesetz*), places an 'internal' limit to fundamental freedoms (in particular freedom of speech), if exercised in contrast to the "spirit" of the Convention (adopting the motto: "no freedom for the enemies of freedom").

In the legal system of the European Union, the prohibition of abuse of rights represents an 'internal' limit to the exercising of fundamental economic freedoms, according to an ethic aiming to stop the "choice of applicable law" – one of the main prerogatives of the EU citizen – becoming "abusive", being exercised with the sole purpose of evading imperative national laws²⁹.

It is no coincidence that one of the most significant EU applications of the category in question concerns taxes, where the moral need to limit the most uncontrolled commercial and financial practices aimed only at tax evasion³⁰ is felt strongly, notwithstanding the general principle of legal certainty.

This is a demand that has become more and more pressing in the Italian legal system too, on which the Court of Cassation has noted the existence of a general principle of the prohibition of

²⁸ See for details LOSURDO Federico, **Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza**, p. 107 ss

²⁹ In most cases decided by the Court of Justice, one is faced by a situation that leads back to the following typical situation: a citizen or an enterprise exercises fundamental circulation rights and, more generally, EU prerogatives, for the sole (hence absorbing) purpose of eluding the internal laws of a member State. The criterion of ascertaining an abuse is based mainly (if not exclusively) on an objective and teleologic criterion, although in some cases – because of the particular aspects of the case in question - ascertaining the intention (the will) to obtain a benefit from exploiting EU law has also been considered. The many sentences include: 3 December 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*; 10 January 1985, C-229/83, *Leclerc e a.*; 2 May 1996, C-206/94, *Paletta II*; 12 May 1998, C-367/96, *Kefalas e a.*; 14 December 2000, C-110/99 *Emsland-Staerke*.

³⁰ A considerable amount of case-law has been developed on the matter starting from Court of Justice 21 February 2006, C-255/02, *Halifax*. More recent sentences include that of 20 June 2013, C-653/11, *Newey*; 13 march 2014, C-155/13, *SICES*.

abuse; its source is to be found not only in EU case-law, but more directly in the Italian Constitution; markedly in article 53, which affirms the ability-to-pay (Clause 1) and progressive taxation principles (Clause 2)³¹.

5. FOR A EQUILIBRIUM OF RIGHTS AND DUTIES IN EUROPEAN SOCIETY

The different cases that have emerged in positive Italian and European law (referred to briefly here) seem to confirm the juridical-dogmatic virtues of the prohibition of abuse of rights method and in particular, its capacity to favour a greater '*equilibrium*' *between the dimension of the rights and that of the duties* in the European juridical arena.

Indeed, European Union law has been fairly generous over guaranteeing rights to citizens and consumers, maintaining the original liberal structure of the founding Treaties. On the contrary, EU law tends to put citizen and consumer duties in second place, despite the specific reference contained in article 20 of the TFEU.

Could a theory on prohibition of abuse of rights compensate for this "gap" in the European system? That is, could it contribute to a renewed theory of a citizen's duties? Could it represent a judicial method for equilibrium between the (economic) rights sphere with that of (social) duties?³²

The *Viking-Laval* case-law (mentioned briefly) induces one to give a positive answer to the above questions. It exposed the presumed neutrality of the balancing method, whose results depend on the pre-constituted hierarchies of values, where the scales of the Court of Justice lean naturally in favour of fundamental economic freedoms (in compliance with the fundamental political decision of the EU system).

A different result would perhaps have been possible, and desirable, if the Court of Justice had seriously considered the existence not of a *use*, but of an *ab-use of economic freedoms* by the companies involved.

³¹ Court of Cassation (Joint Sections): sentence nos. 30055, 30056 and 30057 of 23 December 2008.

³² This is what REICH Norbert (*Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, p. 345 ss.) asks himself. According to him "EU law, which is very close to the everyday rights of citizens, needs an approach that converges more with the *abus de droit* theory, still waiting to be developed" (p. 358).

The purpose of recognising fundamental economic freedoms is certainly to permit choice of the legal system considered to be most advantageous. But that choice must not become the pure and simple evasion of imperative national laws with the sole purpose of making a profit from "social dumping", as in the paradigmatic case of merely faking a change of flag (*Viking*), or transferring workers to a member State other than that where the company has its registered office (*Laval*).

In these cases the Court of Justice could have ratified the existence of an abuse of fundamental economic freedoms by the companies; to *prevent 'upstream'* the 'foreseeable' result of a balancing with collective social rights.

APPUNTI SU TEMPO ESATTO E TEMPO OPPORTUNO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA LEGGE ITALIANA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Enrico Mauro¹

*«[...] il tempo non ha propriamente tempo per misurare il tempo. [...] L'esserci calcola e domanda della quantità di tempo; perciò, stando al tempo, non è mai nell'autenticità. Così domandando del "quando?" e del "quanto?" l'esserci perde il suo tempo».*²

1. CENNI SU ΧΡÓΝΟΣ E SU ΚΑΙΡÓS

Traggo spunto da due delle *Lezioni americane* di Italo Calvino: quelle intitolate *Rapidità* ed *Esattezza*. Ammetto subito, però, che seguo una linea in qualche misura divergente da quella di Calvino. Il quale, pur dichiarando di non disconoscere le qualità positive dei valori contrari, sceglie di elogiare, appunto, rapidità ed esattezza, non lentezza e vaghezza, e nemmeno velocità giusta e giusta precisione. In queste righe, invece, io mi colloco, con particolare riguardo alla disciplina italiana del procedimento amministrativo, nell'ottica per cui non si tratta di essere in astratto rapidi o lenti oppure esatti o inesatti, bensì di essere opportunamente veloci e opportunamente precisi, vale a dire veloci e precisi in concreto, quanto – meglio: come – lo esigano le contingenze in cui appaia opportuno fare o dire (ma, con John L. Austin, distinguerei piuttosto tra fare-senza-parole e fare-con-parole).

Su queste considerazioni preliminari vorrei insistere, prima di trarre dalla disciplina italiana del procedimento amministrativo qualche esempio che renda le considerazioni stesse un po' meno fumose.

Se ho appuntamento con qualcuno e giungo a destinazione troppo presto, non solo mi toccherà aspettare, ma mi accorgerò di non aver vissuto il tragitto come avrei potuto, magari come ho, più o meno consciamente, desiderato. Posso mancare un bersaglio anche perché risul-

¹ Ricercatore di diritto amministrativo, Dipartimento di storia, società e studi sull'uomo, Università del Salento.

² Heidegger, Martin. *Il concetto di tempo* (a cura di Tietjen, Hartmut. 1989). Traduzione di Volpi, Franco. Ferrara: Gallio, 1990. p. 31.

troppo rapido, dunque frettoloso. La rapidità, persino in tempi in cui pare che correre sempre e sempre di più e non fermarsi mai siano gli unici 'valori' che 'contano' – valori forse proprio in quanto contabili(zzabili), numerabili, calcolabili –, potrebbe non essere un bene in sé, in assoluto, per natura, a prescindere da una prospettiva, da una situazione, come, d'altronde, potrebbe non esserlo la lentezza. La velocità conveniente, pare di poter dire, non può che essere circostanziale. Essere troppo rapidi potrebbe rivelarsi altrettanto poco saggio quanto essere troppo lenti: chi arriva all'appuntamento in ritardo fa perdere tempo, ma chi arriva in anticipo perde tempo di propria iniziativa, rinunciando, per di più, ad assaporare tutte le esperienze che potrebbero essere dispensate non dalla meta del viaggio ma dal viaggio in quanto tale, dall'essere per via, in compagnia delle esperienze di altri viaggiatori o dell'esperienza della propria solitudine.

Analogo ragionamento si potrebbe svolgere quanto all'esattezza. In alcune circostanze non si può fare riferimento che al *χρόνος*, il tempo dell'orologio e del calendario, crono-metrabile, uniforme, omo-geneo, uguale per tutti, sotto qualunque cielo³. Altre volte è questione di *καιρός*, non momento esatto, puntualità, conformità a una tabella di marcia, bensì occasione propizia, tempo adatto, appropriato, opportuno, persino giusto⁴, non nel senso della giustizia, che qualcuno scrive, magari senza imbarazzo, con la maiuscola, ma della giustezza, quella giustizia che non può prescindere dalle circostanze, dalle prospettive, dalle «precomprensioni», dalle tradizioni, dall'intersoggettività, la quale non è una versione attenuata o difettosa dell'oggettività, ma una versione della soggettività che tiene in considerazione il fatto che siamo esseri con-viventi, dunque dia-loganti.

Non si può scegliere il momento giusto per agire o non agire, per parlare o tacere, semplicemente guardando l'orologio o sfogliando il calendario. Ai quali si può chiedere solo *quanto* tempo sia passato e *quanto* ci sia ancora da attendere, ma non *quale* momento convenga scegliere per un gesto o una parola, per un passo avanti o uno indietro, per una domanda o un

³ Rendono plasticamente l'idea queste parole di HUSSERL, Gerhart. **Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto** (1955). Traduzione di CRISTIN, Renato. Milano: Giuffrè, 1998. pp. 25-26: «Un intervallo di tempo oggettivo è lo stesso, sia che si tratti della durata di una migrazione, di una seduta d'affari, di una prova teatrale o di una festa di compleanno. Il tempo oggettivo non scorre più velocemente o più lentamente a seconda che in questo decorso temporale sia coinvolto un bimbo, un uomo anziano, un paziente del dentista, un oratore durante una riunione pubblica oppure un soldato».

⁴ Cfr., ad es., AUBENQUE, Pierre. **La prudence chez Aristote**. Paris: Presses universitaires de France, 1963. Il parte, cap. II, par. 2, specialmente p. 97, dove si legge che «L'originalité d'Aristote ne consiste certes pas à reprendre à son compte cette notion d'origine populaire, familière au demeurant à la sagesse des nations, mais à lui faire une place dans la définition de l'acte moral», e p. 98, dove si specifica che «la notion de *kairos* [...] avait été surtout élaborée avant lui [Aristote] par la double tradition des rhéteurs et des médecins».

silenzio, per un abbraccio o una preghiera.

Il tempo cronologico sembrerebbe esprimere una ragione epistemica, razionale, calcolatrice, tendente al ragionamento binario, secondo il codice esatto/inesatto. Il tempo cairologico sembrerebbe invece esprimere una ragione fronetica, ragionevole, pratica, consapevole di dover fare i conti con scelte di opportunità, spesso, quasi sempre, quasi per definizione non binarie. Tra i poli teorici dell'opportunità assoluta e dell'assoluta inopportunità le gradazioni possono essere, sono spesso molteplici, ciascuna, per di più, impercettibilmente sfumante in quella precedente e in quella successiva. Una scelta ragionevole sembrerebbe non questione di lancette, ma di tatto, non di puntualità, ma di sensibilità, non di sapere come rigore, ma di sapere come sapore, gusto, intuito, equilibrio, esperienza, prudenza⁵. Insomma, sembrerebbe questione di ragionevolezza il sapersi affrettare lentamente, per esempio quando si relaziona a un convegno, si scrive un libro o ci si presenta a un incontro importante. Occorrerebbe saper avviare, sospendere, riprendere, concludere un'esperienza – relazione, libro, incontro, viaggio, legame ecc. – *a tempo debito, piuttosto che in orario*.

Forse il momento assolutamente opportuno non è mai coglibile, forse è sempre troppo fugace: quando lo si intuisce, lo si vede, lo si sente, lo si sfiora, è già passato, è già patrimonio, sempre a rischio di sprofondare nella nebbia, della memoria. Forse coglierlo è un'utopia, meglio un'«ucronia»⁶. Allora occorrerebbe saper almeno scegliere momenti non manifestamente inopportuni. E, prima ancora, occorrerebbe saper almeno capire quando non ci si possa limitare a consultare l'orologio e il calendario perché una scelta ragionevole, probabilmente non binaria, è inevitabile, e inaggirabile è la connaturata responsabilità.

È appena il caso di dire che i tempi globalizzati e globalizzanti che viviamo prediligono, e non si preoccupano troppo di nascondere, il tempo numerabile, puntiforme, «polverizzato in cui un istante senza durata succede ad un istante che non dura di più»⁷. Indizi di questa tendenza

⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo – MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: il Mulino, 2012. pp. 202-203: «La virtù della razionalità è la coerenza; la virtù della ragionevolezza è la prudenza. [...] e la prudenza non si presta a essere codificata in paradigmi, algoritmi, regole logiche». Da premettere a queste parole le seguenti a p. 108: «Non esiste, nel mondo di ciò che si oppone all'arbitrio, soltanto la razionalità intesa come argomentazione deduttiva e rappresentabile come il procedere per sillogismi ad applicazioni particolari da proposizioni generali. Esiste la *ragionevolezza come arte della convivenza*: più difficile perché non formalizzabile in formule, ma non per questo impossibile o inesistente» (corsivo aggiunto).

⁶ MARRAMAO, Giacomo. **Kairós: apologia del tempo debito**, Roma-Bari: Laterza, 1992, p. 63.

⁷ BERGSON, Henri. **Il pensiero e il movente** [1934, ma 1903 e 1930 più inediti]. Traduzione di PERROTTI, Gabriele. Firenze: Olschki, 2001, p. 107, ma, analogamente, *passim*.

sono ravvisabili ovunque. I giuristi, per fare un solo esempio, potrebbero (dovrebbero?) più spesso e più coraggiosamente far notare, che, quando si parla di «riforme», persino di quelle costituzionali, in via principale non si parla più di contenuti ma di tempi: il punto non è più fare le cose giuste nei tempi giusti, ma fare qualcosa, *qualunque cosa purché quanto prima*. Come se orientare il futuro rapidamente equivalesse a orientarlo durevolmente. Come se il futuro potesse non tener conto del passato, fare a meno di radici, lasciarsi indirizzare da ragionamenti assiomatico-deduttivi.

Il tempo non appare più una risorsa, una distanza, magari non esattamente predeterminabile, da coprire discutendo di ciò che convenga fare, ma un ostacolo da aggirare o, se possibile, da abbattere, perché si perde tempo anche quando si aggira un ostacolo anziché abbatterlo. Qualunque procedura, ad esempio quella di revisione costituzionale, non è vista come un circuito di coinvolgimento in una discussione, ma come un campo disseminato di impedimenti a una decisione. I disegni di legge restano segreti, sottratti al dibattito, il più a lungo possibile, ma con tutto l'anticipo possibile, fin dalle campagne elettorali o dagli insediamenti dei Governi non eletti, si sa secondo quali scadenze i disegni stessi saranno varati e approvati.

Il tempo giusto delle riforme è una variabile che spesso non si prende più nella dovuta considerazione. Chi si azzarda a sottolineare il rilievo imprescindibile di questa variabile, più o meno sinceramente e coraggiosamente invocando un dialogo, viene disinvoltamente tacciato di «conservatorismo», di voler impedire «le» riforme, mitizzate, idolatrate, feticizzate come entità indiscutibili, tanto più quanto meno definite nei contenuti. Si tenta di – e spesso si riesce a – far passare il messaggio che un dialogo non può essere per le riforme, ma solo contro, solo per ritardarle, svuotarle, impedirle.

Per qualunque riforma il momento giusto sarebbe ora, subito, a prescindere dalla maturità dei tempi, dei dibattiti, degli individui, dei gruppi, della società. Per qualunque riforma lo strumento giusto sarebbe il decreto-legge, perché qualunque riforma ha da entrare in vigore prima che cominci una seria, dunque pericolosa, discussione sulla tematica da regolare, prima che l'opinione pubblica, o quel che ne resta, sia posta in grado di rendersi conto delle possibili o probabili conseguenze dell'intervento legale. Ma il tempo del decreto-legge è quello dell'emergenza, seppure di un'emergenza ormai sinonimo di ordinaria quotidianità, e il tempo dell'emergenza è quello del calendario (governativo e parlamentare, che però coincide, come

misuratore del tempo cronologico, con quello che ciascuno tiene appeso in cucina).

Il tempo delle riforme tende sempre più a scimmiettare il «tempo-senza-tempo della finanza»⁸, che si misura non con l'orologio ma con il cronometro, e non conosce soste, pause, sospensioni. Attendere, prendere tempo è un lusso che le Borse non possono permettersi. Si consolida ogni giorno di più l'impressione che i Governi puntino a sfornare risultati, quali che siano. Si consolida ogni giorno di più il pregiudizio (in senso illuministico, non in senso gadameriano) che il cambiamento, quale che sia, anche quello dagli esiti più imprevedibili, sia da preferire alla prudenza temporale, quella virtù che, per esempio, indurrebbe ad attendere gli sviluppi giurisprudenziali di una riforma legale prima della riforma della riforma, giacché non c'è riforma che possa dirsi tale prima di essere stata interpretata e reinterpretata, tradotta e ritradotta in comportamenti, prima di essere stata, in definitiva, fatta propria da una mentalità diffusa. Sembra che non conti più fare bene o male, fare questo o quello, andare in questa o quella direzione. Sembra che ormai conti solo fare, soprattutto far vedere che si fa, anche, se i sondaggi politici lo consiglino, quello che non si fa, quello che non si fa ancora e, persino, quello che si è coscienti di non poter fare neanche in seguito.

2. ESEMPI DI TEMPI CRONOLOGICI E DI TEMPI CAIROLOGICI NELLA LEGGE ITALIANA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Provo ora a cercare nella legge italiana sul procedimento amministrativo (241 del 1990) qualche esempio di tempo cronologico, poi di tempo cairologico. Ne trovo facilmente di entrambi i tipi. Nel paragrafo conclusivo mi auguro di poterne trarre un paio di ulteriori riflessioni.

La legge in oggetto fissa un termine residuale di conclusione dei procedimenti amministrativi: se non è fissato un termine diverso, vale quello residuale (art. 2, c. 2). I termini diversi sono previsti dalle fonti e dagli enti cui la legge rimanda (cc. 3-5). In ogni caso si tratta di tempi cronologici, misurati in giorni, non previsti a pena di decadenza, ma la cui mancata osservanza è comunque variamente sanzionata (cc. 9 e 9-*bis*). Si potrebbe peraltro discutere di un profilo cairologico di questi tempi cronologici. Premesso, infatti, che le amministrazioni possono ripredeterminare i termini di conclusione dei procedimenti entro i limiti massimi indicati dalla

⁸ CUOCOLO, Lorenzo. **Tempo e potere nel diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 7.

legge, i termini ripredeterminati potrebbero essere talora sufficientemente ampi da lasciare alle amministrazioni dei margini di discrezionalità temporale, consentendo loro di valutare, in concreto, il giusto ritmo per lo svolgimento dell'istruttoria e il momento giusto per l'adozione del provvedimento.

Un tempo cronologico a carico, questa volta, del privato è quello di dieci giorni entro cui il richiedente un provvedimento può opporsi alla «Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza», più nota come preavviso di diniego (art. 10-*bis*). La discutibile brevità del termine consente a fatica un'interlocuzione effettiva tra il richiedente e l'amministrazione preannunciante il diniego. Di certo non consente al privato di fare scelte caiologiche, cioè di dosare i tempi della propria partecipazione, nemmeno se, ragionevolmente, il termine sia considerato ordinatorio, giacché, scaduti i dieci giorni, l'amministrazione può decidere in qualunque momento.

Infine, quanto agli esempi del primo tipo, richiamo la regolamentazione della «Segnalazione certificata di inizio attività» (SCIA: art. 19). Qui è previsto un tempo cronologico di sessanta giorni (c. 3), ridotto a trenta in materia edilizia (c. 6-*bis*), entro cui l'amministrazione è tenuta – termine, come dovrebbe chiarire il prossimo capoverso, certamente decadenziale – a controllare la veridicità dei requisiti e presupposti segnalati e, in caso di esito negativo, a vietare la prosecuzione dell'attività segnalata e a imporre la rimozione degli eventuali effetti dannosi della stessa, salvo che il segnalante, se possibile, conformi alla vigente normativa sia l'attività che i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, ma non inferiore a trenta giorni – altro tempo cronologico a carico del privato, a pena di perdita del beneficio – (ancora c. 3).

È interessante anche il seguito di tale disciplina. È stabilito che solo in alcune materie, evidentemente ritenute di particolare rilievo costituzionale (patrimonio artistico e culturale, ambiente, salute, sicurezza pubblica, difesa nazionale), l'amministrazione può adottare gli ordini di cui ho appena detto anche decorsi i sessanta o i trenta giorni (c. 4). Ciò significa che i due termini in parola sono, nelle materie di cui si tratta, non perentori ma ordinatori. Significa che, nelle stesse materie, l'amministrazione, cui comunque non si può riconoscere un potere di intervento temporalmente illimitato, deve intervenire entro un termine ragionevole. Significa, in definitiva, che lo stesso meccanismo di cosiddetta semplificazione amministrativa segue, a seconda delle materie, un termine decadenziale, invalicabile, cronologico, oppure ordinatorio, dosabile,

cairologico.

Passo agli esempi del secondo gruppo, anche se abbiamo già incontrato, tra quelli del primo, un tempo cairologico (in tema di SCIA) e un profilo cairologico di un tempo cronologico (del termine di conclusione del procedimento).

A differenza del diritto di replicare al preavviso di diniego, assoggettato, come detto poco sopra, al termine di dieci giorni, il diritto 'generico' di partecipare al procedimento non è soggetto ad alcun termine esplicito (art. 10, lett. b), nemmeno al termine di conclusione del procedimento (nel caso in cui l'intempestività della partecipazione sia addebitabile a ritardi dell'amministrazione), mentre è ovviamente implicito che la decisione non deve essere stata ancora adottata. Si tratta, dunque, di un tempo cairologico. Sta al privato scegliere quando e in quanti tempi partecipare, se presentare più di una memoria, se depositare documenti in più momenti, se allegarli a memorie o depositarli in momenti precedenti o successivi, se partecipare subito dopo l'avvio dell'iter o a ridosso della conclusione, se integrare e chiarire o anche solo ribadire all'ultimo momento argomenti e informazioni già prospettati, se e quando replicare agli atti partecipativi di controinteressati, se e quando intervenire a sostegno di atti partecipativi di cointeressati.

Un tempo cairologico a favore, questa volta, dell'amministrazione è previsto in tema di efficacia dei provvedimenti amministrativi sfavorevoli. Di regola, questi acquistano efficacia con la comunicazione. Se però hanno carattere cautelare o altrimenti urgente, sono immediatamente efficaci. Infine, ed è questa la specie di provvedimenti che qui interessa, se non sono urgenti già in astratto o sanzionatori, possono contenere una clausola che, dichiarandone l'urgenza in concreto, li renda immediatamente efficaci (art. 21-*bis*). Anche questo è un tempo cairologico, affidato a una scelta ragionevole, di cui l'amministrazione può essere chiamata a rispondere. Non per caso la legge specifica che la clausola in parola deve essere motivata. Naturalmente, poiché il più comprende il meno e poiché la ragionevolezza tende a non seguire una logica binaria, l'amministrazione può, con clausola motivata, disporre non un'efficacia immediata, ma un'efficacia semplicemente anticipata rispetto al momento della comunicazione.

Infine, si può ricordare che l'amministrazione può esercitare tanto il potere di annullamento d'ufficio quanto quello, in qualche modo speculare, di convalida entro un «termine ragionevole» (art. 21-*nonies*, cc. 1-2). Non è detto in quale termine possa esercitare il potere di

revoca e quello di recesso da un accordo con un privato o con un'altra amministrazione (artt. 21-*quinquies*, 11, c. 4, 15, c. 2, 21-*sexies*), ma non sarebbe difficoltoso argomentare per analogia, nel senso che in entrambi i casi non si possa non ritenere sottinteso un termine ragionevole, in mancanza di un termine da calendario fissato per legge speciale o consensualmente.

Resterebbe il problema di capire cosa debba intendersi per termine ragionevole. Forse due cose sole si possono dire qui con relativa certezza (e sia perdonato lo stridore dell'ossimoro). La prima è che la ragionevolezza, quindi anche il tempo ragionevole, appare sempre questione concreta, contingente, contestuale, circostanziale, situazionale. Il ragionevole appare per definizione una variabile dipendente. Il razionale, di contro, ambisce al titolo di variabile indipendente, se non di costante, tanto da non sentirsi in imbarazzo a vedersi scritto con la maiuscola. La seconda è che, anche ragionando in concreto, qui e ora, circostanze alla mano, non è agevole concordare su cosa sia ragionevole: sembra, per così dire, più ragionevole tentare di trovare un accordo su cosa sia non manifestamente irragionevole.

3. QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE

Proposti questi esempi di tempi cronologici e di tempi cairologici rintracciabili nella legge italiana sul procedimento amministrativo, mi sembra ineludibile la seguente domanda: la distinzione tra i due gruppi, peraltro non delimitabili con rigore geometrico l'uno rispetto all'altro, resta fine a se stessa oppure se ne possono trarre conseguenze apprezzabili giuridicamente, dunque anche praticamente?

Sembrerebbe plausibile la seconda risposta. Provo a giustificarla con due ordini di considerazioni.

In primo luogo, il dosaggio in senso lato legale di temporalità cronologica e temporalità cairologica appare questione di rapporti tra poteri legislativi, da un lato, e poteri amministrativi e giudiziari, dall'altro: di rapporti di forza, certo, ma anche di ragionevole divisione del lavoro istituzionale, dunque di fiducia, in particolare di fiducia di chi è stato eletto – magari senza essere stato scelto dagli elettori – in chi potrebbe essere riconosciuto come rappresentativo pur non essendo stato eletto, per l'incarico che ricopre, solitamente previa vittoria concorsuale, e per la disinteressata professionalità, l'autorevolezza e l'umiltà con cui lo ricopre. Si può accedere elettivamente a un incarico pubblico ed essere percepiti come assai poco rappresentativi. E vi si

può accedere non elettivamente ed essere percepiti come largamente rappresentativi. La rappresentatività non è questione formale, di meccanismi procedurali di rappresentanza, ma sostanziale, presupponendo la percezione di un nodo, di un legame all'altro capo del quale qualcuno, eletto o selezionato per la propria preparazione specialistica, dovrebbe occuparsi degli interessi di vita di chi si sente, vorrebbe sentirsi, ha bisogno di sentirsi rappresentato in senso sostanziale, esistenziale.

Un legislatore che privilegi la temporalità cairologica si affida alle scelte temporalmente ragionevoli di amministratori e giudici. Non pretende di determinare preventivamente, dunque astrattamente, il momento in cui un certo intervento amministrativo o giudiziario dovrà aver luogo. Modera le proprie tentazioni cronologistiche per consentire alle scelte temporali di amministratori e giudici di aderire quanto più possibile alle esperienze da regolare. Tempera il proprio assolutismo in 'materia' temporale per condividere responsabilità con coloro che sono quotidianamente alle prese con fatti concretissimi, con problemi che hanno nomi e cognomi, con situazioni di vita vissuta, spesso sofferta, non di rado lacerata.

Un legislatore che abbia questa coraggiosa saggezza rinuncia a imporre scelte cronologiche (che qui non è sinonimo di temporali), spesso lontane dalla vita, perché ciascun concreto decisore possa decidere, faccia a faccia con le vite in carne e ossa che propongono precise domande di giustizia, nel momento (che ritiene) giusto, non troppo tardi, ma neanche troppo presto. Un decisore impaziente può essere ingiusto almeno quanto uno pigro. E la «ragionevole durata» del processo dovrebbe essere quella necessaria alla (sufficientemente lunga per la) ragionevole maturazione, processuale ed extraprocessuale, della lite; non quella necessaria allo (sufficientemente breve per lo) smaltimento di un arretrato. Un arretrato non può essere smaltito a 'spese' di vite che, chiedendo giustizia, come minimo si aspettano di essere ascoltate e lette sino in fondo, e di riuscire a leggere, persino senza la 'traduzione' di un 'legale', una motivazione che risponda alle loro puntuali domande almeno altrettanto puntualmente. Per tutto questo occorre il tempo che occorre, un tempo non esattamente calendarizzabile, un tempo diverso da quello della catena di montaggio.

In secondo luogo, il dosaggio legale di temporalità cronologica e temporalità cairologica appare questione di rapporti tra giurisdizioni sugli atti in senso lato legali, da un lato, e giurisdizioni sugli atti in senso lato attuativi, dall'altro.

I tempi cronologici – che, come ho tentato di dire nel paragrafo precedente, non coincidono perfettamente con i termini perentori, potendo un termine perentorio sufficientemente ampio consentire margini di discrezionalità temporale – sono rigidi e per questo, al tempo stesso, più facilmente e più difficilmente osservabili: più facilmente perché è sufficiente non trascurare il dettato del calendario; più difficilmente perché non ci si può concedere un istante in più, restando solo da sperare poi nella remissione in termini per inimputabilità dell'oltrepassamento.

I tempi cairologici – che dunque comprendono, oltre ai termini «ragionevoli» e a quelli ordinatori, quelli perentori non eccessivamente costrittivi – sono flessibili, malleabili, adattabili. Si possono oltrepassare, quando coincidenti con termini ordinatori, ma non senza limiti, non senza dover rendere conto della 'violazione': un'autorità amministrativa o giudiziaria può sanzionarne l'oltrepassamento non giustificato come ragionevole. Sono sempre, in qualche misura, indeterminati, ma sempre, ovviamente, determinabili: il tempo indeterminato non può mai restare tale a tempo indeterminato. La loro durata dipende dalle circostanze in cui si agisce, ma in ogni caso non può oltrepassare l'orizzonte della ragionevolezza o, meglio, della non manifesta irragionevolezza.

Gestire un margine cairologico di manovra è un'opportunità, ma anche un peso. Al vincolo del calendario subentra il vincolo dell'obbligo di motivazione della scelta temporale: perché ora e non prima?, oppure, anche, perché ora e non dopo? Poiché, dunque, distribuire tempi cronologici e tempi cairologici equivale a distribuire diritti e obblighi, benefici e sacrifici, tale operazione legale non può sottrarsi al rispetto del principio di ragionevolezza o, meglio di nuovo, di non manifesta irragionevolezza.

La previsione legale di un tempo cronologico può essere dichiarata manifestamente irragionevole sia per eccessiva lunghezza che per eccessiva brevità: in entrambe le ipotesi risulterebbe irragionevolmente avvantaggiata una parte di un rapporto e irragionevolmente svantaggiata la controparte. Nel caso del rapporto amministrativo il rischio decisamente più probabile è che a risultare irragionevolmente avvantaggiata sia l'amministrazione, magari in nome di un interesse pubblico ancora inteso come interesse dell'amministrazione in quanto tale, anziché come interesse del pubblico dei privati amministrati, spesso (ma perché non sempre?) potenzialmente e non di rado attualmente, per dirla con Feliciano Benvenuti, «coamministranti».

Per non restare nel vago, posso richiamare anche a tal proposito la disciplina del preavviso di diniego. La quale, da un lato, come detto nel paragrafo precedente, fissa al privato un termine di soli dieci giorni per la presentazione di memorie e documenti volti a indurre l'amministrazione a rivedere il preannunciato proposito di rigettare l'istanza; e, dall'altro, stabilisce che il termine di conclusione del procedimento si interrompe, ossia ricomincia a decorrere da zero, cosicché, per valutare le memorie e i documenti presentati dal privato in questa circostanza, l'amministrazione ha a disposizione lo stesso termine entro cui ha dovuto compiere l'intera istruttoria. Si tratta, quindi, dal punto di vista temporale, di una disciplina palesemente asimmetrica, sbilanciata, 'disparitaria': la replica al preavvisato diniego, pur ammessa, appare disincentivata, mentre per l'esame della replica l'amministrazione dispone di un termine di conclusione del procedimento fin troppo comodo.

Sembra decisamente poco probabile, invece, che sia valutata come manifestamente irragionevole la previsione legale di un tempo cairologico: occorrerebbe provare la manifesta irragionevolezza, appunto, della previsione di un termine non numerato ma numerabile in concreto, in luogo di uno numerato già in astratto. Mentre può essere valutata come manifestamente irragionevole la concretizzazione cronologica, in sede di procedimento amministrativo o di processo, della temporalità cairologica, vale a dire la scelta cronologica dell'amministratore o del giudice, peraltro in ogni caso da motivare, di determinare in un certo modo la scelta cairologica del legislatore.

Ricapitolo, per concludere, il secondo ordine di considerazioni. La manifesta irragionevolezza della temporalità cronologica è questione spettante alla giurisdizione comunitaria, costituzionale, amministrativa o (in relazione al potere di disapplicazione) ordinaria, a seconda della fonte che fissa il termine della cui manifesta irragionevolezza si discute: comunitaria o nazionale e, se nazionale, legale (questa volta in senso stretto) o non legale. La manifesta irragionevolezza della temporalità cairologica sembra questione difficilmente prospettabile, poco meno che teorica. Peraltro, qualora la pratica si incaricasse di prospettarla, varrebbe quanto appena detto. Infine, è questione spettante alla giurisdizione amministrativa o ordinaria la manifesta irragionevolezza della concretizzazione cronologica, in sede di procedimento amministrativo o di processo, dell'opzione legale per una temporalità cairologica.

ABUSO DEL DIRITTO E TEORIA DEI GIOCHI - UN'ANALISI CARTESIANA

Ramon Romano¹

Il progressivo affermarsi della concezione della responsabilità civile come sistema aperto (in ordine agli interessi meritevoli di tutela) ed atipico (con riguardo ai fatti ritenuti illeciti) evidenzia, alla luce dell'emersione di beni giuridici e forme di titolarità diversi dal modello della proprietà napoleonica, la necessità di spandere una luce critica su i tradizionali schemi di imputazione e sulle relative tutele risarcitorie.

L'inefficienza, in ambito industriale, delle imputazioni soggettive e dei rimedi compensativi, insieme con le incessanti metamorfosi delle proprietà², suggerisce la revisione strumentale e teleologica della stessa responsabilità civile³; il problema si analizzerà secondo una chiave di lettura molteplice e non convenzionale intesa a coniugare la Teoria Generale dei Beni con l'Analisi Economica del Diritto.

Di fronte a nuovi diritti e nuovi beni⁴ che il sistema socio-economico genera, onde soddisfare gli interessi pubblici e privati riconosciuti meritevoli di tutela, si constata un'incertezza sul regime d'appartenenza di tali beni e sull'allocazione dei nuovi danni⁵ emergenti; tali questioni risolve la responsabilità civile allorché supera i confini tradizionalmente assegnateli.

In altri termini, lo sviluppo tecnologico e delle organizzazioni sociali ha sancito e sancisce l'emersione di forme di proprietà nuove, sia per oggetto (su tutte: le proprietà intellettuale e biologica) che per soggetti titolari (proprietà comune e della proprietà esclusiva), e - per l'effetto - incrina la resistente triangolazione pandettistica tra risarcimento con funzione compensativa,

¹ Dottorando di Ricerca in *Discipline civilistiche* presso L'Università degli Studi di Firenze – Scuola di Giurisprudenza.

² G. ALPA – A. FUSARO, **Le metamorfosi del diritto di proprietà**, Matera, 2011. I processi costituzionali forieri di una decentralizzazione dell'individuo, le contaminazioni di *common law* in ordine alla frammentazione dei poteri proprietari, le rivoluzioni tecnologiche con riguardo alle caratteristiche intrinseche degli oggetti di proprietà, hanno prodotto una metamorfosi, soggettiva ed oggettiva, delle categorie di appartenenza dei beni giuridici.

³ *Ex plurimis*, soprattutto per un inquadramento storico-evolutivo, C. SALVI, **La responsabilità civile**, Milano, 2005, p. 11. L'A. descrive il passaggio da una responsabilità civile come sanzione del fatto illecito ad una responsabilità civile come riparazione del fatto illecito; la responsabilità civile spostata, così, il suo baricentro dal danneggiante al danneggiato.

⁴ Es. nomi a dominio o cellule staminali.

⁵ Es. *digital divide* o danno tanatologico.

sacralità della proprietà privata e centralità della volontà dell'individuo.

I nuovi statuti proprietari e la progressiva rilevanza assunta dal diritto pubblico, nazionale ed internazionale, rompono questa sequenza perfetta⁶, affermano valori relazionali anziché individuali, liberano la responsabilità civile da un ruolo ancillare alla *signoria del volere*⁷ ed indirizzano l'allocazione della ricchezza presso chi ne garantisce il miglior sfruttamento e quella del danno presso chi, tra i responsabili, meglio è in grado di sopportarne le conseguenze⁸. Si afferma, per ciò, una logica "reipersecutoria"⁹ che sposta il baricentro della responsabilità civile verso chi, direttamente o indirettamente, si è arricchito del danno.

Il mutamento di prospettiva segna la necessità di superare la concezione meramente compensativa della responsabilità civile e consiglia di riconoscere agli strumenti di responsabilità civile un ruolo ordinante della sistematica delle norme e della società stessa, ove manifesta è la tendenza al proliferare dei diritti senza un'attenta verifica di legittimità degli interessi sottesi¹⁰.

Una revisione della responsabilità civile nella linea prospettata mira a generare, a seconda dei casi, un effetto attributivo o uno privativo delle posizioni giuridico-patrimoniali desiderate o già quesite e lo fa ordinando, *ex ante*, l'esercizio del diritto verso un fine moralmente ineccepibile ed economicamente Pareto-efficiente ed, *ex post*, correggendone l'abuso con speculari soluzioni atte ad annullare lo scopo divisato¹¹.

Nel diritto soggettivo come *azione* si palesa, infatti, anche la *potestà* – potere e dovere -

⁶ La perdita della centralità dell'individuo in favore di una dimensione pubblica degli interessi e la pluralità delle forme proprietarie dovute allo sviluppo tecnologico sta, adesso, incidendo sulla stessa funzione della responsabilità civile, oltre che sul ruolo dell'autonomia privata e la classificazione dei beni, non più solo limitata alla compensazione del danno ma aperta all'attribuzione dei beni ed a regolare la circolazione della ricchezza.

⁷ B. WINDSCHEID, **Diritto delle Pandette**, I, trad. it. Torino, 1935, p. 108.

⁸ Il riferimento è alla c.d. *lender responsibility* secondo cui il costo del danno ambientale può imputarsi alle banche finanziatrici dell'impresa colpevole del danno ambientale, impresa il cui valore economico può ben essere inferiore a quello di danno. Cfr. D. PORRINI, **Effetti economici della Lender's Liability e della Financial Responsibility per danni ambientali** in *Riv. It. degli Economisti*, I, Bologna, 2002.

⁹ In questa direzione, da ultimo, si pone la volontà comunitaria che, con due comunicazioni (IP/14/760) del 01.07.2014 - l'una relativa all'azione politica e l'altra relativa alla strategia da adottarsi in concreto (entrambe intese a concretizzare quanto già voluto con la Direttiva 2004/48/CE) - trasmesse dalla Commissione Europea in materia di protezione della proprietà intellettuale, sancisce come criterio guida quello del c.d. "*follow the money*", cioè della privazione presso i trasgressori di utili e profitti lucrati in ragione della determinata violazione perpetrata.

¹⁰ Si comprenderà facilmente come tutto il discorso che qui si propone sia radicato nell'opzione concettuale sposata per prima dalla Giurisprudenza degli Interessi che, opponendosi a quella dei Concetti (Pandettistica), cercava di evidenziare il carattere relazionale del rapporto giuridico anziché quello di forza. Per tutti R. Von JHERING, **Lo scopo del diritto**, 1877 (trad. it. Torino, 1972).

¹¹ In questa linea G. PINO, **L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)**, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, pp. 115-175.

dei privati *di darsi un ordinamento*¹².

In particolare, tale realtà giuridica invoca, per conseguenza, una valorizzazione del criterio del *rischio*¹³ ed altri metodi (come, appunto, la restituzione delle utilità e dei profitti¹⁴, o la negoziazione fittizia del consenso traslativo) di distribuzione della ricchezza.

La metamorfosi in senso pluralistico del dogma proprietario comporta, dunque, che la responsabilità civile – oltre alla funzione propria di *conservazione*¹⁵ - sia talora chiamata a svolgere le altre funzioni¹⁶ – *attributiva*¹⁷ e *traslativa*¹⁸ - tipicamente ascritte alla disciplina dei beni giuridici e dei negozi giuridici.

Tale potestà ordinante si esprime anche in ambito negoziale allorché ci si avvalga del rimedio aquiliano (*ex art. 1218 c.c.*) per correggere l'equilibrio contrattuale (e mantenere in vita l'accordo viziato dall'abuso), quantunque il sistema giuridico predisponga già gli strumenti per la cessazione del rapporto¹⁹.

Le *tutele di responsabilità civile* e le *tutele caducatorie* (annullabilità e rescissione), infatti, anche se rimangono su due piani distinti - quello dell'esecuzione del rapporto, le prime, quello della genesi del rapporto, le seconde -, nondimeno convergono verso la garanzia degli stessi interessi particolari (annullandone il sinallagma o curandone la proporzionalità).

Orbene in caso di abuso del diritto, cioè di sviamento della funzione della norma attributiva di tale diritto²⁰, sostituire il paradigma risarcitorio alle soluzioni caducatorie, tuttavia, non

¹² S. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato (Appunti)*, Milano, 1958, p.19.

¹³ *Ex plurimis* S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

¹⁴ Per comprendere la differenza tra i due oggetti di trasferimento – tutta insita nell'art. 2041 c.c. - di pregio la lettura di P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2009, p.82.

L'A., richiamando l'*account of profits* di common law in parallelo con la disciplina della gestione degli affari altrui (art. 2028 c.c.), propone una diversa sistematica distinguendo tra risarcimento che attiene al pregiudizio economico subito, restituzione degli utili che ne prescinde e riguarda – invece - soltanto la non giustificazione dell'arricchimento immediatamente ottenuto e restituzione (o, meglio, trasferimento) dei profitti che attiene a quanto locupletato, in via indiretta, grazie all'illecito.

¹⁵ Trasferisce la ricchezza distrutta da chi ne ha cagionato la distruzione a chi ne ha subito la perdita.

¹⁶ Cfr. M. BARCELLONA, *La nuova concezione della responsabilità: dall'illecito alla clausola generale in Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2011, p. 46 ss. .

¹⁷ E' quella che provvede ad attribuire le risorse ed a regolare la loro appropriazione ad opera dei privati.

¹⁸ Presiede alla circolazione ed alla distribuzione della ricchezza.

¹⁹ E. BARCELLONA, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale » o inderogabilità del «mercato»?* (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009) in *Riv. del dir. comm. e del dir. gen. delle obbl.*, II, 2011, p. 165.

²⁰ Così U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 12 e, poi, S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, p. 165, Milano, 1958. Di recente C. RESTIVO, *Contributo ad un teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 45.

parrebbe fuori luogo; infatti mantenendo in vita il negozio non si vincola l'abusante a qualcosa di non voluto²¹, proprio perché l'unica volontà rilevante alla cessazione dello stesso è quella di chi subisce l'abuso. A *fortiori*, varrebbe dunque un criterio alternativo tra tutele risarcitorie e caducatorie che gli permetta di considerare tale sviamento come comunque funzionale ai propri interessi, similmente a quanto avviene nel c.d. *dolo incidente* (art. 1440 c.c.) ove il contratto resta valido ed è possibile esperire un'azione di danni. In tali circostanze si staglia così l'*equità integrativa* sul regolamento negoziale (artt. 1371 e 1374 c.c.).

Tanto premesso, la riflessione che si produce è relativa tanto gli abusi extracontrattuali quanto quelli interni ad un rapporto negoziale; dal punto di vista metodologico, l'indagine sposa due tecniche di argomentazione logico-matematiche che propongono schemi ermeneutici attraverso cui giungere alle possibili soluzioni giuridiche del problema divisato. Il riferimento è al *Metodo Cartesiano*²², come criterio di analisi e sintesi dell'abuso del diritto, ed alla *Teoria dei Giochi*²³, come schema categorico entro cui intendere la natura relazionale²⁴ dell'esercizio del diritto ed entro cui ricondurre gli effetti dell'abuso, per poi comprenderne le adeguate tutele civilistiche.

Introdotte le tecniche argomentative denunciate, l'analisi si impennierà sulle clausole generali di *diligenza* e di *meritevolezza* onde riconoscere l'effettività e le diverse gradazioni dell'abuso del diritto. Il parallelismo con i *giochi competitivi* ed i *giochi cooperativi* mostrerà gli interessi pubblici e privati che ordinano l'esercizio del diritto; quello con i *giochi a somma zero*, *a somma negativa* ed *a somma positiva* darà conto del fatto che la diversità degli effetti conseguenti all'illecito – perdita patrimoniale relativa, perdita patrimoniale secca, incremento patrimoniale – impone altrettanta diversità di soluzioni giuridiche perché un determinato conflitto possa dirsi risolto e raggiungere un'effettiva soluzione (alla stregua del c.d. *Equilibrio di Nash*).

²¹ Così invece M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico* in *Riv. Dir. civ.*, II, 2014, p. 498.

²² R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, (Leida, 1637), Bari, 1963 (a cura di Carlini).

²³ O. MORGENSTERN, *Teoria dei giochi*, Torino, 2013.

²⁴ L'esercizio del diritto è, infatti, il momento in cui avviene la dialettica tra potere/facoltà ed interesse legittimo di diritto privato sottostante (c.d. *limite interno*) ed interessi legittimi di diritto privato contrapposti (c.d. *limite esterno*). Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, pp. 179-180.

1. IL DIRITTO SOGGETTIVO COME AZIONE ORDINANTE

Se l'esercizio di un diritto soggettivo è la possibilità di rendere attiva (cioè soddisfatta) una posizione inattiva di interesse, è logico affermare come la norma di libertà sia, in fondo, un simulacro che attende un'*azione* che completi il Diritto, essendo che è nell'esercizio di quest'azione che riposa il soffio vitale che trasforma il sintagma "libertà-interesse privato" in diritto soggettivo²⁵. Prima il diritto è anonimamente oggettivo, non esiste che in indefinita potenza.

L'esercizio rivela, così, il diritto soggettivo come elemento del Diritto; ogni esercizio di *potere* (cioè ogni predisposizione di un atto giuridico) o *facoltà* (cioè ogni attività materiale) rappresenta, dunque, una strategia individuale tesa a raccogliere l'approvazione dell'Ordinamento e a legittimare, per conseguenza, i risultati – *rectius* gli effetti - raggiunti nell'esercizio di tale potere o facoltà.

Il presente lavoro - ispirandosi ai significativi modelli matematici conati in economia da von Neumann, Morgenstern²⁶ e Nash²⁷ (c.d. Teoria dei Giochi) – intende, perciò, descrivere come i fenomeni di abuso del diritto siano assimilabili a delle particolari infrazioni che rompono il corretto svolgersi e terminare – l'*ordinarsi* – del gioco.

In particolare, l'abuso – quale azione che rompe l'equilibrio tra diritto soggettivo ed interesse legittimo – si apprezza come lesione di un *valore relazionale* ancor più che di un *valore assoluto*. Similmente avviene nella Teoria dei Giochi laddove il soddisfacimento delle istanze individuali corrisponde, esattamente, allo stato di reciproco disinteresse verso un esercizio ulteriore delle prerogative personali.

Per tanto la distinzione che, da subito, dovrà esser chiara è che - a differenza della matematica per la quale i giochi sono rapporti che rispondono a sistemi di regole e valori autonomi²⁸, cioè a sistemi chiusi, perfetti e immutabili - negli ordinamenti giuridici²⁹ i singoli

²⁵ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 363.

²⁶ J. VON NEUMANN – O. MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, Princeton, 2007 (1944).

²⁷ John Nash – premio Nobel per l'economia nel 1994 – è un matematico statunitense famoso per aver contribuito a definire la c.d. Teoria dei Giochi come uno strumento di previsione delle decisioni individuali in un contesto tanto cooperativo quanto non cooperativo.

J.F. NASH, *Non-cooperative games* in *Ann. of Math.*, 54, pp. 286-295. In italiano J.F. NASH, *Giochi non cooperativi ed altri scritti*, Bologna, 2004.

²⁸ Cioè indifferenti a variabili più ampie di quelle "vincere-perdere".

rapporti, oltre che con le regole precipue e prestabilite dalla Legge, stabiliscono relazioni di dipendenza con norme e valori posti fuori dal singolo rapporto, cioè sono rapporti che si instaurano all'interno di un sistema aperto, imperfetto e mutevole.

In altri termini la Teoria dei Giochi matematica è una teoria necessariamente *ordinata* in cui c'è sempre concordanza tra regole del gioco e strategie di gioco. Non così è per una ipotetica Teoria dei Giochi sociale ove il Diritto svolge un ruolo *ordinante* e dove esistono tanti ordinamenti quante sono le istituzioni³⁰.

2. LA TEORIA DEI GIOCHI COME CHIAVE ERMENEUTICA DELL'ABUSO DEL DIRITTO

Hansen - Ma non vi ricordate niente eh? Pensate alla lezione di Adam Smith, il padre dell'economia moderna: "Nella competizione l'azione individuale serve al bene comune".

Nielsen - Esatto, ognuno per sé, signori, mi raccomando.

Nash - Adam Smith va rivisto...incompleto. Ok? Perché il miglior risultato si ottiene quando ogni componente del gruppo farà ciò che è meglio per sé e per il gruppo.*

La c.d. Teoria dei giochi è una teoria matematica che studia le situazioni di conflitto in economia e le loro risoluzioni sulla base dell'equilibrio degli interessi contrapposti. La lezione di Nash è la seguente: coniugare l'interesse individuale con quello degli altri. Il bene comune massimo è realizzabile soltanto se si persegue il proprio interesse in funzione degli interessi altrui.

La Teoria dei Giochi assume, dunque, a cardine d'indagine la razionalità; rappresenta, infatti, una disciplina che ha come scopo quello di analizzare i comportamenti razionali di certi soggetti (*giocatori*) all'interno di un determinato contesto che può essere caratterizzato tanto da obiettivi comuni, tanto da obiettivi diversi ma non conflittuali, quanto da obiettivi diversi e conflittuali. Elemento basilare della Teoria dei Giochi, oltre la razionalità, è dunque la interdipendenza strategica, cioè il fatto che il risultato sperato da ciascun giocatore dipende dal comportamento dell'altro.

In tutte queste circostanze per la moderna Teoria dei Giochi vi è – in condizioni di costante

²⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.

³⁰ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 124.

* Dialogo tratto dal film, incentrato sulla vita del premio nobel John Nash, intitolato "*A beautiful mind*" e vincitore di diversi premi Oscar; da lì l'ispirazione di questo lavoro, nella convinzione che – in assenza di determinazioni razionali - la responsabilità civile possa condizionare positivamente il raggiungimento del bene comune.

razionalità dei giocatori – uno specifico equilibrio (c.d. *Equilibrio di Nash*³¹) tra le diverse strategie (cioè tra le posizioni giuridiche soggettive) in cui ognuno dei giocatori può conseguire la c.d. *utilità attesa* (c.d. *pay-off*). Questo equilibrio realizza la c.d. *soluzione* del gioco, cioè il momento in cui le strategie dei giocatori sono compiute ed ognuno ritiene, ragionevolmente, che la strategia dell'avversario non muterà e che, quindi, non potrà più aumentare la propria *utilità attesa* (cioè vedere, ulteriormente, soddisfatta la propria posizione giuridico-soggettiva).

Per la Teoria dei Giochi ogni gioco ha, però, un carattere diverso - “*a somma zero*”; “*a somma positiva*”; “*a somma negativa*” - in base agli obiettivi in concreto perseguiti, rispettivamente di mera traslazione di ricchezza, di incremento patrimoniale o, al contrario, di arricchimento con distruzione di ricchezza altrui.

Ogni rapporto produce, quindi, un effetto diverso, un diverso equilibrio (paritario; privilegiato; unilaterale) sul quale occorre impuntare il giudizio di liceità; le conclusioni di questo studio avranno riguardo l'equilibrio che emerge come ingiusto. Infatti se l'equilibrio è *contra ius* è un equilibrio solo relativo e gli effetti patrimoniali che si producono meritano di essere annullati.

In tal senso la reinterpretazione del ruolo della responsabilità civile attraverso la Teoria dei Giochi in chiave sociale, proprio nel perseguimento di un “ottimo paretiano”, assume un ruolo *positivo*, nel senso che spiega la realtà, cioè le ragioni che spingono certi soggetti ad assumere certe decisioni piuttosto che altre (così, ad es., in ordine ai cartelli anticoncorrenziali, totalmente fondati sulla reciproca fiducia). Ma anche un ruolo *prescrittivo* (così avviene con le c.d. licenze obbligatorie), nel senso di dettare ai giocatori quale sia la condotta – negoziale o stragiudiziale - che dovrebbero razionalmente assumere o che – secondo l'Autorità giudicante - avrebbero dovuto assumere. Si segna, così, il passaggio da un sistema pareto-efficiente in senso solo economico a un sistema che intende esserlo anche in senso etico³².

Gli studi giuridici che, fin qui, hanno coinvolto la Teoria dei giochi sono stati quelli relativi al diritto *antitrust*, in cui il “gioco cooperativo dei cartelli” è stato inteso proprio come forma d'abuso lesiva degli interessi del mercato³³ da combattersi secondo una logica di *sfiducia* (*distrust*) infusa surrettiziamente all'intesa anticoncorrenziale (cioè alla stregua di un diverso gioco a somma

³¹ In economia è quell'equilibrio che - quando vi sono due o più giocatori e ognuno simultaneamente sceglie una strategia ottima (che massimizza la sua utilità), date le scelte degli altri – garantisce la chiusura del conflitto di interessi.

³² In questi termini, rievocando e distanziandosi dalla lezione di Santi Romano, D. CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, 2011.

³³ *Ex plurimis* M. CLARICH, **I programmi di clemenza nel diritto antitrust**, in www.giustizia-amministrativa.it.

negativa). Da qui la produzione di norme *ad hoc* (es. *programmi di clemenza*) che se tradiscono il principio di responsabilità, riescono però a recuperare e prevenire il danno prodotto e producibile³⁴.

Orbene, la Teoria dei giochi ha il pregio di prestarsi bene in altri settori del Diritto e lì mostrare come lo svolgersi delle relazioni giuridiche tipiche debba essere ordinato ad un risultato univoco, che è quello insito nella funzione della norma; oltre tale ruolo positivo, la Teoria, ne svolge uno prescrittivo, sicché - in caso di anti-giuridicità, legale o giuridica - sa opporre a questa un modello alternativo che ne assorba il disvalore; questa è la logica che rompe il monopolio del risarcimento e declina le forme di responsabilità civile secondo le diverse e mutevoli esigenze della *civitas*.

La distinzione che si pone essenziale è, così, quella tra *giochi cooperativi* e *giochi non cooperativi*.

1) Tra i più chiari giochi che la Teoria dei Giochi matematica spiega al fine di rappresentare tali equilibri di interessi c'è la c.d. Battaglia dei sessi. In questo gioco, di tipo cooperativo, due fidanzati devono scegliere tra andare al Teatro a vedere un'opera lirica o allo stadio a vedere una Partita di football. Tizia preferisce il teatro mentre Caio preferisce la partita, ma entrambi non hanno interesse a restare da soli. Se vanno entrambi al Teatro Tizia ha una maggiore utilità di Caio, se vanno entrambi alla Partita viceversa, se ciascuno non accompagna l'altro fuori casa ne consegue che questi deciderà di non uscire da solo e, quindi, non vi sarà nessun vantaggio per alcuno.

Graficamente:

Tizia (orizzontale) Caio (verticale)	TEATRO	PARTITA
TEATRO	2;1	0;0
PARTITA	0;0	1;2

³⁴ Il riferimento è al c.d. *dilemma del prigioniero* (celebre gioco non cooperativo a somma negativa, cioè inefficiente); rispetto ad esso la soluzione degli ordinamenti è stata quella di accordare un'immunità al giocatore traditore (c.d. programmi di clemenza) che per liberarsi tradisca i complici, con una condanna complessivamente maggiore. Cfr., per tutti, il fondamentale contributo di D. G. BAIRD – R. H. GERTNER – R. C. PICKER, *Game theory and the law*, 1994, Harvard, p. 33 e ss.

Per la Teoria dei Giochi, entro questo contesto, tutto si risolve nella conclusione per la quale *cooperare* è, in ogni caso, più vantaggioso che essere egoisti. Ma soprattutto ammette, con ciò, che i due fidanzati sceglieranno sempre almeno una delle due soluzioni positive.

Non così nel Diritto, nella misura in cui non è affatto scontato che le parti sceglieranno una soluzione positiva e nella misura in cui non c'è sempre una disposizione intervenga per orientare le scelte dei giocatori in un senso piuttosto che in un altro. In tali circostanze può esservi *abuso del diritto* ed il lavoro dell'interprete che lo voglia annullare sarà proprio quello di verificare il dovere di cooperazione sotteso all'esercizio del diritto e di scegliere, poi, lo strumento di responsabilità civile più idoneo a conseguire i risultati che sarebbero stati raggiunti nell'ipotesi di un esercizio razionale del diritto.

In particolare, ancora, la Teoria dei Giochi distingue tra giochi cooperativi *ad utilità trasferibili* o *non trasferibili*, a seconda che il giocatore "vincente" possa trasferire o meno la propria vincita. Infine, nei giochi cooperativi, a differenza dei giochi competitivi in cui le parti hanno obiettivi egoistici ed esclusivi, i giocatori è più facile stringano accordi per il raggiungimento dei reciproci obiettivi (che talvolta, peraltro, possono coincidere).

2) Tuttavia, come dimostra la Teoria dei Giochi, le relazioni socio-economiche possono svilupparsi anche in senso *competitivo* (v. Concorrenza), cioè conflittuale.

La distinzione che ci involve è di analisi economica del diritto (Calabresi); l'accettazione del danno come momento cinetico del Diritto³⁵ e il richiamo alla distinzione tra *conflitto aquiliano*, *conflitto attributivo* e *conflitto traslativo* ci occupa, infatti, nel risolvere le questioni di chi debba sopportare il danno, a chi debba spettare la titolarità del bene e, soprattutto, le utilità, da questo derivanti, a quali condizioni possano essere trasferite da un soggetto all'altro.

La concezione testé espressa si giustifica sulla considerazione che i rapporti giuridici nel loro concreto svolgersi si esprimono come una relazione tra avversari; in proposito la Teoria dei Giochi ha sintetizzato la formula di risoluzione dei conflitti nei criteri c.d. *minimax* e *maximin*. La tesi è quella che due giocatori razionali saranno anche prudenti e, quindi, cercheranno di

³⁵ G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975. L'A. apre alla possibilità che la responsabilità civile non sia solo lo strumento di annullamento del danno ma di sua accettazione (e allocazione) in termini di convenienza socio-giuridica (v. il sistema di assicurazione RCA).

minimizzare le perdite. Il giocatore Sempronio sceglierà la strategia “A” che permette di massimizzare la vincita minima (criterio *maximin*); mentre Mevio quella “B” che permette di minimizzare la vincita massima di Sempronio (criterio *minimax*).

Si tratta di strategie ottimali per entrambi. Si parla, in proposito, di *dinamiche dominanti*, cioè di strategie che, da un lato, rinunciano al guadagno astrattamente più alto possibile e, dall'altro, garantiscono un guadagno certo o, almeno, la probabilità di un guadagno senza dover dipendere dalle scelte altrui.

Mutatis mutandis, nel corretto esercizio del diritto, ciascun giocatore cercherà di raggiungere il più alto risultato possibile in funzione delle posizioni giuridico-soggettive altrui, secondo la dialettica “diritto soggettivo-interesse legittimo”. Se questo non avviene spontaneamente a ciò sarà deputata la responsabilità civile.

Il processo analitico, infine, denuncia come lo stesso concetto di Proprietà meriti di essere coniugato al plurale, secondo quella logica dei *diversi statuti* che già Vassalli³⁶ presentava come essenziale a descrivere la sclerosi del dogma del numero chiuso dei diritti reali. Si ritiene, perciò, che tale approccio interpretativo sia consonante all'emersione delle nuove forme di abuso del diritto, che specie si sviluppano in materia di proprietà intellettuale (es. abuso della registrazione dei nomi a dominio³⁷) e “proprietà” biologica (es. abuso della brevettabilità dell'umano³⁸).

3. ANALISI CARTESIANA DEGLI ABUSI

Il metodo cartesiano – che qui si evoca come rivelatore dell'abuso del diritto - presenta quattro regole fondamentali³⁹:

³⁶ F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* (1938) in *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, p. 331

³⁷ In proposito chiaro R. PARDOLESI, *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, in (a cura di) N. LIPARI – P. RESCIGNO, *Trattato di diritto civile*, vol. IV, p. 113.

³⁸ Storico il caso *Moore v. The regents of the University of California et al.*, in cui si sottolineò la problematicità di qualificazioni strettamente proprietarie in ordine a beni quali dati personali e materiali biologici umani. Significativa, anche, la pronuncia della Corte suprema degli U.S.A. del 13 giugno 2013 - caso *Association for molecular pathology et al. v. Myriad genetics, inc., et al.* - su i limiti interni alla brevettabilità delle scoperte scientifiche relative al D.N.A. umano.

In Europa, invece, significativa è la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) del 18.10.2011, causa C-324/10, caso *Brustle v. Greenpeace*, sulla brevettabilità delle cellule staminali embrionali che, all'opposto, concerne i limiti esterni all'esercizio del diritto alla brevettabilità.

³⁹ R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, cit., pp. 54-56.

l'*evidenza* dell'oggetto sensibile (che, per quel che ci riguarda, è la chiarezza dei dati pregiudiziali e legali) su cui si incentra il problema;

l'*analisi* del problema nelle sue componenti elementari (che, giuridicamente, si attua con il passaggio dagli istituti generali alle norme particolari, e dalle norme alle facoltà ed i poteri individuali);

la *sintesi* (cioè il procedimento di ricostruzione logico-sistematica dell'oggetto problematico destrutturato; metodologicamente una sussunzione);

l'*enumerazione* e la *revisione* (cioè la verifica metodologica ed oggettiva dell'analisi e della sintesi).

L'esame interpretativo dell'abuso del diritto assume, dunque, nello stesso ordine cartesiano ora illustrato, come cardinali i caratteri rilevati dalla Suprema Corte di Cassazione Civile con la sentenza n. 20106/2009 (caso *Renault*⁴⁰); segnatamente questi sono stati riconosciuti:

nella titolarità di un diritto soggettivo (*rectius* di una posizione giuridica soggettiva qualsiasi);

in una pluralità di modalità di esercizio del diritto non rigidamente predeterminate;

nell'esistenza di un criterio di valutazione della *difformità*⁴¹ (riconoscibile nella deviazione funzionale del diritto rispetto allo scopo voluto dalla norma che concede o riconosce il diritto) valido per la sussunzione del caso specifico;

nel dato visibile e incontrovertibile di *sproporzione ingiustificata* tra benefici e sacrifici contrapposti⁴².

In questo senso il problema dell'abuso del diritto si esplicita come un problema interpretativo in termini di *giudizio di congruenza* e di *giudizio di valore* tra – da un lato – esercizio particolare e scopi individuali e – dall'altro – modalità di svolgimento ed interessi divisati dall'Ordinamento⁴³.

Il processo palesa centrali i due momenti dell'analisi e della sintesi in cui si attua la scomposizione e la ricomposizione della conoscenza. L'analisi del fenomeno sospettato come abusivo avverrà, lungo un asse speculativo, con la parcellizzazione dell'abuso nei suoi eminenti caratteri costitutivi: la presenza di difformità oggettive degli scopi perseguiti rispetto a quelli voluti dalla norma e l'esercizio del diritto secondo modalità di esercizio non prescritte o, altrimenti, invise all'Ordinamento (*diligenza*⁴⁴); lungo un altro asse speculativo l'analisi si completerà con un giudizio di non *meritevolezza*⁴⁵ degli scopi perseguiti e delle modalità adottate, distinguendo così

⁴⁰ *Obbl. e Contr.* on line, 2009, con nota di RUBINO.

⁴¹ Negli schemi cartesiani che seguiranno sarà ad indicare il parametro y. Tale parametro intenderà riconoscere l'incongruenza (in termini di difformità) tra esercizio e norma.

⁴² Negli schemi cartesiani che seguiranno sarà oggetto della valutazione di meritevolezza (parametro y1). Tale parametro intenderà riconoscere l'incongruenza (in termini di ingiustizia) tra esercizio e vantaggi conseguiti.

⁴³ Per tutti R. ALEXY, *Interpretazione giuridica*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, 1996.

⁴⁴ Per la gradazione della diligenza in ambito professionale cfr. S. RODOTA', *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, p. 539 ss. .

⁴⁵ Cfr. E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo* in *Riv. Dir. Civ.*, suppl. I, 2008, p. 49.

tra *abuso apparente*, *abuso* meramente *modale*, *abuso sostanziale* ed *abuso conclamato*.

Orbene, se da un lato l'art. 1176 c.c. ordina l'adempimento dell'obbligazione al criterio della *diligenza del buon padre di famiglia*, dall'altro la logica di corrispondenza tra esercizio e scopo del diritto soggettivo invoca, come secondo criterio, la *meritevolezza* (art. 1322 c.c.), la quale si applicherà, tanto su i *fini* quanto su i *modi*, come giudizio di valore inteso a connotare l'abusivo arricchimento come giustificato o meno.

In breve, ogni giudizio sulla congruenza e meritevolezza degli scopi individuali rispetto a quelli che sono gli scopi della norma attributiva (c.d. *facultas agendi*)⁴⁶ dovrebbe essere preceduto da un giudizio sulla diligenza delle condotte d'esercizio e, per l'effetto, da un giudizio di valore sulla meritevolezza degli interessi che tali condotte esprimono rispetto a quello che è identificato come paradigma d'esercizio (c.d. *norma agendi*)⁴⁷.

In Dottrina si propongono, al riguardo, due criteri di valutazione circa la conformità tra condotta e norma; uno è quello che regola i casi per *singole fattispecie*, l'altro è quello che adotta il meccanismo delle *clausole generali*⁴⁸. L'abuso del diritto elegge quest'ultima prospettiva – cioè quella della struttura aperta della responsabilità civile –, giusta la sua atipicità come illecito.

Graficamente si produrranno due schemi che tale prospettiva seguiranno; il primo esprime un giudizio sulla *norma agendi*, il secondo invece completa l'analisi riscontrando l'abuso rispetto alla *facultas agendi*.

Con riguardo al primo schema ("A1") si ritiene primaria la verifica della condotta del titolare del diritto (cioè della sua *diligenza* nell'esercizio del diritto).

L'analisi comincerà approntando su un piano cartesiano una linea delle ascisse (x) rappresentante le predeterminate modalità di esercizio consentite dalla legge o dalla giurisprudenza; qui si fisserà, secondo un valore fisso (10 su una scala decimale), il paradigma di esercizio. Rispetto ad essa, lungo una prima ordinata (y), bisognerà determinare il grado di *non diligenza*, cioè bisognerà effettuare una valutazione intorno al livello di diversità delle modalità di esercizio attuate rispetto a quelle normativamente previste. L'ortodossia⁴⁹ vi riconosce *abuso*,

⁴⁶ V. schema "A2".

⁴⁷ V. schema "A1".

⁴⁸ Cfr. G. D'AMICO, **Note in tema di clausole generali**, in *In iure praesentia*, 1989, p. 440 ss. .

⁴⁹ Cfr. F. D. BUSNELLI, **Illecito civile**, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1-34, 11.

sebbene sia solo *modale*. Il criterio distintivo riterrei riposi nella distinzione tra norme dispositive (derogabili) e norme imperative (inderogabili e, perciò, idonee a rivelare l'abuso)⁵⁰.

Maggiore verosimiglianza ha, però, l'abuso se – lungo una nuova ordinata (y_1) – si verifica la *non meritevolezza dei modi* assunti per l'esercizio del diritto. Ciò può realizzarsi attraverso un giudizio sugli interessi che la norma disciplinante le modalità di esercizio intende difendere o perseguire; l'incongruenza tra tali interessi astratti e quelli sottesi alle diverse modalità di esercizio praticate dal titolare della posizione giuridica-soggettiva denuncia un *abuso* del diritto che è sia modale che *sostanziale*.

Tanto premesso il secondo schema ("A2") interpretativo cartesiano si costruisce fissando – per il primo quadrante – lungo la linea orizzontale delle ascisse (x), al massimo del valore (10 in una scala decimale), gli scopi della norma attributiva. Rispetto a detto valore lungo la linea verticale delle ordinate (y) si rintraccerà, secondo un giudizio di congruenza, il valore corrispondente alla *diversità degli scopi individuali* perseguiti, che quanto più saranno difformi tanto più evidenzieranno la portata dell'abuso.

Si tratta di un'operazione valutativa. Ma non basta aver individuato tale oggettiva difformità a concluderla, infatti l'abuso potendosi palesare solo nell'apparenza (*abuso apparente*). In tali circostanze il discrimine riposa nella scelta di una logica *introversa* e *correttiva* (che è quella che valuta la correttezza dell'esercizio del diritto con la tavola di valori propria del sistema che si assume violato e qualifica le difformità di esercizio, necessariamente, come abusive), anziché di una logica *estroversa* ed *integrativa* (che, al contrario, è quella in cui i valori di riferimento sono, anche, estranei al sistema⁵¹). In quest'ultima ipotesi l'abuso può abbandonare lo stigma di anti-giuridicità e disvelarsi come potestà ordinante.

In un sottostante secondo quadrante – lungo una nuova ordinata (y_1) e fermo il valore x – si individuerà, invece, il grado di *non meritevolezza degli scopi*. Quale sia in concreto il valore cardinale da considerare è, invero, disputato; sostenendosi sia nella *utilità sociale*⁵² o nella mera *liceità* e *cogenza* dell'interesse sotteso.

⁵⁰ In argomento E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, V, 2001, p. 586 ss. .

⁵¹ M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2014, p. 467.

⁵² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, XV, Torino, 1943, p.171.

Conclusivamente, non si effettua, fin qui, un giudizio diretto sull'elemento soggettivo e l'area disegnata dalla congiunzione dell'area che individua la difformità degli scopi e quella che, invece, individua l'area della non meritevolezza del volere descriverà un *abuso sostanziale*. Posta in essere tale verifica sarà facile distinguere l'esercizio del diritto come *agere licere* ovvero contravvenzione di una *necessitas agendi*⁵³.

4. DIAGRAMMA CARTESIANO DELLE TUTELE

Verificato in astratto l'abuso, l'ispirazione che si trae dalla c.d. Teoria dei Giochi è quella di poter individuare, in concreto, un metodo di studio degli elementi oggettivi e soggettivi rispetto a cui si è posto l'individuato abuso. Le coordinate saranno quattro: la concorrenza leale (cioè la competitività), la sana cooperazione, la proprietà esclusiva di beni, la proprietà comune di beni. Dallo schema d'analisi restano fuori gli *atti emulativi* (art. 833 c.c.), il cui unico scopo è quello di nuocere⁵⁴.

Si ritiene che le relazioni competitive - cioè quelle rispetto alle quali gli interessi sottesi ai diritti esercitati convergono verso una stessa utilità per stabilire, rispetto ad essa, una titolarità esclusiva - o cooperative - cioè quelle rispetto alle quali vige una regola di cooperazione, o in forza di una contitolarità del bene o in forza di strumentalità di un bene verso l'acquisizione di un altro -, possano distinguersi, come è per la Teoria dei Giochi, in:

- c.d. "*giochi a somma zero*" ("G0") ove per la vincita - l'incremento patrimoniale - di un giocatore si ha una corrispondente perdita per l'altro, ma la somma finale tra attivo e passivo resta uguale a quella iniziale, come è il poker;
- c.d. "*giochi a somma non zero*" ("Gnon0") ove l'incremento patrimoniale "G+1" - o la perdita "G-1" - di un giocatore non determina una corrispondente perdita - o guadagno - per l'altro, ove cioè la somma finale differisce da quella iniziale producendo nel complesso un arricchimento o un depauperamento, come è, per es., nel c.d. "gioco del pollo"⁵⁵.

In particolare, il fine perseguito con l'abuso può essere:

⁵³ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, I, pp. 255-256.

⁵⁴ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *L'Abuso del diritto* (a cura di G. Furguele), *Dir. Priv.*, 1997, p. 44 e ss.. L'A. delinea l'indifferenza storica della teoria degli atti emulativi rispetto agli interessi, interni ed esterni, e di contro la fascinazione rispetto al requisito soggettivo di voler nuocere.

⁵⁵ L'esemplificazione classica della Teoria dei Giochi, basata sulla sfida automobilistica del film *Gioventù bruciata*, indica una situazione in cui tendono a perdere entrambi ed in cui comunque al guadagno di uno non corrisponde in termini esatti e contrari la perdita dell'altro.

- di alterare il *sinallagma* (il nesso di reciprocità – delle prestazioni o dei doveri - tipico delle relazioni competitive) o il *sintélema* (il nesso di finalità che avvince le relazioni cooperative)⁵⁶, che garantiscono le parti contro un arricchimento egoistico e una perdita altrui (“G0”);
- di alterare la *cooperazione produttiva*, mortificando un rapporto che si (pre)qualifica come a perdita nulla e guadagno comune (“G+1”);
- di estinguere *ricchezza* reale per motivi egoistici, cioè di mero nocumento oggettivo con una perdita di ricchezza assoluta (“G-1”).

La Proprietà privata ha, dunque, i suoi caratteri eminenti - da un lato - nella *escludibilità* dai poteri di disposizione sul bene di tutti coloro che non siano titolari dello stesso e – dall'altro - nella *rivalità* di detto bene, cioè nel fatto che l'utilizzo del bene da parte di una persona ne diminuisce il godimento per le altre persone⁵⁷.

Su queste premesse occorre importare il concetto di rivalità dall'ambito economico a quello giuridico⁵⁸ e distinguere tra *beni privati* (es. proprietà fondiaria) – che sono sia escludibili che rivali -, *beni pubblici* (es. la rete idrica nazionale) – che non sono né escludibili né rivali -, *beni comuni* (es. laghi, boschi) – che sono rivali ma non escludibili (se non, addirittura, ad accesso aperto⁵⁹) – e *monopoli* (es. brevetti farmaceutici) – che sono, appunto, escludibili ma non rivali -⁶⁰.

In termini sommari e tipici di una *giustizia*, non più *retributiva*⁶¹ ma, *distributiva*⁶² si può dire che l'escludibilità ha il prezzo del titolo (cioè della possibilità di escludere altri dall'astratto godimento della cosa, cioè del potere di disporre del diritto), la rivalità il prezzo dell'utilizzo (cioè del consumo del bene da parte soltanto del suo titolare, cioè della facoltà concreta di godere della cosa).

Il *prezzo* sarà, quindi, quello che la responsabilità civile è chiamata a considerare *ex post* e che l'abuso elude *ex ante*. Il risarcimento del danno, l'indennizzo rispondono bene all'alterazione della rivalità: sono il prezzo dell'utilizzo. La restituzione degli utili, quella dei profitti e la

⁵⁶ Bene distinguere tra circostanze – come quella del contratto aperto all'adesione (art. 1332 c.c.) - in cui tra le prestazioni vi è un *nesso di finalità* (*sintélema*; sostantivizzazione di *synteléō*: portare a termine insieme) e circostanze – come nel contratto per adesione (1342 c.c.) - in cui vi è un *nesso di reciprocità* (*sinallagma*).

⁵⁷ Chiara la distinzione in E. MONTELLONE, *Farmaci e persona nel diritto privato*, Perugia, 2008, p. 15.

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

⁵⁹ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000.

⁶⁰ Per una categorizzazione generale cfr. R. A. POSNER, *La teoria normativa del diritto di proprietà*, in AA. VV., *Interpretazione giuridica ed analisi economica*, Milano, 1982, p. 138 ss. .

⁶¹ Il riferimento è ad uno dei quattro scopi – *appeasement* (cioè il superamento dell'autotutela), *justice*, *deterrence* e *compensation* (cioè il nostro risarcimento in senso stretto) - della responsabilità civile come enucleati da G. WILLIAMS, *Joint torts and contributory negligence*, London, 1951.

⁶² La distinzione risale ad ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10 – 1132 b 9).

negoziazione fittizia del bene rispondono bene all'alterazione dell'esclusività: sono il prezzo del titolo. Detto altrimenti, la *responsabilità civile* intesa in senso tradizionale riguarda la lesione del diritto sotto il profilo della facoltà di godimento; mentre l'*arricchimento ingiustificato* mostrerebbe un volto nuovo della responsabilità civile in risposta alla lesione del diritto sotto il profilo della disposizione⁶³.

Su queste premesse il diagramma che si procede a descrivere assume un carattere prettamente didascalico e, nondimeno, idoneo ad intendere le evoluzioni – presenti e future – del sistema giuridico ed economico come un sistema di simmetrie proprietarie.⁶⁴ L'abuso si denota, qui, come uno “scambio di promesse” non mantenuto da uno dei due lati.

In particolare, il diagramma cartesiano (“B”) che si presenta assume quattro punti cardinali: a nord (y) le *relazioni competitive*, a sud (y1) le *relazioni cooperative*, ad ovest (x) i *beni esclusivi* (ivi compresi i *monopoli*), ad est (x1) i *beni comuni* (ivi compresi quelli *pubblici*).

All'intersezione delle due rette si avrà il punto di equilibrio (E) rispetto al quale la distanza, che il punto individuato sul piano (xy) segnerà, rappresenterà la tensione tra interessi contrapposti, cioè l'abuso.

Tanto osservato, lungo l'asse delle ordinate (Y) si collocheranno gli *elementi di relazione* che connotano, eminentemente, il rapporto considerato abusivo; cioè rapporti negoziali, di fatto, di diritto, diritti e doveri, generali e particolari. Per esemplificare, al vertice della competitività vi sarà l'assenza di vincoli legali o contrattuali (se non il *neminem laedere*), poi la concorrenza, poi i contratti a prestazioni corrispettive. Mentre in una relazione cooperativa si apprezzeranno i contratti con comunione di scopo, in particolare i consorzi, e massimamente - quando emergano dal caso concreto - gli specifici doveri di solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

Allo stesso modo lungo l'asse delle ascisse (X) si collocheranno i beni – cioè le *proprietà* - che sono oggetto di abuso o che, con l'abuso, si intendono perseguire. Massimamente *comuni* saranno quei beni vitali per l'umanità (aria, acqua), poi si individueranno i *beni pubblici* (reti di servizi e comunicazioni statali); massimamente *esclusivi* saranno i beni che connotano

⁶³ C. CASTRONOVO, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 636. In materia di sfruttamento abusivo della proprietà intellettuale cfr. A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, p. 112 ss. .

⁶⁴ P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *L'Abuso del Diritto* (a cura di G. Furguele), *Dir. Priv.*, 1997, p. 108 e ss.. L'A. evidenzia come l'abuso sia una riallocazione tra privati in cui uno dei due guadagna ingiustificatamente un vantaggio non compensato.

identitariamente il soggetto titolare o, altrimenti, gli risultano strumentalmente essenziali (come la proprietà biologica esclusiva dei gameti), si riconosceranno, infine, i *monopoli*.

Graficamente.

Il *primo quadrante* (I) descrive l'abuso del sinallagma rispetto ai beni esclusivi, cioè ai beni privati. Si tratta di un conflitto conservativo (tutti i conflitti, in parte, lo sono) ed attributivo. Così è nella concorrenza – artt. 2595-2601 c.c. - in cui le parti, a prescindere da ogni contratto, sono costrette ad esercitare le proprie prerogative nel rispetto delle regole del mercato; in proposito, si pensi, alle ipotesi di abuso di posizione dominante – cfr. art. 3 l. 287/90 -, sotto specie di *abuso di impedimento* (*Bebinderungsmissbrauch*⁶⁵) all'ingresso di concorrenti sul mercato.

Si ha, qui, un *gioco a somma zero* – un gioco competitivo - perché ciò di cui si appropria una parte è esattamente quello che perde l'altra. Si realizza, dunque, la funzione conservativa della responsabilità civile, ma anche una funzione attributiva nella misura in cui la responsabilità civile realizza la riversione di beni (ad es. la riassegnazione di un nome a dominio abusivamente registrato) ed utilità spettanti *ab origine* al legittimato leso (es. i frutti della cosa).

Tale armonia, riterrei, possa ben attuarsi attraverso l'alternatività tra tutele caducatorie (annullabilità e rescissione) e tutele risarcitorie, ben oltre il dettato dell'art. 1338 c.c.; laddove il risarcimento come correttivo del sinallagma conserva in astratto la ricchezza sottratta e permette di pervenire a quella prospettata come effetto patrimoniale del negozio. Il porsi del rimedio risarcitorio in via alternativa allo scioglimento del rapporto lo fa apprezzare, dunque, come efficace intervento di equità integrativa (art. 1374 c.c.) teso a conservare (art. 1367 c.c.) la “legge pattizia” (artt. 1325 e 1372 c.c.).

Il *secondo quadrante* (II) descrive l'abusività del sinallagma rispetto ai beni comuni, in particolare rispetto a quelli pubblici. L'ambito è solo residualmente civilistico, anzi è probabilmente quello in cui maggiore è il tasso di conversione da illecito civile e/o amministrativo a reato, nel senso di una viepiù maggiore consapevolezza dei valori costituzionalmente tutelati (v. artt. 180 -187 *septies* T.U.F. e Direttiva 2003/6/CE sull'abuso di informazioni privilegiate e sulla manipolazione del mercato finanziario).

Si ha, qui, un *gioco a somma negativa* – un gioco competitivo - poiché il guadagno

⁶⁵ P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 67. A questo tipo di abuso si affianca il c.d. *abuso di sfruttamento* (*Ausbeutungsmissbrauch*) che incide direttamente sulla posizione del soggetto costretto a subire la volontà del monopolista.

complessivo è inferiore alle perdite totali e la responsabilità civile, sotto la specie dell'indennizzo e del risarcimento del danno, realizza, qui, una funzione meramente conservativa. Si tratta, dunque, di un conflitto essenzialmente conservativo.

La qualificazione dell'abuso come a variabilità negativa solleciterebbe, infatti, (quando il disvalore non sia già assorbito entro una sfera penalistica o amministrativistica) il ricorso al risarcimento del danno, specie con funzione deterrente, attraverso una pena *tout court* – danni punitivi - o magari attraverso la restituzione dei profitti futuri; tuttavia, è bene precisare che, se l'abuso si dimostrasse essere la *regola* del gioco (ad es. alcune speculazioni finanziarie intranee al mercato⁶⁶) o corrispondesse ad una *necessità* (è il caso, già visto, dell'*abuso apparente*) sarebbe più ragionevole ritenere che una tutela indennitaria, in quanto l'atto è illecito ma non ingiusto, fosse la più congruente.

Il *terzo quadrante* (III) descrive l'abuso del sintélema rispetto ai beni comuni in senso stretto (così, ad esempio, è nel caso dell'abuso della maggioranza all'interno di una società di credito cooperativo; cfr. artt. 2511 c.c. ss.). Si tratta di un conflitto essenzialmente conservativo.

Si ha, qui, un *gioco a somma zero* – un gioco (teoricamente) cooperativo ad utilità non trasferibili - perché ciò di cui si appropria una parte è esattamente quello che perde l'altra. Anche qui, soprattutto qui, si realizza la funzione conservativa della responsabilità civile, atteso che il fine ultimo è proprio quello di ripristinare l'integrità del bene comune danneggiato.

L'abuso di beni comuni, dunque, aumenta il rischio della c.d. *tragedia dei commons* (cioè il perimento delle risorse comuni, nel senso della loro privatizzazione), secondo la lungimirante definizione di Hardin⁶⁷.

Ne deriva che bisogna aderire ad un'inversione di prospettiva valorizzante il bene comune nei termini chiari della Teoria dei giochi: *il miglior risultato è quello per sé e per gli altri*; non perché ciò risolve i conflitti ma perché li previene. In questa visione *gli altri* - riterrei – debbano considerarsi, soprattutto, le generazioni future.

Sicché il conflitto, intorno all'allocazione del danno atterrà alla conservazione del bene

⁶⁶ Cfr. C. App. Milano sentenza n. 3459/2013 in *Società*, 2013, 11, 1253 che ha qualificato i c.d. contratti di *interest rate swap* come scommessa legalmente autorizzata. In questi termini non vi sarebbe ingiustizia nella circolazione tra brokers, che tali tipi di contratti promuovono, di simili contratti. *Mutatis mutandis* si tratterebbe di un *gioco del pollo* applicato alla finanza.

⁶⁷ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons* in *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968, pp. 1243–1248. Per un riscontro esemplificativo cfr. i contributi raccolti in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

interessato, cioè alla ricostituzione della ricchezza distratta (e potenzialmente distrutta); ne discende che i rimedi migliori saranno quelli risarcitorio – preferibilmente in forma specifica ed, eventualmente, in forma punitiva - e restitutorio. Tutele ben esperibili, laddove previsto dalle specifiche normative di settore, attraverso il ricorso a “*class actions*”⁶⁸ (ad es. art. 140-*bis* Codice del Consumo).

Il *quarto quadrante* (IV) descrive l'abuso del sintélema rispetto ai beni esclusivi ma non rivali, cioè ai monopoli. Si intuisce, già, come il conflitto attenga alle condizioni di trasferimento di beni, utilità e profitti all'interno di relazioni a carattere imprenditoriale e sia, dunque, di tipo traslativo.

Vi è, nella fattispecie, la tensione tra egoismo possessivo⁶⁹ e doveri cooperativi, siano questi ultimi di origine negoziale (es. accordi di *joint venture*) o perché il rifiuto di condividere strumentalmente i propri beni è, altrimenti, ingiustificato (es. rifiuto di concessione di brevetti farmaceutici per la creazione di nuovi farmaci) sulla base di esigenze di ordine sociale. Il riferimento è, qui, alle c.d. *innovazioni cumulative*⁷⁰ per le quali ogni innovazione è essenziale al progresso del settore industriale, e merita tutela anche contro la volontà di chi è titolare dei diritti di proprietà intellettuale che siano strumentali all'attuazione dell'innovazione (es. i brevetti farmaceutici rispetto ai farmaci salva-vita).

Si ha, qui, un *gioco a somma positiva* poiché il guadagno complessivo è superiore alle perdite totali. In questi casi – in cui il rapporto giuridico dovrebbe strutturarsi come un gioco cooperativo ad utilità trasferibili - la responsabilità civile può svolgere una funzione traslativa⁷¹, nella misura in cui realizza il trasferimento e l'equa distribuzione della nuova ricchezza prodottasi grazie all'innovazione. In questo ambito il concetto di abuso, allora, si presenta nella sua veste di apparenza, poiché nell'assenza del danno (oltre che dell'ingiustizia), diviene il paradigma concettuale sotteso alla *negoziiazione fittizia del consenso* (che attiene alle utilità mancate, cioè all'immediata diminuzione patrimoniale); ma, soprattutto, è il paradigma che regge il

⁶⁸ Per l'esattezza si tratta di azioni collettive risarcitorie. L. PAURA, *Privatizzazioni ed affidamento “in house”. Il ruolo delle azioni collettive nella tutela dei beni comuni e sociali*, in *Rass. Avv. Stato*, I, p. 335.

⁶⁹ C.B. MacPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, 1962 (trad. it. Milano, 1982).

⁷⁰ F. AMISANO – A. CASSONE, *Proprietà intellettuale ed industria farmaceutica: ricerche nel campo della proprietà intellettuale dei farmaci*, in *Polis*, Alessandria, 2007.

⁷¹ Si tratterebbe di una *fattispecie complessa* realizzante un acquisto in parte derivativo-traslativo e in parte derivativo-costitutivo. Cfr. C. MAIORCA, *Fatto giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, VII, 1961, p. 126.

trasferimento dei (diritti su i) *profitti*⁷² dal soggetto astrattamente legittimato a quello, concretamente, meritevole di tutela.

La responsabilità civile in senso ampio è, dunque, *complessità*; non è solo compensazione ma anche attribuzione e trasferimento, non sono solo i criteri classici di imputazione ma anche quelli che la giurisprudenza potrebbe adottare dall'estero (v. *contributory infringement* o *vicarious liability*⁷³) non è solo il risarcimento aquiliano ma è anche deterrenza (v. danni punitivi), non è solo restituzione ma anche equità contrattuale (v. risarcimento in funzione di equità integrativa), non è solo risoluzione neutra di conflitti ma anche politica del diritto (v. esenzioni da responsabilità: c.d. programmi di clemenza), non vive e muore solo nello spazio (v. impignorabilità) ma anche nel tempo (v. prescrizioni e decadenze).

Per ciascuno degli aspetti evidenziati può essere importante invocare una tipizzazione e sistematizzazione, nonché interessante sottolineare, più di ogni altra, una tutela in particolare, la quale si distingua per efficacia ed efficienza: per il I quadrante – riterrei - l'alternatività tra tutele caducatorie e tutele civili; per il II i danni punitivi o la tutela indennitaria, per il III le *class actions*; per il IV il trasferimento dei profitti.

Tutte ipotesi in grado non di eliminare l'abuso del diritto ma, almeno, capaci di riconoscerlo come tale e di trasformare, qualche volta, la giustizia da aritmetica a geometrica⁷⁴. Un *inventum mirabile*⁷⁵, oltre ogni ragionevole legge.

⁷² Con un'inversione della logica iper-proprietaria – dalla restituzione al trasferimento - che c'è, ad es., nel diritto dei marchi (art. 125 CPI).

⁷³ Si tratta di responsabilità oggettive per fatto proprio ma strumentale al compimento di un illecito altrui o per fatto altrui *tout court*; tali criteri d'imputazione sono stati usati dalle corti statunitensi per affermare la responsabilità dei *providers* nella violazione dei *copyrights* da parte dei propri utenti (caso *Napster*). Sul punto cfr. G. COLANGELO, **Diritto comparato della proprietà intellettuale**, Bologna, 2011, p. 73 e ss.

In generale si rinvia a B. MARKENSIS – S. F. DEAKIN, **Tort law**, Oxford, 2008.

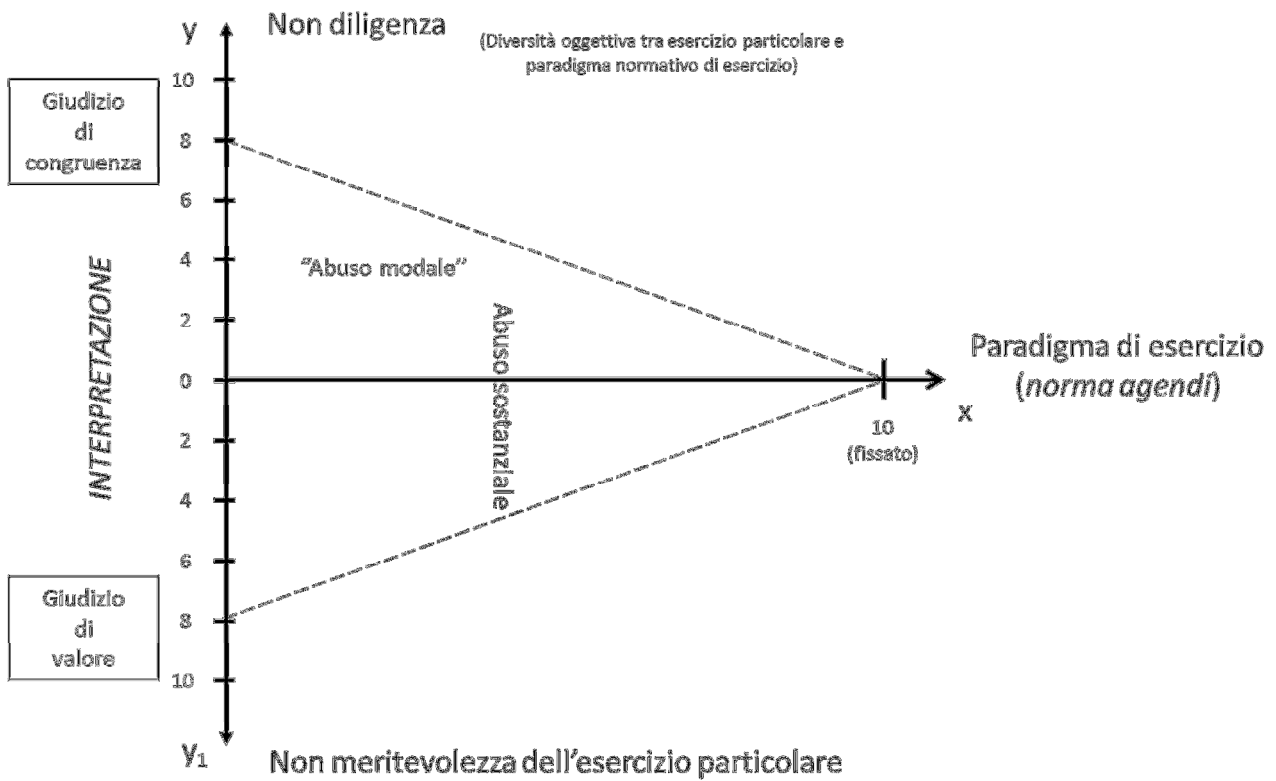
⁷⁴ M. NUSSBAUM, **La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca**, Bologna, 2004, p. 555.

⁷⁵ R. DESCARTES, **Discorso sul metodo**, *cit.*, p. 6.

* SCHEMI ESPLICATIVI:

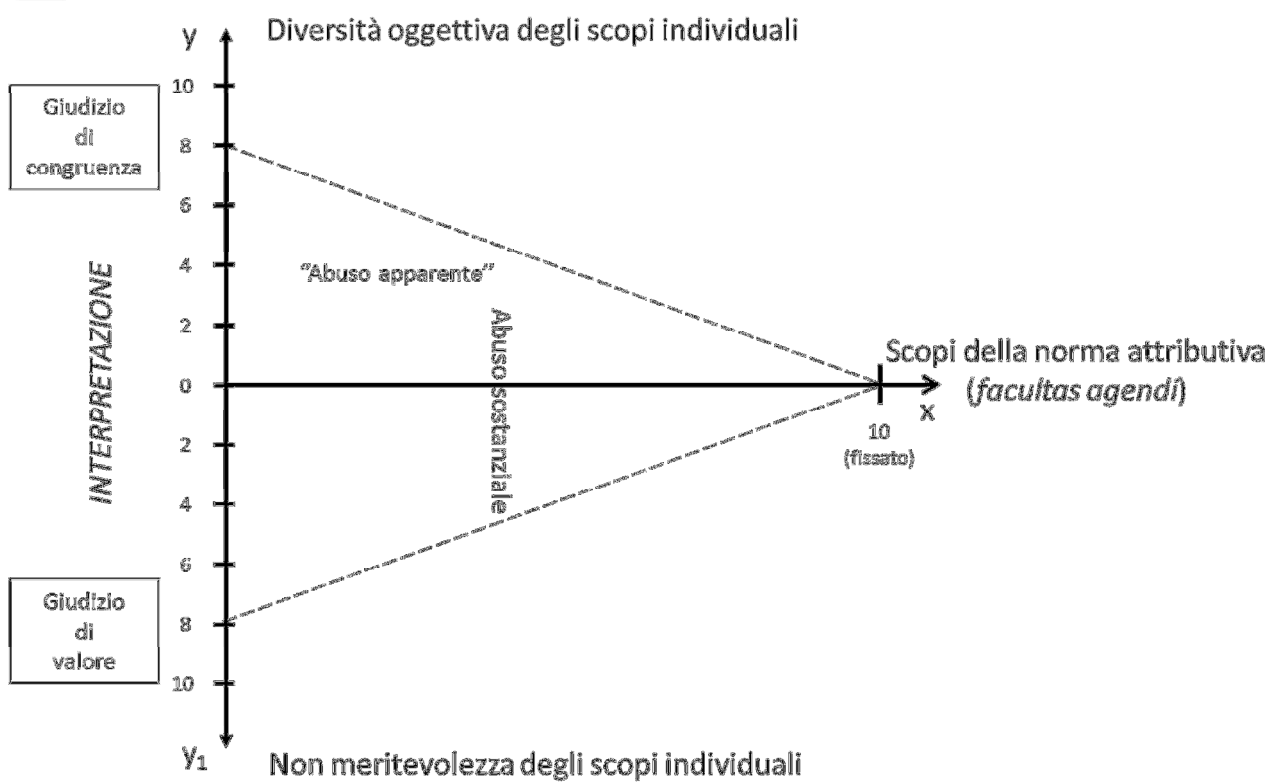
SCHEMA "A1": Analisi cartesiana dell'esercizio del diritto.

A1

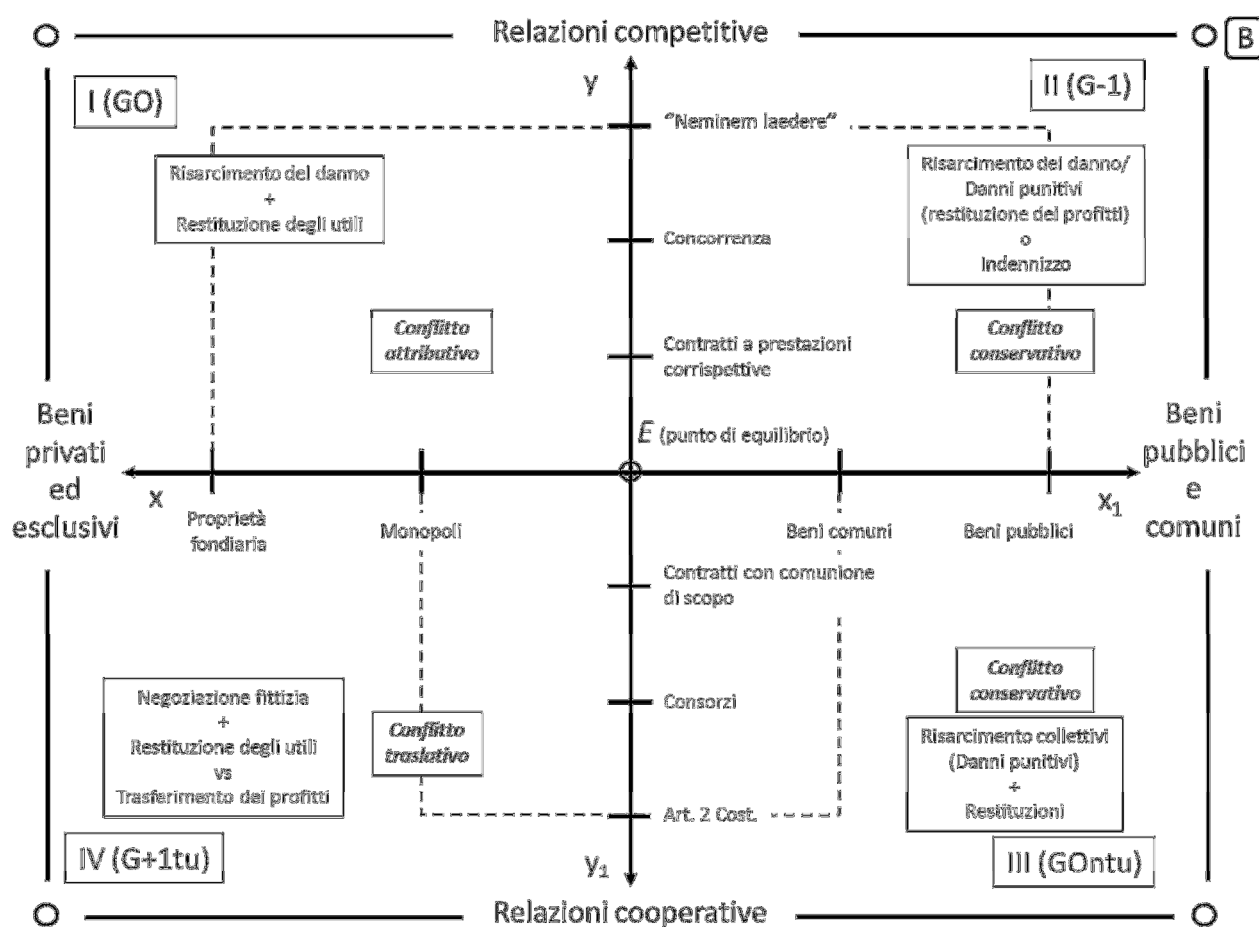


SCHEMA "A2": Analisi cartesiana degli scopi perseguiti.

A2



SCHEMA "B": Diagramma¹ cartesiano-ludico dei conflitti e delle tutele.



¹ Il Diagramma qui illustrato presenta delle evidenti analogie – quantomeno grafiche - con il quadrato semiotico di Greimas (tra i diversi contributi: A. J. GREIMAS, **Semiotica e scienze sociali**, Torino, 1995 (1976)). I pallini agli estremi indicano la tensione verso l'abuso - del sinteléma in basso e del sinallagma in alto – secondo le diverse realtà indicate lungo le ascisse.

ETERARCHIA GIURIDICO-POLITICA E ANACRONISMO SEMANTICO: RIFLESSIONI SULLA SOCIETÀ GLOBALE

Vincenzo Russo¹

1. LINGUAGGIO COME FORZA CREATRICE. REALTÀ COME COSTRUZIONE. SOCIETÀ COME SISTEMA

«In principio era il Verbo (...) il Verbo era Dio (...) tutto è stato fatto per mezzo di Lui (...)»². L'evangelica citazione intende addurre all'attenzione dell'egregio lettore l'importanza sacramentale del *logos*: la parola, il Verbo, il principio primo di ogni cosa. Ed invero, pur senza volersi addentrare in analisi e riflessioni di natura squisitamente teologica, appare d'immediata percezione il fatto che San Giovanni Apostolo formuli - con queste parole - la più grande esaltazione della magnificenza del linguaggio che sia possibile plasmare attraverso l'uso del linguaggio medesimo, compiendo cioè un'equivalenza sostanziale tra il Dio Creatore ed, appunto, il *logos*. Anche però a voler prescindere da considerazioni orientate alla metafisica, è pur sempre possibile qualificare il linguaggio come materia fervidamente viva dalla quale promana ogni rappresentazione della realtà. Ed infatti, a chiunque sostenga che il linguaggio serva soltanto a formulare descrizioni, è possibile innanzitutto obiettare che insiste un intimo e profondo rapporto tra quest'ultimo e lo spirito, tant'è che sul punto il filosofo e linguista tedesco Von Humboldt affermava: «(...) La lingua stessa non è un'opera (*érgon*), ma un'attività (*enérghēia*). (...) Essa è cioè il lavoro eternamente reiterato dello spirito, volto a rendere il suono articolato capace di esprimere il pensiero»³.

Può davvero il linguaggio spingersi fino a creare, attraverso un processo di articolazione sonora, una perfetta concretizzazione del pensiero? Al riguardo, pare opportuno citare il poeta e letterato Italo Calvino, che - in una lezione sull'esattezza del linguaggio - così si esprimeva:

¹ Dottorando di ricerca in Filosofia del Diritto e Bioetica Giuridica presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova.

² Giovanni, Prologo, I, 1,2,14. Nella versione in lingua greca: *Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος, καὶ ὁ λόγος ἦν πρὸς τὸν θεόν, καὶ θεὸς ἦν ὁ λόγος.*

³ HUMBOLDT Von Wilhelm., **La diversità delle lingue**, Traduzione italiana: DI CESARE Donatella, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 36.

«esattezza vuol dire per me (...) un linguaggio il più preciso possibile come lessico e come resa delle sfumature del pensiero e dell'immaginazione»⁴. E' evidente che Calvino riservasse un'attenzione maniacale all'uso della parola, tanto da preferire la scrittura all'oralità del verbo proprio per la possibilità di cancellare e riscrivere una frase fin quando questa non fosse appunto divenuta «esatta»⁵. Può quindi esistere in assoluto una perfetta correlazione tra il pensiero, le parole e le cose, e tale correlazione chiamarsi esattezza? Ad avviso di chi scrive una risposta positiva parrebbe decisamente ardita. Tant'è che - a ben vedere - anche le citate parole di Calvino (e, in particolare, la locuzione «il più preciso possibile») lasciano intendere un infinito anelare ad un'esattezza pressoché inafferrabile. Se questo vale per l'universo della letteratura, ancora di più varrà per l'universo dei giuristi. Risulta infatti oltremodo difficile definire l'esattezza del linguaggio a partire dal punto di vista di colui - il giurista - per il quale l'interpretazione di un testo o già soltanto di una mera locuzione, rappresenta un'operazione logico-argomentativa imprescindibile per «l'invenzione» della verità giuridica⁶. Ed invero, «l'*ars interpretandi*» costruisce l'«in-esattezza» del linguaggio come un fattore costitutivo di quest'ultimo. Tale caratteristica apre, peraltro, ad infinite possibilità di costruzione di senso: è questa peculiarità che rende il *logos* capace di generare infinite rappresentazioni della realtà. La realtà infatti può essere intesa come l'espressione di un processo di costruzione semantica determinato dalle strutture cognitive dell'essere umano. Ciò detto, è parte di questa costruzione semantica ogni cosa che può essere semanticamente costruita: dunque, estremizzando, persino i concetti di individuo e di società. Tradizionalmente, infatti, l'individuo è stato inteso come il soggetto della comunicazione e la società come un insieme di individui ma, a ben vedere, è possibile costruire il primo come l'oggetto della comunicazione, e la seconda come l'insieme delle comunicazioni. Illuminanti appaiono in tal senso le intuizioni di Niklas Luhmann e di Michel Foucault. Ed infatti, Luhmann considera la società come un sistema che si auto-produce attraverso la comunicazione: tale sistema si struttura in sottosistemi (*e.g.*: la politica ed il diritto) dotati della medesima peculiarità autopoietica⁷. Michel Foucault, da parte sua, concependo il potere come un «fascio fluttuante di

⁴ CALVINO Italo, **Lezioni americane**, 14 ed., Milano, Mondadori, 2000, p.65.

⁵ CALVINO Italo, **Lezioni americane**, p. 65.

⁶ In campo giuridico, l'interpretazione denota «ora, l'attività di accertare o decidere il significato di un qualche documento o testo giuridico; ora, il risultato o prodotto di tale attività, ossia il significato stesso». Così, GUASTINI Riccardo, **Interpretare e argomentare**, I ed., Milano, Giuffrè, 2011, p.7.

⁷ Cft. LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della Società**, II ed., Milano, Franco Angeli, 2003, p. 169.

relazioni»⁸ denuncia la mutazione dell'individuo che, con la nascita delle scienze umane, diviene un «concetto», un oggetto del discorso, laddove il discorso è il luogo d'incontro tra il potere ed il sapere⁹.

Orbene, alla luce di quanto detto, la dominante teorizzazione politico-giuridica del presente appare ampiamente discutibile poiché è fondata su una semantica decisamente obsoleta: una semantica cioè ancorata a produzioni di senso che riproducono, in maniera ormai grottesca, logiche e dinamiche della vecchia Europa illuministico-liberale e pertanto non più idonea alla rappresentazione della società contemporanea, così diversa dalle società del passato e di sovente qualificata come «globale».

2. ETERARCHIA, PAROLA CHIAVE DELLA SOCIETÀ GLOBALE

Si è soliti parlare della società contemporanea come di una società globale. Sebbene il senso di tale globalità sia smisuratamente ampio e, per certi versi, decisamente vago, l'aggettivo globale rappresenta comunque un punto di partenza, un *discrimen* di per sé sufficiente a tracciare una prima distinzione tra la nostra società e gli altri tipi sociali che appartengono a tempi diversi da quello presente. La società globale è allora innanzitutto una società differente: un punto d'approdo momentaneo di un lungo ed inesorabile processo evolutivo. Si può infatti sostenere che la società sia «il risultato dell'evoluzione¹⁰», il risultato cioè di un progressivo e continuo avanzamento della storia durante il quale tendono ad aumentare i presupposti sui quali un certo ordine può fondarsi¹¹. Ed oggi pare che questi presupposti si siano di gran lunga accresciuti rispetto al passato, tanto che la società contemporanea (che è società globale) è (anche) società complessa, laddove tale complessità può allo stesso modo essere intesa come l'unità della molteplicità¹²: cioè, l'insieme di innumerevoli possibilità contingenti.

Complessità ed evoluzione rappresentano punti cardine della teoria della società di Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, teoria dalla quale s'intenderà partire per proporre le considerazioni

⁸ Cft. FOUCAULT Michel, **Microfisica del potere. Interventi politici**, a cura di FONTANA Alessandro e PASQUINO Pasquale, Traduzione italiana: PROCACCI Giovanna, Torino, Einaudi, 1977.

⁹ Cft. FOUCAULT Michel, **Perché studiare il potere? La questione del soggetto**, in FOUCAULT Michel, **Potere e strategie**, a cura di DALLA VIGNA Pierre, Milano, Mimesis, 1994, p.103.

¹⁰ LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, p. 169.

¹¹ LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, p. 170.

LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, p. 41.

che seguiranno e sulla quale vale pertanto la pena di soffermarsi brevemente.

Secondo Luhmann e De Giorgi, il limite di molte teorie sociologiche classiche è quello di ruotare attorno a presupposti stabilizzati dalla tradizione, presupposti per i quali la società è: a) un insieme di uomini e di relazioni tra uomini; b) un insieme di unità regionali territorialmente delimitate; c) osservabile dall'esterno come insieme di uomini e territori¹³. Invero, questi presupposti rappresenterebbero soltanto ostacoli epistemologici¹⁴ da superare: è infatti possibile prescindere da essi e pensare la società come un sistema costituito fondamentalmente da comunicazioni. Secondo questa teoria - che, tra l'altro, guarda favorevolmente alle teorie evoluzionistiche incentrate nell'assunto di validità secondo il quale le strutture sono dispositivi dinamici e fluttuanti e non invece apparati stabili ed immutabili¹⁵ - il sistema sociale presenta le seguenti caratteristiche: è funzionalmente differenziato, operativamente chiuso, autopoietico ed autoreferenziale, e si sviluppa da sé a partire da un'operazione fondamentale, qual è appunto la comunicazione. La funzione di questo sistema è quella di ridurre la complessità del mondo, l'universo del possibile dominato dalla contingenza. Questa teoria sociologica offre, così, notevoli spunti per riflettere sulle dinamiche della società contemporanea. La società globale infatti ben si presta ad essere pensata come un sistema complesso nel quale la comunicazione gioca un ruolo fondamentale. Tant'è che proprio la comunicazione (e soprattutto la sua espansione determinata dall'avvento dei *mass media* e delle *Internet Communication Technology*) ha permesso di dare una prima concreta identità al fenomeno noto come globalizzazione. Il termine globalizzazione, cioè, ha indicato *in primis*

«un'evoluzione dei modi di prodursi e di diffondersi della comunicazione. Successivamente, esso è stato utilizzato per indicare determinati mutamenti nel funzionamento di ambiti rilevanti delle democrazie tradizionali, mutamenti che coinvolgono gli attuali assetti di potere a livello globale»¹⁶

Sicché oggi, per esempio, i sottosistemi sociali dell'economia, del diritto e della politica mostrano i segni inequivocabili di una nuova configurazione che impedisce di continuare a descriverli attraverso i concetti classici di stato, sovranità, diritto. La parola d'ordine di questo

¹³ LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, pp. 13-14.

¹⁴ L'espressione «ostacoli epistemologici» va intesa nel significato attribuitole da Gaston Bachelard per il quale «è in termini di ostacoli che bisogna porre il problema della conoscenza scientifica» [...] [poiché la conoscenza avviene, ndr] contro una conoscenza anteriore, distruggendo conoscenze mal fatte, superando quello che nello spirito stesso fa da ostacolo alla spiritualizzazione». S.v. BACHELARD Gastone, **Il nuovo spirito scientifico**, a cura di GEYMONAT Ludovico e REDONDI Pietro, Roma, Laterza, 1978.

¹⁵ LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, p. 175.

¹⁶ DE GIORGI Raffaele e MAGNOLO Stefano, **Mondi della società del mondo**, I ed., Lecce, Pensa Multimedia, 2005, p.93.

cambiamento sembra così essere divenuta «eterarchia», espressione che deve la propria genesi allo studioso di cibernetica Heinz Von Foerster¹⁷, padre del costruttivismo radicale. Eterarchica è la struttura della comunicazione della società globale e, pertanto, eterarchica è la struttura della stessa società globale. L'ordine sociale gerarchico ha certamente caratterizzato le società premoderne, ma oggi pare essere definitivamente tramontato. La struttura gerarchica, garantendo un'osservazione da un punto di vista privilegiato (e.g., il vertice o il centro), permetteva di elaborare forme della differenziazione attraverso le quali porre determinate disuguaglianze (del tipo centro-periferia)¹⁸ oggi non più praticabili, poiché l'eterarchia moltiplica infinitamente i punti da cui la società può osservare e descrivere se stessa. In questo senso la società globale è anche sinonimo di molteplicità: molteplici sono gli osservatori, molteplici sono i modi di costruire la realtà che si osserva. Molteplice è dunque la nostra contemporaneità, nel senso che molteplici sono le forme attraverso cui la contemporaneità prende forma.

Con la struttura del sistema sociale, anche la modalità di funzionamento del potere evolve nel tempo finendo col divenire pur essa eterarchica: è Michel Foucault tra i primi ad indicare l'evoluzione di ciò che egli chiama «microfisica¹⁹» di un potere che, a differenza del passato, è ora identificabile in un fascio di relazioni e, pertanto, strutturalmente fluido, magmatico, reticolare (e che oggi potremmo definire, quindi, anche come globale). Questa sua nuova conformazione strutturale (che si sostanzia in un funzionamento dinamico per mezzo di dispositivi) rende il potere onnipresente: tant'è che questi, espandendosi, giunge addirittura a conquistare ambiti del sapere apparentemente esogeni alla propria natura (come, ad esempio, la biologia dalla cui politicizzazione nasce la bio-politica²⁰).

La società globale - cioè la società contemporanea - è allora tutto quanto questo: evoluzione, complessità, molteplicità. In essa chi osserva ha la grande responsabilità di costruire, attraverso il linguaggio, l'oggetto della propria osservazione, di costruire cioè la rappresentazione della propria realtà. Maturana, così come Bateson, direbbe: «tutto ciò che è detto, è detto da un osservatore»²¹; e osservatore - continuerebbe Luhmann - «è colui che può essere osservato come

¹⁷ Cft. FOERSTER Von Heinz e PORKSEN Bernhard, **La verità è l'invenzione di un bugiardo. Colloqui per scettici**, Traduzione italiana: BERETTA Stefano, Milano, Booklet Milano, 2001.

¹⁸ LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, pp. 247 ss.

¹⁹ Cft. FOUCAULT Michel, **Microfisica del potere. Interventi politici**.

²⁰ Cft. FOUCAULT Michel, **Bisogna difendere la società**, a cura di: BERTANI Mauro e FONTANA Alessandro, Milano, Feltrinelli, 1998.

²¹ MATURANA Humberto e VARELA Francisco, **Autopiesi e cognizione. La realizzazione del vivente**, IV ed., traduzione italiana: STRAGAPEDE Alessandra, Venezia, Mardilio Editore, 1985, p.43.

osservatore»²². La responsabilità della costruzione di senso passa quindi inevitabilmente da colui che osserva: perché allora ostinarsi a costruire e descrivere il presente attraverso gli occhi del passato? Perché, cioè, costruire il presente utilizzando la vecchia semantica vetero-europea con la quale ancora oggi si insiste a qualificare i predetti concetti di stato, sovranità e diritto? In Occidente - come sostiene peraltro Michel Foucault²³ - tutta la costruzione dell'edificio giuridico è avvenuta esclusivamente attorno alla figura del Re. Pare quindi opportuno - e ciò sarà fatto nel paragrafo che segue - ripercorrere brevemente l'evoluzione di questa costruzione riflettendo sui alcuni dei punti di discontinuità della storia (il passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale e, successivamente, il passaggio dal primo Stato costituzionale allo Stato costituzionale che sta prendendo forma nell'attualità del nostro presente), per osservare - tra l'altro - anche l'evolversi della tutela giuridica dei diritti.

3. L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI STATO E DI SOVRANITÀ: STATO ASSOLUTO, STATO LIBERALE DI DIRITTO, STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO. TUTELA DEI DIRITTI

La sovranità, nell'accezione che ha qualificato la moderna dottrina dello Stato, è un concetto risalente a Jean Bodin il quale, nella sua opera maggiore «I sei libri dello Stato» la definisce come «quel potere assoluto e perpetuo che è proprio dello Stato»²⁴. Per Bodin, lo Stato è «il governo giusto che si esercita con potere sovrano su diverse famiglie e su tutto ciò che esse hanno tra loro in comune»²⁵. Siamo nella seconda metà del '500, il periodo delle guerre di religione, degli scontri aspri tra cattolici e ugonotti. Lo Stato emerge come istituzione necessaria alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza, per mezzo della giustizia. Diritto e morale s'incontrano e si intrecciano, concorrendo alla costruzione della solida base che ha fatto di una comunità - ancora profondamente cetuale - un vero e proprio Stato.

Con Hobbes, poi, la comunità cetuale lascerà spazio ad una società di individui e ad un sovrano che unisce in sé il potere temporale e religioso. La relazione tra questa società e il sovrano si fonda sul binomio protezione/obbedienza e viene stabilita attraverso un *pactum* che, a ben vedere, cela un paradosso costitutivo: la molteplicità di individui che, per la prima volta, si

²² Cft., LUHMANN Niklas, **Conoscenza come costruzione**, traduzione italiana: CEVOLINI Alberto, Roma, Armando Editore, 2008.

²³ Cft., FOUCAULT Michel, **Bisogna difendere la società**, 1998.

²⁴ BODIN Jean, **I sei libri dello Stato**, traduzione italiana a cura di: ISNARDI PARENTE Margherita, Torino, Utet, 1964, Libro I, p. 345.

²⁵ BODIN Jean, **I sei libri dello stato**, p. 345.

costituisce in un *unicum* giuridicamente riconosciuto e che, in quanto tale, conferisce per mezzo del *pactum* il potere al sovrano (*ab solutus* da ogni vincolo), in realtà è tale perché il *pactum* stesso la consacra nella sua unità giuridica. Il potere si fonda cioè su un contratto stipulato tra parti che il contratto stesso istituisce come tali. Nel contesto culturale, giuridico e politico del Leviatano si afferma anche il concetto di Ragion di Stato, per il quale l'interesse statale è il criterio supremo dell'azione politica finalizzata alla potenza dello Stato.

Più tardi, Locke porrà invece le basi per una concezione liberale dello Stato fondata sulla separazione dei poteri: con Locke assistiamo quindi ad una prima limitazione della sovranità, la quale non è più *legibus soluta* come invece lo era stata per Hobbes. Inizia così a rafforzarsi il ruolo e la funzione della legge che, nello Stato liberale di diritto pienamente compiuto, vedrà ad essa subordinati sia il sovrano sia la sua amministrazione. Nell'ordinamento gerarchico dello Stato liberale di diritto, in sostanza, il vertice sarà costituito non più dal Re, bensì dalla legge, resa ormai autonoma dalla figura del sovrano e dalla divinizzazione di quest'ultimo. In tale ordinamento si afferma quindi sia il principio di legalità, sia il principio di libertà dei cittadini per il quale, come è noto, l'Amministrazione era legittimata a fare soltanto ciò che le era consentito dal dettato legislativo, mentre i cittadini erano legittimati a fare tutto ciò che quest'ultimo non vietava loro espressamente. La legge, le cui caratteristiche fondamentali divenivano la generalità e l'astrattezza, si erge così a garanzia dei diritti dei cittadini, sebbene tale garanzia, all'epoca, si risolvesse ancora quasi esclusivamente nello strumento della c.d. «riserva di legge». La posizione apicale così acquisita dal dettato legislativo si giustificava totalmente nella democrazia o, più esattamente, nel principio maggioritario: la voce della maggioranza parlamentare era infatti l'espressione della volontà popolare e, pertanto, sovrana. La sovranità dello Stato liberale si esprimeva in particolare verso due direzioni: all'interno della realtà statale, con la subordinazione di tutti i soggetti alla legge; all'esterno dei confini territoriali nazionali, in termini di esclusione e non ingerenza degli altri Stati.

Come riteneva Carl Schmitt²⁶, lo Stato liberale è stato, nel suo periodo classico, «Stato legislativo», ma poi nel tempo esso si trasformò prima in «Stato amministrativo» e dunque in «Stato totale». In effetti, progressivamente aumentarono i poteri dell'Amministrazione, che vide accrescersi in maniera esponenziale la propria sfera di autonomia regolamentare. Ciò portò a che

²⁶ Cft. SCHMITT Carl, **Il nomos della terra**, V ed., a cura di VOLPI Franco, traduzione italiana di: CASTRUCCI Emanuele, Milano, Adelphi, 1991.

non fosse più la legge, bensì la stessa Amministrazione, a determinare i confini tra la propria autorità e la libertà dei cittadini. Questo aspetto è particolarmente evidente con riferimento ai crescenti compiti di programmazione che sono stati col tempo affidati alla Pubblica Amministrazione, compiti che implicano inevitabili, naturali e sostanziali ricadute nella sfera economica privata. Si è così venuto a delineare un quadro sempre più insostenibile in cui naufragarono proprio i baluardi dello Stato liberale, come detto: il principio di libertà dei cittadini e il principio di legalità. I caratteri della generalità e dell'astrattezza divennero cioè parole vuote, prive di ogni aggancio alla realtà, poiché la legge tendeva a divenire espressione di interessi particolari, ossia di pochi gruppi sociali in grado di imporre la propria forza. In particolare, il principio di legalità venne messo in crisi sia dal fenomeno della sovrapproduzione normativa - fenomeno noto anche come "polverizzazione" - sia dalla nascita di nuove forme di diritto dovute alla contestuale nascita sia di soggetti pubblici locali e sia di soggetti pubblici c.d. collettivi. Si manifestava quindi vigorosa la necessità di trovare un *quid* in grado di adempiere quel compito di unità dell'Ordinamento che la legge, così come concepita nello Stato liberale, non pareva più in grado di affrontare. E su questi fattori di crisi trova terreno fertile l'idea dello Stato costituzionale di diritto (che secondo alcuni rappresenta la naturale evoluzione, appunto, dello Stato di diritto) nel quale quei diritti che la Costituzione riconosce come fondamentali si impongono in un certo senso anche alla legge stessa: viene cioè capovolto il rapporto tra legge e diritti di stampo tipicamente liberale.

Anche lo Stato Costituzionale di diritto, però, presenta oggi fattori di criticità che non possono più essere ignorati: fattori di criticità che sono sempre più evidenti nel fenomeno del c.d. globalismo politico e giuridico tipico dell'età contemporanea. Ed invero, il solo fatto che la Costituzione riconosca come fondamentali alcuni diritti non significa che tali diritti vengano poi effettivamente tutelati. La tutela dei diritti fondamentali passa infatti attraverso due stadi: essi, da una parte, non devono essere violati e, dall'altra, devono trovare effettiva attuazione. Il compito di vegliare sui questi diritti è stato affidato storicamente ai Tribunali Costituzionali che Kelsen ha definito come «i custodi della Costituzione»²⁷: si tratta però di un'impresa a dir poco ardua. Innanzitutto rileva la differenza che intercorre nel rapporto tra i diritti fondamentali ed il potere pubblico, da un lato, e tra i diritti fondamentali ed il potere privato, dall'altro. Un aspetto è infatti quello di vigilare sulle violazioni imputabili ad un potere pubblico (potestà legislativa, pronunce

²⁷ Cft. KELSEN Hans, **Lineamenti di dottrina pura del diritto**, a cura di TREVES Renato, Torino, Einaudi, 1952.

giurisprudenziali, etc.): e questo è un compito che può senz'altro essere svolto dalla Corte Costituzionale con buoni risultati in termini di tutela dei diritti. Tutt'altro aspetto è invece quello di vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali da parte dei poteri privati. Si tratta di poteri sempre più forti nella società contemporanea: poteri che dettano i tempi e i modi dell'economia e della politica e che strutturalmente non si prestano affatto ad un controllo di legittimità costituzionale. Il quadro delle tutele si complica ulteriormente se si considera anche il fatto che - come ricorda Ferrajoli - nella società globale,

«tutti i poteri, quelli pubblici e quelli privati, quelli politici e quelli economici - si sono dislocati, in gran parte, al di fuori dello Stato: i poteri pubblici in sedi istituzionali sovra-statali, i poteri privati in luoghi transnazionali ed occulte; gli uni e gli altri al di fuori dei confini e delle possibilità di controllo del diritto statale.²⁸»

Questo significa che, non soltanto i poteri privati, ma oggi anche i poteri pubblici assumono ormai forme tali da compromettere la garanzia offerta ai diritti fondamentali da parte delle tradizionali istituzioni a ciò deputate. Peraltro, proprio il dislocamento dei poteri pubblici in sedi istituzionali sovra-statali rischia di generare una situazione che Alfonso Quaranta definisce di «eccesso di tutele»²⁹, una situazione cioè nella quale si crea una paradossale perdita di tutela effettiva dovuta principalmente ad una confusione giurisprudenziale e di ripartizione delle competenze tra le diverse Corti che - a vari livelli - sono chiamate a decidere nel merito.

Ma v'è dell'altro. La possibilità di dare concreta attuazione ai diritti fondamentali sembra ancora ulteriormente compromessa dal continuo accrescersi di tale categoria di diritti. Riconoscere un diritto come fondamentale è cosa ovviamente ben diversa dal fornirne una garanzia positiva: ciò è evidente soprattutto se nel nucleo dei diritti fondamentali vi si scorgano i diritti sociali, per i quali realizzare un'attuazione piena e concreta è impresa difficilissima. Pertanto, l'ampliamento smisurato del novero dei diritti fondamentali può portare facilmente alla conclusione paradossale secondo cui, come direbbe Danilo Zolo: «se tutto è fondamentale, allora niente è fondamentale»³⁰.

Da tutto ciò emerge con evidenza che la salvaguardia dei diritti fondamentali non possa più essere assicurata soltanto dai custodi della Costituzione di kelseniana memoria. E' chiaro che le Corti Costituzionali continuano a svolgere un ruolo di rilievo in questa battaglia ma, allo stesso

²⁸ FERRAJOLI Luigi, **Sul futuro dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali**, relazione al convegno "Stato di diritto e diritti soggettivi. Questioni aperte.", Firenze, 6 dicembre 2002, pubblicato sul sito www.juragentium.com.

²⁹ QUARANTA Alfonso, **La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione**, Napoli, ESI, 2013, p. 38.

³⁰ Cft. ZOLO Danilo in IGNATIEFF Michael, **Una ragionevole apologia dei diritti umani**, Milano, Feltrinelli, 2003.

tempo, si rende altresì necessario un ripensamento generale delle istituzioni e del diritto, un ripensamento che tenga opportunamente conto dei mutamenti strutturali e funzionali della società globalizzata. Ricorda infatti ancora Ferrajoli che

«la crisi degli Stati nazionali e della capacità regolativa dei diritti statali non è stata compensata dallo sviluppo di nuove istituzioni e di un nuovo diritto all'altezza dei nuovi poteri. La globalizzazione infatti, sul piano giuridico, può ben essere letta come assenza, vuoto di diritto pubblico: non si badi di diritto, dato che il vuoto è riempito dalla legge del più forte - sul piano politico dal dominio degli Stati Uniti e su quello economico dalle norme elaborate dalle grandi società multinazionali -, ma un vuoto di diritto pubblico, di sfera pubblica, cioè di garanzia dei diritti fondamentali»³¹.

In una società che ha perso la propria identità strutturale storica (ossia la propria organizzazione tipicamente gerarchica) bisognerebbe allora soffermare l'attenzione, per esempio, più che sul ruolo che ricopre o che dovrebbe ricoprire oggi la Costituzione (ruolo di vertice di una piramide invero sempre meno evidente), sulla funzione che essa svolge (o che dovrebbe svolgere) all'interno dell'Ordinamento giuridico contemporaneo. Il compito della Costituzione potrebbe allora essere oggi certamente quello di concorrere a garantire la coesistenza di istanze pluraliste. E' questa la via indicata sia da Stefano Rodotà, che parla di Stato Costituzionale «dei diritti»³², sia da Gustavo Zagrebelsky che parla di «mitezza della Costituzione»³³, ritenendo così che nel sistema di diritto costituzionale non vi debbano essere dogmi immutabili ad eccezione di uno: la difesa della pluralità dei valori. Per il resto, dice Zagrebelsky, è necessario che si abbia invece una «dogmatica fluida»³⁴, una dogmatica certamente compatibile con l'eterarchia sociale e dunque con il globalismo giuridico e politico del XXI secolo. La mitezza è intima e sublime qualità: di essa ne fa elogio anche Norberto Bobbio definendola addirittura una donazione e lodandone la sua illimitatezza temporale, nonché preferendola - in una ipotetica comparazione - alla tolleranza, qualità quest'ultima che, sempre secondo il grande giurista torinese, presuppone invece un accordo ed ha la stessa durata dell'accordo³⁵.

Sono questi allora alcuni dei fondamenti sui quali erigere la nuova semantica politica e giuridica della società globale: una semantica che innanzitutto dia atto dei mutamenti strutturali e funzionali del sistema sociale contemporaneo e che trovi il coraggio di andare oltre le acquisizioni dogmatiche cristallizzate nella storia. In questo senso, sono da tenere in opportuna considerazione

³¹ FERRAJOLI Luigi, **Sul futuro dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali**.

³² RODOTÀ Stefano, **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 33.

³³ ZAGREBELSKY Gustavo, **Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia**, Torino, Einaudi, 1992.

³⁴ ZAGREBELSKY Gustavo, **Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia**, p.15.

³⁵ Cft. BOBBIO Norberto, **Elogio della mitezza e altri scritti morali**, Milano, Il Saggiatore, 2014.

anche i concetti di *governance* e di, come direbbe Foucault, «governamentalità»³⁶, concetti che concorrono a sancire la fine del concetto classico di sovranità.

4. SOCIETÀ GLOBALE: GOVERNANCE E «GOVERNAMENTALITÀ»

Si potrebbe sostenere che la sovranità statale ha rappresentato un modo - elaborato dalla filosofia politica occidentale - per governare la contingenza e, dunque, per ridurre la complessità attraverso la previsione di una struttura rigida e stabile che prese appunto il nome di Stato. Come ritiene Salvo Vaccaro, la sovranità statale è diventata nell'immaginario politico «un potente fattore mitopoietico al quale essa stessa finisce per soggiacere»³⁷. Ed invero, il concetto di Stato, così come il concetto di sovranità, va definitivamente in crisi nel momento in cui si affermano modelli di *governance* che irridono le formalità tradizionali dell'apparato strutturale dello Stato, prediligendo modalità «governamentali fluide». *Governance*, com'è noto, non è infatti mero sinonimo di governo. Come sostiene - tra gli altri - anche James Rosenau³⁸, mentre il governo implica azioni che rimandano ad una autorità formale (su tutte, la forza di polizia), la *governance* invece rappresenta un fenomeno più ampio del governo, che interessa e comprende ovviamente le istituzioni governative, ma che sostanzialmente ripone le proprie basi su meccanismi informali che trascendono le istituzioni. La *governance* è dunque un insieme di interazioni tra dispositivi che operano a più livelli in maniera reticolare e, appunto, eterarchica. Ecco che il concetto di *governance* si pone come il prodotto di un certo tipo di «governamentalità», termine col quale Foucault indica un insieme di «istituzioni, di procedure, di analisi, di calcoli, di tattiche che permettono di esercitare una certa forma di potere che ha nella popolazione il suo bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere e nei dispositivi di sicurezza il proprio strumento tecnico essenziale»³⁹.

Questi nuovi dispositivi di «governamentalità» sono il preludio a una modalità dinamica del governare, modalità che nulla ha a che vedere con i vecchi sistemi di funzionamento del potere né

³⁶ Cft. FOUCAULT Michel, **Sicurezza, territorio popolazione. Corso al Collège de France (1977 - 1978)**, traduzione italiana: NAPOLI Paolo, Milano, Feltrinelli, 2005.

³⁷ VACCARO Salvo, **Governance e governamentalità**, online, <http://universitaetica.wordpress.com/2007/05/25/governance-e-governamentalita/>.

³⁸ Cft. ROSENAU James Nathan and CZEMPIEL Ernst Otto, **Governance without Government. Order and Change in World Politics**, I ed., Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1992.

³⁹ FOUCAULT Michel, **Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978 - 1979)**, traduzione italiana: BERTANI Mauro e ZINI Valeria, Milano, Feltrinelli, 2005, p.53.

con la loro relativa struttura gerarchica e la loro forma rigida di governo. Impossibile non citare ancora una volta Foucault per il quale i saperi «governamentali» - come la statistica, la demografia, l'economia politica, etc. - investono la popolazione, il territorio e le risorse ben al di là del paradigma classico della sovranità: intuizioni queste ancora oggi intrise di una straordinaria attualità. La *governance* della società contemporanea, allora, è l'erede diretta di quelle pratiche «governamentali» liberali che si sono strutturate attorno agli obbiettivi di produzione di libertà, da un lato, e di messa in pratica di meccanismi di sicurezza, dall'altro, pratiche che presumono l'esercizio di poteri «biopolitici» sulla base della logica propria dell'economia politica⁴⁰. Questa *governance* oggi sancisce la morte del Re (*id est*, del concetto classico di sovranità) e dello Stato (ridotto - come sostiene Philippe Schmitter - ad una mera «ombra» dei dispositivi di *governance*)⁴¹, una morte simile alla morte di Dio denunciata da Nietzsche, nel senso che sembra essere giunto il tempo di lasciare alle spalle gli spettri della tradizione teorica politico-giuridica vetero-europea e, assumendo un atteggiamento di nichilismo attivo tipico di un accresciuta potenza dello spirito, ci si proponga di costruire una nuova dimensione semantica ed ivi plasmarvi il presente.

Sicché oggi ci sarebbe allora da chiedersi quale sia la funzione del diritto e, soprattutto, quale sia la funzione di una politica incapace persino di riconoscere il proprio ruolo all'interno del sistema sociale: la politica sembra infatti sopravvivere indegnamente a se stessa celandosi nella burocrazia, nei regolamenti, nelle funzioni amministrative, concorrendo così alla genesi di un sistema farraginoso ed oscuro nel quale non è più possibile procedere all'individuazione delle imputazioni di responsabilità e nel quale il controllo pubblico diviene un dispositivo meramente formale di ricerca e di ripristino della legalità. Politica e diritto dovrebbero invece dare maggiore senso al linguaggio che utilizzano per costruire la propria rappresentazione della realtà. Dovrebbero, tra l'altro, evitare di ricorrere con troppa superficialità all'uso dei principi e clausole generali. E' una prassi comune, infatti, tanto del diritto quanto della politica, quella di fare largo uso di concetti quali la libertà, l'uguaglianza, la dignità, etc., senza curarsi della loro reale ed attuale portata semantica, certamente diversa dal significato originario generatosi soprattutto nel contesto storico delle grandi rivoluzioni liberali. Oggi, purtroppo, il linguaggio politico e giuridico

⁴⁰ Cft. FOUCAULT Michel, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978 - 1979)*, 2005.

⁴¹ Cft. SCHMITTER Philippe, *Examining the present euro-polity with the help of past-theories* nonché *Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts*, entrambi in MARKS Gary, SCHARPF Fritz, SCHMITTER Philippe e STREECK Wolfgang, *Governance in the European Union*, I ed., London, Sage Publications Ltd., 1996, rispettivamente pp. 1-14 e 121-50.

cade sempre più spesso in questi errori, finendo per incagliarsi sui concetti classici della tradizione teoretica: un simile atteggiamento si rivela fatale per la tutela effettiva dei diritti, tema principale tra quelli posti dalle nuove e delicate sfide del presente.

5. LA TUTELA DEI DIRITTI TRA VECCHIA E NUOVA FUNZIONE DEL DIRITTO E DELLA POLITICA

Come visto, l'analisi dei concetti di sovranità, legalità e *governance* ha dimostrato una chiara evoluzione del sistema sociale che, nel tempo, ha trasformato la propria struttura da gerarchica in eterarchica. Più precisamente si può parlare di: 1) un'eterarchia economica, per via della configurazione assunta dal funzionamento dei mercati; 2) un'eterarchia politica, data la perdita di centralità dello Stato sovrano a vantaggio sia di istituzioni di natura attuale, sia di enti locali ed enti collettivi che rivendicano sempre più spazi regolamentari; 3) un'eterarchia giuridica, con riferimento sia all'istituzione di Corti sovranazionali spesso reciprocamente in concorrenza, sia alla proliferazione di diritti tra loro equipollenti, sia più in generale alla costruzione di uno spazio giuridico universale a cui Danilo Zolo tra i primi ha dato il nome di «globalismo giuridico»⁴². Di questa nuova forma della realtà sociale dovrebbe tenerne conto la teoria giuridica e politica contemporanea, affinché si possa addivenire ad una teorizzazione del presente che: a) prescinda finalmente dall'architettura concettuale stabilizzata dalla tradizione politico-giuridica occidentale; b) sfugga alla tentazione di fissare un «ordine» della società.

Quale potrebbe essere dunque oggi la funzione della politica e del diritto? La risposta potrebbe essere formulata a partire ancora una volta dalle intuizioni di Niklas Luhmann⁴³. Politica e diritto rappresentano sottosistemi sociali e, come tali, sono autopoietici ed autoreferenziali. Funzione della politica è quella di concorrere a ridurre la complessità del mondo attraverso la produzione di decisioni vincolanti la cui variabilità dipende dalla capacità del sistema di politicizzare temi della comunicazione e di generalizzare il consenso mediante procedimenti che selezionano le condizioni della partecipazione, stabilizzando la sensibilità precaria dell'opinione pubblica. In questo modo, il sistema politico si rende continuamente instabile, sottoponendo tutto

⁴² Cft. ZOLO Danilo, **I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico**, Roma, Carocci, 2001, nonché ZOLO Danilo, **Il globalismo giuridico**, online, <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/legglob.htm>.

⁴³ Per un quadro generale relativo al pensiero di Luhmann circa la differenziazione funzionale nonché, in particolare, circa la funzione dei sottosistemi sociali del diritto e della politica, Cft. LUHMANN Niklas e DE GIORGI Raffaele, **Teoria della società**, 2003; LUHMANN Niklas, **La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto**, I ed., a cura di DE GIORGI Raffaele e SILBERNAGL Michele, Bologna, Il Mulino, 1990; LUHMANN Niklas, **I diritti fondamentali come istituzione**, a cura di PALOMBELLA Gianluigi e PANNARALE Luigi, traduzione italiana: MAGNOLO Stefano, Bari, Dedalo, 2002.

il potere al diritto. Tale instabilità è una peculiarità dei sistemi democratici. Il concetto di democrazia infatti, lungi dall'esaurirsi nella banalità della formula paradossale per la quale il popolo è sovrano di se stesso, rappresenta invece una «continua sovrapproduzione di possibilità decisionale»⁴⁴, ossia è il «presupposto dell'aumento della complessità e del suo controllo selettivo attraverso la tematizzazione politica delle pretese dell'ambiente»⁴⁵. Ciò è confermato dalla struttura stessa della democrazia, il cui vertice politico ha i caratteri della contingenza: il fatto che il vertice possa sempre cambiare è invero un requisito strutturale della democrazia, la quale si differenzia dai regimi totalitari proprio perché il vertice politico di questi ultimi è viceversa non-contingente, e pertanto necessario. La governabilità democratica si sostanzia così nella capacità del sistema della politica di controllare se stesso e la propria instabilità, e non invece - come spesso viene ancora generalmente ritenuto - nella capacità di governare la società in base ad un presunto consenso popolare. Il termine democrazia fa riferimento ad un concetto che ha assunto significati molto diversi nel corso della storia: è banale infatti notare che la democrazia della società globalizzata non possa avere più nulla a che vedere, ad esempio, con la democrazia ateniese dei tempi di Pericle. L'attuale concetto di democrazia pare invece essere ancora piuttosto vicino alla definizione elaborata da Schumpeter⁴⁶, per il quale esso si fonda su: 1) l'esistenza di un pluralismo di élite che, in una competizione avente ad oggetto il voto popolare, si fronteggiano per la conquista del potere politico; 2) l'esistenza di una proposta variegata di programmi politici, attorno alla quale possa vertere la competizione elettorale; 3) la scelta dell'élite da parte del popolo attraverso un procedimento tipizzato, qual è appunto la procedura elettorale. Sicché il mito dell'autogoverno del popolo viene ad essere evidentemente confutato: al popolo, semmai, è riservata una mera funzione di scelta che si incardina nella procedura elettorale e si esaurisce in essa con l'apposizione di un segno su un nome o un simbolo. Se ciò è vero, la democrazia non si fonda sulla capacità dei cittadini di decidere nel merito delle scelte politiche da effettuare (poiché, nella complessità del sistema sociale, questo si porrebbe come un obbiettivo quanto mai utopistico!) ma piuttosto sul rispetto di determinate regole procedurali. Per quanto detto, appare ormai evidente che oggi la politica non costituisca più l'arte di dirigere le anime, quale fu nella *Res*

⁴⁴ DE GIORGI RAFFAELE, **Problemi della governabilità democratica** (Testo della conferenza: *Problemas de la gobernabilidad democratica*, tenuta al Seminario Internacional: *Derecho, Democracia y Cultura jurídica al Fin de Siglo*, Buenos Aires, 29 - 31 marzo 1995) in DE GIORGI Raffaele, **Temi di filosofia del diritto**, Lecce, Pensa Multimedia, 2006, p.206.

⁴⁵ DE GIORGI RAFFAELE, **Problemi della governabilità democratica**, 2006, p.206.

⁴⁶ Cft. SCHUMPETER Joseph Alois, **Capitalism, Socialism and Democracy**, London, Routledge, 1976.

Publica Christiana, ma diviene - per dirla alla Foucault - arte del governare⁴⁷: quest'arte oggi, nel rispetto della delineata funzione della politica, deve adattarsi alla struttura eterarchica di una società sempre più complessa.

Infine, quanto alla funzione del diritto⁴⁸ - e sempre perseguendo le linee teoriche tracciate da Luhmann - si può sostenere che essa consista nel ridurre la complessità attraverso la stabilizzazione di aspettative di comportamento. Le aspettative stabilizzate dal diritto sono dette aspettative normative e si differenziano da un altro tipo di aspettative (dette invece cognitive) in quanto le prime, a differenza delle seconde, resistono alla delusione: quando cioè un'aspettativa normativa viene delusa, la conseguenza non è quella di cambiarla ma, viceversa, quella di confermarne la valenza. Pertanto, la funzione del diritto non sarà più evidentemente quella di dare un ordine (giuridico) al disordine (sociale): insistere in questa direzione pare infatti essere inutile, dal momento che il diritto - se pensato come sottosistema sociale - non è in grado di assolvere a una simile funzione. Così come inutile è anche l'ostinarsi a cercare il fondamento del diritto nella sfera del non-diritto. A questa tentazione cede persino Hans Kelsen, che pure intende elaborare una dottrina del diritto scevra da implicazioni di carattere meta-giuridico. Kelsen, infatti, prospetta il sistema giuridico come gerarchicamente ordinato, al cui vertice pone la *grundnorm*: la norma fondamentale che chiude detto sistema. Proprio per giustificarsi come tale, la *grundnorm* deve però necessariamente considerarsi come norma presupposta al diritto positivo⁴⁹, e dunque a questo esogena. Kelsen, in sostanza, nonostante l'apprezzabile tentativo di rendere «pura» la dottrina giuridica, percorre un vicolo cieco, poiché ragiona pur sempre in termini di gerarchia. Orbene, il diritto può effettivamente rendersi puro soltanto se pensato come sistema autopoietico ed autoreferenziale: ciò infatti permette ad esso di operare con riferimento solo a se stesso e non anche con riferimento, per esempio, ai valori. Ed invero, nessuna norma può rappresentare ormai il vertice di un ordinamento gerarchicamente ordinato, per il motivo che - come detto - neppure in campo giuridico vi è più una sostanziale gerarchia: vi è invece globalismo, eterarchia.

Tutto ciò induce a riflettere su almeno due questioni. La prima: che senso ha oggi parlare di giustizia? La risposta potrebbe essere questa: non vi è alcun senso se, con giustizia, ci si riferisce ad

⁴⁷ Afferma Foucault: «È quindi opportuno procedere ad una profonda riflessione sul miglior modo possibile di governare, dal momento che quest'«arte» non rappresenta altro se non il modo ragionato di governare al meglio», FOUCAULT Michel, **Bisogna difendere la società**, p.14.

⁴⁸ S.v. la nota 42. Inoltre, sulla distinzione tra aspettative normative e cognitive, Cft. LUHMANN Niklas, **Sociologia del diritto**, Bari, Laterza, 1977, p.53 ss.

⁴⁹ Cft. KELSEN Hans, **Lineamenti di dottrina pura del diritto**.

un valore in grado di orientare il diritto. Viceversa ha senso parlare di giustizia del sistema, intendendo con ciò - come direbbe Raffaele De Giorgi - «la formula che descrive la contingenza che il diritto può produrre ed elaborare»⁵⁰. Pertanto la giustizia è «adeguatezza della complessità del sistema alla complessità della società»⁵¹. Seconda questione: che senso ha oggi parlare di certezza del diritto? Nessun senso se, con questa locuzione, s'intende la certezza dei diritti oppure la certezza di ottenere esiti decisionali predeterminati. Nel sistema sociale contemporaneo l'unica certezza del diritto può infatti essere soltanto la «certezza che ci sarà un diritto»⁵²: che ci sarà cioè una decisione sul diritto.

Si giunge così a decretare la «fine dell'età dei diritti», ossia la fine dell'idea per la quale «vi siano valori (sufficientemente “spessi”) condivisi da tutti»⁵³. Il secolo scorso ha infatti realizzato i presupposti illuministici dell'uguaglianza, del superamento dei privilegi, della libertà, ma ciò ha finito col tempo per svelare il paradosso costitutivo di tali principi, i quali trovano nella loro strutturale vaghezza tanta forza quanta debolezza. Ed infatti, oggi, non è un caso che, alla sempre maggiore richiesta di uguaglianza e libertà corrispondano maggiori forme legittime di violenza e di disuguaglianza, così come, al sempre maggiore riconoscimento di forme dell'inclusione corrisponda il legittimo l'allargamento degli spazi dell'esclusione. Si potrebbe continuare ancora a lungo. Tutto ciò rappresenta forse un fallimento del diritto? Dipende. Se oggi la semantica utilizzata per costruire il presente è ancora quella vetero-europea ed il diritto continua ad essere sovraccaricato di aspettative alle quali non può più far fronte per struttura e per funzione, allora quest'ultimo è destinato necessariamente a fallire. Ed invero, poiché esso - come tutti i sottosistemi sociali - opera attraverso selettività, l'avere "più diritto" significherà (non avere maggiore legalità o maggiori garanzie, ma al contrario appunto) avere maggiore selettività, cioè maggiore differenza e quindi maggiore produzione di non-diritto.

Nella semantica vetero-europea apoditticamente applicata al presente, anche i diritti fondamentali finiscono per svelare il loro paradosso costitutivo: e, di fatti, essi avrebbero - nella teoria giuridica - la funzione di limitare (e, dunque, di combattere contro) la legge: sennonché,

⁵⁰ DE GIORGI Raffaele, **Stato e diritto alla fine del secolo** (Testo della conferenza: *Estado y Derecho a finales del siglo*, tenuta al *Coloquio Internacional de Filosofía de Derecho, Ética y Política*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., febbraio 1996, in DE GIORGI Raffaele, **Temi di filosofia del diritto**, Lecce, 2006, p. 220.

⁵¹ DE GIORGI Raffaele, **Temi di filosofia del diritto**, p. 220.

⁵² DE GIORGI Raffaele, **Temi di filosofia del diritto**, p. 220.

⁵³ SCHIAVELLO Aldo, La fine dell'età dei diritti, in *Etica & Política / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, pp. 142.

senza la legge, essi non potrebbero esistere! Tali diritti allora, sempre da una prospettiva luhmanniana, sono piuttosto da considerarsi delle istituzioni con la funzione di impedire al sistema della politica di assumere un comportamento ingerente verso gli altri sottosistemi sociali. La semantica vetero-europea, viceversa, alimenta questa ed altre ingerenze tant'è che, sempre più spesso, la politica, nell'incapacità di svolgere il ruolo che le è proprio: 1) fa ampio uso nominale di diritti fondamentali, i quali poi però - come visto - restano nella sostanza inattuati; 2) opera facendo spesso ricorso al sistema della morale, il quale a sua volta è regolato da un codice di funzionamento binario del tipo «bene/male» non adatto al funzionamento del sistema politico. E' opportuno invece che il sistema politico svolga la funzione decisionale che gli è propria nel rispetto delle sue caratteristiche sistemiche, e che i diritti fondamentali operino come istituzione a garanzia del rispetto dei confini tra il (sotto)sistema politico e gli altri (sotto)sistemi sociali.

(IN)CERTEZZA E (IN)STABILITÀ DEGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI: *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*! L'ESATTEZZA NEL LINGUAGGIO GIURIDICO

Luca Sticchi¹

PREMESSA

“La parola collega la traccia visibile alla cosa invisibile, alla cosa assente, alla cosa desiderata o temuta, come un fragile ponte di fortuna gettato sul vuoto. Per questo il giusto uso del linguaggio per me è quello che permette di avvicinarsi alle cose (presenti o assenti) con discrezione e attenzione e cautela, col rispetto di ciò che le cose (presenti o assenti) comunicano senza parole”.

Così Italo Calvino, nell'ambito delle sei proposte per il terzo millennio, quando analizza il tema dell'esattezza.

L'uso approssimativo, casuale e sbadato del linguaggio – criticato da Calvino con sagacia e lungimiranza - è strettamente connesso al tema oggetto di questa comunicazione e sarà esaustivamente compreso nel suo nucleo essenziale solo a conclusione della breve disamina.

Tra i vari approcci che il giurista può assumere nell'argomentare una tesi, non privo di fascino è quello matematico². Affrontare le questioni giuridiche *more geometrico*³, per quanto

¹ Dottorando di Ricerca in “Tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive e libertà della concorrenza” Università degli Studi di Perugia.

² La dottrina per lungo tempo si è interrogata intorno ai punti di contatto tra religione e diritto, posto che in entrambe si fa riferimento ai dogmi. In particolare, è utile in questa sede richiamare PIANO MORTARI, Vincenzo, voce Dogmatica giuridica (storia), in **Enc. del dir.**, XIII, Milano, 1964, 677: *“il razionalismo cartesiano fece sviluppare in modi nuovi l'intellettualismo ed il concettualismo nella giurisprudenza, e fece propagare sempre più l'idea di dover seguire anche nella scienza del diritto il modello matematico. I principi del cartesianismo trassero fortuna dalla convinzione che nelle scienze dello spirito si doveva poter raggiungere la stessa esattezza che nel Sei e nel Settecento si notava in quelle della natura. È appena il caso di ricordare che i rappresentanti maggiori di questo indirizzo si ebbero in Francia con il Domat ed il Pothier e, soprattutto, in Germania con il Pufendorf, il Thomasius ed il Wolff. Fu pensato che come nella geometria di Euclide venivano dedotte dagli assiomi proposizioni conseguenti, allo stesso modo pure il giurista poteva dedurre da una o più norme fondamentali un numero più grande di ragioni e di concetti giuridici. Attraverso un ragionamento che ripeteva sostanzialmente il principio del sillogismo tradizionale, l'intero ordinamento del diritto venne costruito come una piramide formata di singole proposizioni e di singoli concetti che stavano in rapporto di dipendenza scambievolmente e di fronte ai quali le norme di legge assumevano l'aspetto di singole deduzioni. Il carattere razionale delle costruzioni sistematiche dei giusnaturalisti del Sei e del Settecento è naturalmente il risultato conseguente dell'intellettualismo fondamentale dei loro autori; ed è di qui l'influenza straordinaria che esercitò il metodo seguito in tali opere sulla giurisprudenza concettuale ed in primo luogo sulla Pandettistica del secolo XIX e per conseguenza sulla dogmatica giuridica del nostro tempo”.*

³ Non è intenzione di chi scrive inserirsi in una *querelle*, probabilmente non ancora sopita, che ha visto contrapposti giusnaturalisti e storicisti. Chiaro è che il richiamo operato in questa sede alla geometria riveste le forme, del tutto atecniche, dell'individuazione di un metodo argomentativo; metodo, quello geometrico, che può risultare pericoloso: si pensi alla lettura che offre GALGANO,

possa essere rischioso ove generalizzato come modello, rappresenta, in talune occasioni, un metodo di ragionamento in grado di offrire logicità ad un percorso argomentativo.

Assunte, dunque, le vesti del matematico, si esplicherà un teorema per poi fornirne la dimostrazione.

Il teorema è quell'enunciato che può essere dimostrato, attraverso deduzioni logiche, partendo da ipotesi, arbitrariamente date, che non necessitano di dimostrazioni.

L'ipotesi, nel caso in esame, è la seguente: tanto le leggi, quanto le sentenze si fondano sull'uso del linguaggio giuridico, che è un particolare tipo di lessico specialistico, dietro al quale, però, per dirla con Calamandrei, "*c'è la carne viva che dolora*"⁴.

Definita, arbitrariamente, l'ipotesi, occorre ora individuare la tesi, ossia l'enunciato che si cercherà di dimostrare: la certezza e la stabilità nel tempo degli orientamenti giurisprudenziali si fonda anche sull'uso, da parte del legislatore, di un linguaggio chiaro, efficace, semplice e non ambiguo.

Prima di addentrarsi *in medias res*, è opportuno premettere che oggetto della presente sarà in particolare l'esperienza della giustizia amministrativa. Nulla esclude, tuttavia, che, per ragioni di sistema, le considerazioni che seguono possano adattarsi anche nel contesto della giustizia civile o tributaria.

1. TRE QUESITI PRELIMINARI

In via preliminare, occorre porsi alcuni quesiti.

Il primo pone una questione pregiudiziale rispetto al tema in esame, atteso che, in caso di

Francesco, **Dogmi e dogmatica nel diritto**, Verona, 2010, 16 s., il quale, nel ricostruire le funzioni della dogmatica, quale esempio della funzione orientativa da attribuire alla medesima, utilizza l'esempio del §823 Bgb, corrispettivo del nostro 2043 cc. Detto articolo sanziona, in termini di debenza risarcitoria, chi abbia leso la vita o il corpo o la salute o la libertà o la proprietà o un altro diritto altrui. Quest'ultima espressione, secondo il Galgano, "*è, in astratto, suscettibile di due possibili interpretazioni. L'una, più lata, estende la responsabilità aquiliana alla lesione di qualsiasi diritto soggettivo, sia assoluto, sia relativo, escludendo soltanto le posizioni di interesse non protette quali diritti soggettivi. L'altra, più restrittiva, intende per «altri diritti» i diritti simili ai diritti alla vita, al corpo, alla proprietà e perciò solo i diritti assoluti, siano essi diritti alla personalità oppure diritti reali. Domina questa seconda interpretazione, siccome coerente con la dogmatica summa divisio dei diritti fra diritti assoluti, protetti erga omnes, e diritti relativi, protetti solo nei confronti di soggetti determinati o determinabili. A questo modo, la Germania non offre tutela aquiliana al danno da lesione del credito, questo essendo un diritto relativo, protetto solo nei confronti del debitore. Ritenerlo risarcibile anche quando a lederlo siano terzi, diversi dal debitore, equivarrebbe a rendere il diritto di credito un diritto protetto erga omnes, al pari di un diritto assoluto, rompendo la summa divisio predetta*". Emerge, così, come una lettura eccessivamente conformata a certi principi possa condurre all'effetto di escludere importanti forme di tutela in nome di una dogmatica non sempre chiara ed evidente.

⁴ CALAMANDREI, Piero, **Processo e democrazia**, Padova, 1954, 109.

risposta negativa, l'analisi non potrebbe procedere oltre. Occorre, infatti, chiedersi se la certezza e la stabilità nel tempo degli orientamenti giurisprudenziali siano concetti riconducibili al diritto.

Se dal concetto di diritto si escludessero gli effetti dell'interpretazione, si dovrebbe dare risposta negativa; tuttavia sarebbe una risposta parziale ed inesatta. Così non è. Infatti, l'interpretazione di una disposizione riempie di contenuto la norma in essa posta⁵; pertanto, appare evidente che i due concetti non possano essere scissi: il diritto vigente vive dell'interpretazione, che lo rende diritto vivente.

Posto che la legge rappresenta lo strumento attraverso cui trasformare un bisogno pretensivo o oppositivo in una norma che concede o in una norma che vieta, il giurista non può disinteressarsi dell'interpretazione che la giurisprudenza offre di una certa norma. E ciò in quanto quella interpretazione dà contenuto alla norma. Un diritto non chiaro o una giurisprudenza che fatica a interpretare correttamente una norma, perciò, riverberano i loro effetti negativi soprattutto sui soggetti che dovrebbero essere titolari di diritti e obblighi e destinatari di doveri.

La convinzione –*recte*, necessità– che la separazione dei poteri potesse attuarsi solo con un giudice che fosse mera *bouche de la loi*⁶, rispetto al passato, risulta oggi, irrimediabilmente, anacronistica.

L'eccessiva specializzazione, l'ipertrofia normativa e il tecnicismo linguistico, oltre che la necessità di sussumere all'interno di fattispecie normative questioni sempre più complesse, richiedono un intervento massiccio (e costante) dell'opera interpretativa dei giudici⁷.

La seconda questione cui occorre fornire risposta si pone sempre in un'ottica di presupposizione rispetto al tema principale: occorre, per l'appunto, chiedersi se i concetti di certezza e stabilità nel tempo degli orientamenti giurisprudenziali siano ontologicamente equivalenti dalla nozione di certezza del diritto⁸.

⁵ Sul punto, VIOLA, Francesco, Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica, in **Diritto Privato**, VII-VIII, 2001, 2002, 49 s. afferma, a proposito dell'ambito di applicazione delle norme ai casi concreti, “non si prende l'avvio dai significati astratti delle norme per perimetrare il loro ambito di applicazione (come vorrebbe Kelsen), ma al contrario è dal punto di vista del caso concreto che s'interroga la norma o si va in cerca della regola apposita. Queste operazioni, che in passato venivano ritenute meramente pratiche, cioè spogliate di qualche rilievo teorico, oggi sono riconosciute come centrali per la stessa conoscenza della regola da seguire”.

⁶ Con un chiaro riferimento a MONTESQUIEU, **L'esprit des lois**, Genève, 1848.

⁷ Sempre VIOLA, Francesco, Interpretazione e indeterminatezza..., cit., 50 constata “l'abbattimento di ogni separazione tra interpretazione e applicazione del diritto”.

⁸ In una compiuta rassegna di BERTEA, Stefano, **Certezza del diritto e argomentazione giuridica**, Soveria Mannelli, 2002, 45 ss., l'A. ricostruisce il significato del concetto di certezza del diritto. Secondo un primo significato, filosofico, “la certezza giuridica è intesa come sinonimo di prevedibilità, stabilità, sicurezza garantita dal diritto”. In questa prospettiva, la certezza del diritto si

Orbene, la risposta, anche rispetto a questo secondo quesito, non può che essere affermativa.

I concetti sono identici: gli orientamenti giurisprudenziali altro non sono se non interpretazioni di disposizioni normative. Anzi, l'uno è premessa dell'altro, laddove si intende il diritto quale diritto vigente e l'orientamento giurisprudenziale quale diritto vivente. L'uno vive dell'altro: il diritto vivente informa e sublima il diritto vigente.

Se la disposizione è chiara, allora, necessariamente, sarà puntuale anche la giurisprudenza che a quel diritto dà contenuto e forma.

D'altronde, per certezza del diritto si intende un principio di coerenza cui deve conformarsi l'ordinamento giuridico. Coerenza che, evidentemente, non passa solo attraverso la risoluzione delle antinomie normative, ma che si concreta anche nella legittima aspettativa che il cittadino ripone nella diligenza e nella perizia con cui il legislatore esercita le sue funzioni⁹.

Occorre, infine, porsi il terzo quesito. Detto ultimo attiene alla individuazione degli strumenti che i singoli ordinamenti predispongono al fine di garantire la certezza del diritto, intesa quale prevedibilità e previa conoscenza delle norme di legge.

caratterizzerebbe per la necessità di fornire le coordinate sì da ottenere un sistema in grado di assorbire le contingenze. Continua l'A. *"attraverso l'imposizione di regole il diritto permette la stabilizzazione di alcune aspettative di comportamento e legittima l'affidamento nella permanenza di determinate situazioni nel tempo"*. Si tratta, in altri termini, di una risposta ad un bisogno della generalità dei consociati: si veda, in particolare, BANKOWSKI, Zenon, **Living lawfully: love in law and law in love**, Dordrecht, 2001, 39-42, 58 s., citato anche dal Berteà.

Altra teoria nasce, invece, nell'ambito giuridico. In detta accezione, l'espressione individua nozioni diverse, tra le quali, *"l'osservanza delle norme da parte dei loro destinatari, l'accessibilità delle prescrizioni alla conoscenza degli interessati, l'effettiva cognizione del diritto da parte dei consociati, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la possibilità di prevedere l'intervento degli organi di applicazione e di esecuzione, la prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice, la controllabilità dei processi decisionali, la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, l'inviolabilità dei diritti quesiti, la certificazione dei fatti o degli atti da parte dell'ordinamento giuridico, l'incontestabilità dei rapporti esauriti, la presenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici, quali l'irretroattività della legge, il principio di legalità, la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni pubbliche"* (sempre Berteà). Da quanto precede, si ha la riprova che una concezione olistica del concetto di certezza del diritto non si può avere.

In questo senso, l'A. appunta la propria attenzione sul giuspositivismo contemporaneo ed, in particolare, in quel contesto individua alcuni caratteri comuni: *"la certezza del diritto può essere così ricondotta all'idoneità del fenomeno giuridico a orientare le condotte degli individui e a costituire una solida base di programmazione delle scelte dei consociati. In ultima analisi, allora, la certezza è concepita come la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti individuali basata sulla conoscenza dei contenuti delle norme del diritto"*.

Il tema della certezza, nello specifico, attiene, secondo il giuspositivismo contemporaneo anche all'applicazione del diritto e, quindi, al lavoro esegetico dei giudici, oltre che al fattore linguistico, sul quale si tornerà nel prosieguo.

⁹ In una simile prospettiva, occorre segnalare un nutrito numero di giuristi che si è occupato del fattore linguistico quale elemento in grado di incidere sulla certezza del diritto. Si rimanda a quelli già citati dal Berteà: LUZZATI, Claudio, *Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto*, in **Analisi e diritto**, 1990, 134 ss.; DICOTTI, Enrico, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in **Analisi e Diritto**, 1992, 97-138; COMANDUCCI, Paolo, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in **Analisi e diritto**, 1997, 55-68. Questa è la prospettiva abbracciata dallo scrivente: il fattore linguistico e i suoi effetti negativi sulla certezza del diritto.

Atteso che, dunque, la certezza del diritto rappresenta un ideale o un obiettivo precipuo degli ordinamenti giuridici¹⁰, le misure individuate dagli ordinamenti al fine di garantire detto valore sono rappresentate normalmente dal vincolo dello *stare decisis*, nel *common law*, e dalla legge generale e astratta, nel *civil law*¹¹.

Come ogni tassonomia, tuttavia, detta distinzione conosce eccezioni¹². Ed è il caso del legislatore italiano, il quale, in un sistema tipicamente di *civil law* ha inteso innestare l'istituto del vincolo del precedente giudiziario¹³.

La previsione normativa stabilisce che le sezioni semplici del Consiglio di Stato non possano dipartirsi da un precedente dell'Adunanza Plenaria, se non rinviando la medesima questione, motivato il dissenso, al massimo consesso, perché valuti l'opportunità di pronunciare un nuovo principio di diritto¹⁴.

Si tratta, invero, di una nomofilachia *“di carattere speciale che cumula l'autorevolezza del precedente a un meccanismo processuale che determina la non disattendibilità del precedente*

¹⁰ KELSEN Hans, **Lineamenti di dottrina pura del diritto**, Torino, 1952, 124 s.

¹¹ Sul punto, interessanti sono le pagine di KELSEN, Hans, **La dottrina pura del diritto**, Torino, 1966, 282 s., il quale individua i due tipi ideali di ordinamento, quello in cui la produzione del diritto spetta al solo potere centrale e quello in cui la produzione del potere è decentrata. Nel primo caso, si ha un unico organo produttore di diritto e ciò consente la prevedibilità della reazione della legge e, di conseguenza, la funzione predittiva della legge; tale modello ordinamentale presenta l'inconveniente della scarsa flessibilità. L'altro modello, per contro, si fonda sulla formazione delle norme decentrata, ad opera, quindi, dei tribunali, i quali sono chiamati a decidere i casi concreti portati alla loro attenzione. Tale secondo modello, ovviamente, è flessibile, ma totalmente incerto sotto il profilo della predittività.

Ancora, HART, Herbert, **Il concetto di diritto**, Torino, 1965, 153, il quale afferma: *“in realtà tutti gli ordinamenti, in modi diversi, fanno un compromesso fra i due bisogni sociali: la necessità di certe norme che possano, per ampie sfere di condotta, essere applicate sicuramente da individui a se stessi, senza una nuova guida ufficiale o senza un esame delle questioni sociali, e la necessità di lasciare aperte, per una successiva risoluzione ad opera di una scelta consapevole e ufficiale, delle questioni che possono essere bene valutate e sistemate soltanto quando sorgono in un caso concreto. In alcuni ordinamenti giuridici in certi periodi può capitare che si sacrifichi troppo alla certezza [...]. In altri ordinamenti o in altri periodi può sembrare che troppi elementi vengano trattati dai tribunali come continuamente aperti o soggetti a revisione nei precedenti”*.

¹² Sempre KELSEN, Hans, **La dottrina pura del diritto**, cit., 285: *“fra i due tipi ideali di giurisprudenza, l'una vincola a leggi statali, l'altra libera da esse, si situano quei tipi in cui esiste un organo legislativo centrale, ma in cui i tribunali sono autorizzati a statuire non soltanto norme giuridiche individuali nell'ambito delle norme giuridiche generali prodotte dall'organo legislativo, ma anche, nelle circostanze già viste, a statuire norme giuridiche individuali fuori da questo ambito; ed infine quel sistema in cui i tribunali sono autorizzati a creare norme giuridiche generali per mezzo di precedenti vincolanti. Questi vari sistemi rappresentano diversi gradi di accentramento o di decentramento della funzione della produzione del diritto e quindi diversi gradi di realizzazione del principio della flessibilità del diritto, che è soggetto a variazioni inversamente proporzionali rispetto al principio di certezza del diritto”*.

¹³ PESCE, Giovanni, **L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente**, Napoli, 2012; FOLLIERI, Enrico, L'introduzione del principio dello *stare decisis* nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in **GiustAmm.it**, 11, 2011; STICCHI DAMIANI, Ernesto, Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria, in **Dir. e Proc. Amm.**, 2012, 4, 1155; FOLLIERI Enrico, lo *stare decisis* nel processo amministrativo, in **GiustAmm.it**, 10, 2014.

¹⁴ Art. 99, comma 3, cpa.

*medesimo risultando la decisione finale riservata all'organo giurisdizionale che lo ha formulato*¹⁵.

2. IL CONCETTO DI PRECEDENTE E LA NOMOFILACHIA "EDULCORATA"

Al fine di descrivere il contesto italiano, occorre dare una definizione al concetto di precedente. Secondo acuta dottrina¹⁶, si tratta di una *"fonte culturale [...] che opera sugli altri atti-fonte, assumendo un ruolo di secondo grado che ha ad oggetto le altre fonti, interpretandole e, quindi, la sua collocazione tra le fonti, si qualifica in rapporto a questo elemento ontologico"*.

Il precedente, dunque, interpreta qualunque fonte, dalle leggi comunitarie, a quelle costituzionali; ne consegue che *"l'atto fonte culturale ha una "forza" maggiore rispetto a quella di tutte le altre fonti del diritto: l'interpretazione fornita dal precedente giudiziario si impone ad ogni possibile e diversa lettura della fonte e ne oscura la proposizione normativa"*¹⁷.

Il rischio è, nei fatti, quello di limitare lo spirito innovatore della giurisprudenza a fronte dell'Adunanza Plenaria che diventa capolinea di ogni fermento innovatore¹⁸.

A questo punto dell'analisi, occorre chiedersi se il meccanismo introdotto dal legislatore possa definirsi vincolo nomofilattico forte o debole o se lo stesso abbia altre sembianze¹⁹.

Se fosse un vincolo forte sarebbe incostituzionale, in quanto imporrebbe un limite ulteriore rispetto alla legge al giudice che, a norma dell'art. 101, comma 2, Cost. è sottoposto soltanto alla legge²⁰ e, sebbene si possa considerare quale legge non solo il diritto scritto, ma anche quello non scritto²¹, comunque una lettura estensiva della nuova formulazione dello *stare decisis* potrebbe dar luogo a notevoli diatribe in termini di costituzionalità o meno della norma.

In realtà, un'attenta analisi del principio nomofilattico non può che condurre ad una lettura costituzionalmente orientata del medesimo; lettura che consente di interpretare detta disposizione quale *"vincolo esclusivamente strumentale"*²², in ragione del quale, ove la sezione non

¹⁵ STICCHI DAMIANI, Ernesto, Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche, cit., 1155.

¹⁶ FOLLIERI, Enrico, L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, cit.

¹⁷ FOLLIERI, Enrico, *ult. op. cit.*

¹⁸ FOLLIERI, Enrico, Lo stare decisis nel processo amministrativo, cit.

¹⁹ STICCHI DAMIANI, Ernesto, Efficacia nel tempo delle pronunce, cit., 1155.

²⁰ GUASTINI, Riccardo, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.

²¹ STICCHI DAMIANI, Ernesto, Efficacia nel tempo delle pronunce, cit., 1148.

²² STICCHI DAMIANI, Ernesto *p. cit.*, 1154. Secondo LUISO, Francesco P., Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni

condivida il principio di diritto statuito dall'Adunanza Plenaria, può con ordinanza motivata rimettere la questione al medesimo consesso, esplicitando, chiaramente, le ragioni di dissenso.

Tale vincolo procedimentale, che assume le forme di uno *stare decisis* "edulcorato", tuttavia, incorre in due limiti: per un verso, quelli connessi all'effettiva applicazione dei principi derivanti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, per altro verso, quelli connessi all'inesistenza di rimedi in caso di non rimessione della questione, da parte della Sezione semplice, all'Adunanza²³.

Quanto al primo profilo, chiaro è che il ruolo dell'Adunanza Plenaria, alla luce dell'entrata in vigore della citata disposizione, è differente: come evidenziato da acuta dottrina²⁴, il Consiglio di Stato dovrebbe prendere contezza di tale nuova veste provvedendo a stendere le sentenze in maniera tale da separare il principio di diritto dalla specifica soluzione del caso concreto, espungendo ogni elemento non utile ai fini della risoluzione della controversia. Altro elemento da non trascurare è rappresentato dalla c.d. *ratio distinguendi*, ossia dal tentativo operato dai giudici, in sede di interpretazione della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, di individuare elementi di fatto asseritamente differenti tra la fattispecie all'esame della Sezione semplice e quella già esaminata dall'Adunanza Plenaria, tali da consentire un superamento del precedente, eludendo così il c.d. principio di non condivisione²⁵.

Quanto al secondo profilo, non appaiono sussistere rimedi avverso la trasgressione di detta disposizione²⁶; le uniche strade praticabili, operanti, però, quali semplici forme di dissuasione, sarebbero rappresentate dalle eventuali sanzioni disciplinari nei confronti dei magistrati e dalla successiva (e del tutto aleatoria) azione, esperita dal danneggiato, volta ad ottenere un risarcimento del danno cagionato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie dai componenti del Collegio che non abbiano dato corso a quanto previsto dalla legge in tema di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria.

Non esiste, quindi, allo stato, una forma di coazione nei confronti dei membri della Sezione

Unite, in **Giur. It.** 2003, 821, il vincolo a non emettere una sentenza difforme dal precedente pronunciato dalle Sezioni Unite è cosa diversa dall'obbligo di sentenza conforme: tale circostanza, affermata dall'A. per il processo civile, ben può essere traslata nel processo amministrativo.

²³ Su entrambe le questioni, si veda tanto FOLLIERI, Enrico, L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, cit.

²⁴ FOLLIERI, Enrico, Lo stare decisis nel processo amministrativo, cit.

²⁵ Più diffusamente, sempre FOLLIERI, Enrico, *ult. op. cit.* Vi è da considerare, infatti, che il giudice è, per sua natura, "allergico" ad imposizioni verticali o anche orizzontali, come nel caso di specie. Pertanto, appare illogico imporre per legge un vincolo, quando i primi a disattenderlo, per natura, sono proprio i giudici.

²⁶ Per una più compiuta disamina, si veda FOLLIERI, Enrico, L'introduzione del principio dello stare decisis, cit.

semplice che non vogliano adeguarsi al precedente dell'Adunanza.

Si tratta, nei fatti, di una previsione priva di sanzione, di una nomofilachia, in altri termini, edulcorata.

SEGUE: LA *RATIO* DELLA DISPOSIZIONE

E allora, al fine di comprendere la *ratio* che ha indotto il legislatore a contaminare il nostro ordinamento, saldamente ancorato ai principi del *civil law*, occorre volgere lo sguardo al complesso delle norme processuali adottate negli ultimi anni, ponendosi in una prospettiva di interpretazione storico-sistemica.

Ebbene, a parere di chi scrive, detto principio di non condivisione, appare solo *prima facie* finalizzato a garantire la certezza del diritto²⁷, mentre, ad una più approfondita analisi, rappresenta il precipitato di un disegno posto in essere dal legislatore degli ultimi anni volto, da una parte, a ridurre l'offerta di giustizia al fine di decongestionare il carico giudiziario e, dall'altra, a imporre per legge valori e principi che afferiscono a profili estranei al mondo giuridico.

In altri termini, quanto al primo dei due profili, non è da escludere che, in presenza di un orientamento consolidato, un patrocinatore possa, pur convinto delle buone ragioni del proprio assistito, sconsigliare un ricorso, proprio perché l'eventuale accoglimento delle proprie tesi difensive in primo grado, potrebbe trovare un arresto presso il Consiglio di Stato, "*capolinea di ogni fermento innovatore*"²⁸.

Di questa deriva, prova ne è l'originaria previsione dell'art. 26, comma 1, del codice del processo amministrativo, a tenore della quale il giudice poteva, anche d'ufficio, condannare la parte soccombente al pagamento di una somma quantificata in via equitativa quando la decisione del ricorso si fondava su orientamenti giurisprudenziali consolidati²⁹.

Da qui, non è poi così assurdo considerare, quale prima finalità della predetta

²⁷ Sul punto si veda l'approfondimento di FOLLIERI, Enrico, L'introduzione del principio dello stare decisis, cit. e di STICCHI DAMIANI, Ernesto, Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche, cit.

²⁸ CONSOLO, Claudio, Giustizia, Corti di gravame, tradizione e modernità, in **Corr. Giur.** 2005, 753. Dette valutazioni, operate da Consolo a proposito del processo civile, possono estendersi anche al processo amministrativo, tanto che lo stesso è citato da FOLLIERI, Enrico, L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, cit.

²⁹ Detta formulazione è stata dapprima superata dall' art. 1, comma 1, lett. d), D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 e, successivamente, dall'art. 41, comma 1, lett. a), D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

disposizione, siffatto intento dissuasore.

Quanto al secondo dei profili indicati, si pensi, negli ultimi tempi, a dei tentativi di “moralizzazione” del processo, attraverso il fenomeno del c.d. abuso del processo³⁰. Come in quei casi il legislatore ha ritenuto di intervenire con norme di repressione, cercando di conculcare un fenomeno culturale, allo stesso modo, nella disposizione in esame, per rispondere ad una esigenza di prevedibilità e certezza, il medesimo legislatore ha imposto per legge la “corretta” interpretazione delle norme.

Paradossalmente, però, tale norma ha sortito, quale effetto, quello perverso ed esattamente opposto di un aumento spropositato delle pronunce in composizione plenaria³¹: conseguenza immediata è l’aumento dei principi di diritto non scritto, con la creazione di una gabbia tale da limitare l’attività interpretativa dei giudici.

E, anzi, esigenze di mutamento degli orientamenti giurisprudenziali, frammiste alle difficoltà congenite dei giudici di vedersi imposta l’interpretazione di una norma³², ha condotto, nel giro di pochi anni, per un verso, a numerosi provvedimenti di rimessione delle questioni all’Adunanza e di conseguenti pronunce anche su medesimi argomenti, per altro verso, e consequenzialmente, a situazioni di repentino mutamento giurisprudenziale.

Occorre, a questo punto, riportare alcuni esempi, al fine di verificare l’impatto della normativa recata dall’art. 99 sul diritto vivente, tanto sotto un profilo di orientamenti non costanti, tanto sotto il profilo della funzione propria dell’Adunanza Plenaria, quella nomofilattica, ossia quella di garantire l’uniforme interpretazione del diritto.

4. UN ESEMPIO DI UN ORIENTAMENTO NON COSTANTE: I RICORSI INCROCIATI ESCLUDENTI

Il ricorso incidentale escludente è il ricorso con cui il controinteressato, aggiudicatario del bene della vita oggetto di una procedura selettiva, mira a contestare la legittima partecipazione –

³⁰ Il riferimento è all’abuso del processo, che ha visto negli ultimi anni il legislatore impegnato nel ridefinire i confini labili del comportamento lecito in giudizio. Interessante, sul punto, è la disamina offerta da SCARSELLI, Giuliano, Sul c.d. abuso del processo, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2012, 1450 ss. e da TARUFFO, Michele, L’abuso del processo: profili generali, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2012, 117 ss. Entrambi gli Autori ricostruiscono, in chiave critica, l’istituto e danno atto della giurisprudenza creatasi nel corso degli anni intorno al “contenitore” dell’abuso del processo.

³¹ Da quando la previsione normativa è stata introdotta nel processo amministrativo, l’Adunanza Plenaria ha prodotto 24 pronunce nel 2011, di gran lunga superiori rispetto alle 5 del 2009.

³² Ci si riferisce al fatto che l’unico vincolo riconosciuto dal giudice è rappresentato dalla legge, così come la Costituzione impone.

sia in termini di ammissione, sia in termini di mancata esclusione – alla medesima procedura del ricorrente principale³³. Quest'ultimo, infatti, trovandosi in posizione deteriore nella medesima graduatoria, con il proprio ricorso, intende estromettere l'aggiudicatario, ottenendo giudizialmente l'aggiudicazione.

Il problema che si pone in presenza di un ricorso incidentale escludente è che, a seconda dell'ordine di trattazione, si prospettano due situazioni: se fosse prioritariamente esaminato il ricorso incidentale e lo stesso venisse accolto, il ricorrente principale si ritroverebbe in una posizione di legittima esclusione o di illegittima ammissione alla procedura e, pertanto, in quanto escluso, non avrebbe titolo, né interesse a impugnare gli atti di detta procedura³⁴.

Quel ricorrente, tuttavia, potrebbe essere titolare di un interesse strumentale alla ripetizione dell'intera procedura di gara; interesse sulla cui rilevanza non poche voci esprimono perplessità³⁵, posto che la ripetizione della procedura afferisce ad un'attività amministrativa

³³ Cfr., *ex multis*, la prima Adunanza Plenaria ad essersi occupata del tema. Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Foro it.*, 2009, 1, III, 1.

³⁴ Ad affermare che il ricorrente principale diventi *quivis de populo* è proprio l'Ad. Plen. 8/2011. Si rimanda, per un'analisi più completa, a: FANTINI, Stefano, Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale, in **Urb. e App.**, 2014, 10, 1075 ss.; CAPONIGRO, Roberto, L'affidamento degli appalti pubblici: l'ordine logico nell'esame giurisdizionale delle censure proposte in via principale ed in via incidentale dalle due imprese in gara, in **GiustAmm.it**, 6, 2014.

³⁵ Non si richiamano i numerosi contributi giurisprudenziali e dottrinali sul tema, posto che l'oggetto della presente comunicazione è limitato a descrivere come l'orientamento *de quo* non trovi requie. In giurisprudenza, con riferimento all'interesse strumentale, la V Sezione del Consiglio di Stato nell'ordinanza 5 giugno 2008, n. 2669, di remissione all'Adunanza Plenaria (che si è poi pronunciata con la nota pronuncia 11 del 2008) della relativa questione ebbe ad osservare: "*All'effetto processuale della sopravvenuta mancanza di legittimazione non può essere riconosciuto una portata tale da estinguere l'interesse sostanziale del soggetto, che promuove il giudizio, sino a privarlo dell'interesse all'accertamento della fondatezza della sua domanda, anche sotto il più limitato profilo della chance della partecipazione alla nuova gara, che sarebbe inevitabile in conseguenza dell'accoglimento anche del suo ricorso, con il quale siano state dedotte censure relative alla mancanza dei requisiti di partecipazione all'offerta del ricorrente incidentale o alla irregolarità delle operazioni di gara (Cons. Stato, V, 8 maggio 2002, n. 2468). Ad entrambi i ricorsi, una volta proposti ed esaminati secondo il loro ordine logico, deve essere riconosciuta pari tutela sul piano dell'interesse sostanziale introdotto nel giudizio, la cui garanzia non appare neppure assicurata con la "previa deliberazione" della fondatezza del ricorso principale, come recentemente affermato dalla Sezione (Cons. Stato, V, 13 novembre 2007, n. 5811). In disparte che tale deliberazione è espressamente esclusa qualora il thema decidendum del ricorso incidentale determini l'inammissibilità del ricorso principale per difetto d'interesse, essendo, in tal caso, la "prova di resistenza" favorevole al ricorrente incidentale, l'accoglimento del ricorso principale lascia sfornito di tutela il ricorrente incidentale. E ciò in contrasto con l'art. 37, u. c., del r.d. n. 1054 del 1924, secondo il quale il ricorso incidentale non è efficace "se venga prodotto dopo che siasi rinunciato al ricorso principale o se questo venga dichiarato inammissibile per essere stato proposto fuori termine", così affermando l'obbligo del giudice di deciderlo, in tutti gli altri casi".*

In dottrina, *ex multis*, TROPEA Giuseppe, L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?, in **Dir. Proc. Amm.**, 2, 2010, 695: "*L'interesse a ricorrere strumentale consta di un'utilità indiretta, o comunque mediata, e si configura quando l'annullamento dell'atto impugnato costituisce la condizione necessaria, ma al contempo non sufficiente, per il soddisfacimento dell'interesse finale del ricorrente. Infatti in questi casi la caducazione dell'atto amministrativo si pone come tramite necessario per ottenere il bene della vita, che però verrà fornito esclusivamente da una successiva attività amministrativa*".

In particolare, la questione più delicata riguarda la natura dell'interesse strumentale. Quest'ultimo, infatti, assume le caratteristiche di una giurisdizione di diritto oggettivo, posto che non si avrebbe, a seguito dell'annullamento, l'ottenimento del bene della vita agognato, bensì una riduzione in pristino, finalizzata a fornire, eventualmente, una nuova chance nei confronti del titolare di detto interesse di raggiungere, del tutto aleatoriamente, il bene della vita. Pone detto problema sempre TROPEA, Giuseppe, L'interesse strumentale a ricorrere, cit., 725 ss. In termini di natura sanzionatoria e non esclusivamente rimediabile del processo sulle procedure di aggiudicazione in materia di appalti parla BARTOLINI, Antonio, Una decisione poco europea, in **Giorn. Dir.**

discrezionale che la stazione appaltante, una volta travolta la gara oggetto di impugnazione, potrebbe decidere di non rinnovare.

Da qui il quesito circa la tutelabilità o meno dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara; tutelabilità che, ove accordata, si sostanzia nell'esame del ricorso principale anche in caso di accoglimento di quello incidentale: se, infatti, ad essere accolti fossero entrambi i ricorsi, la procedura sarebbe *tamquam non esset* e la gara dovrebbe essere rieditata.

Intorno a questo tema si sono succedute una serie di pronunce dell'Adunanza Plenaria. La prima ad occuparsene è stata la n. 11 del 2008³⁶. In quella sede, il Consiglio di Stato ha affermato la tutelabilità dell'interesse strumentale, escludendo che l'esame del ricorso incidentale dovesse precedere quello del ricorso principale.

Qualche anno dopo, sempre l'Adunanza Plenaria ha mutato completamente prospettiva³⁷: il ricorso incidentale deve precedere quello principale, fatti salvi i casi in cui il ricorso principale debba essere rigettato per ragioni di rito manifestamente percepibili.

A complicare questo tema interviene poi la Corte di Giustizia dell'Ue che, con sentenza luglio 2013, ha sostenuto come in presenza di un ricorso incidentale escludente, comunque entrambe le domande vadano esaminate, proprio perché dovrebbe trovare tutela anche l'interesse strumentale³⁸.

In ultimo, a seguito di una nuova rimessione da parte delle sezioni semplici, l'Adunanza Plenaria è tornata sul tema nel 2014³⁹, confermando, sostanzialmente, la tesi dell'Adunanza Plenaria del 2011 e specificando, altresì, che la priorità di trattazione del ricorso incidentale viene

Amm., 10, 2014, 932 ss.

³⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Foro it.*, 2009, 1, III, 1.

³⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro Amm. CdS*, 4, 2011, 1132.

³⁸ CGUE, Sez. X, 4 luglio 2013, n. 100. Si vedano, al proposito, le valutazioni operate da BARTOLINI, Antonio, Una decisione poco europea, cit., a proposito della natura oggettiva della giurisdizione in materia di appalti. L'interesse tutelato a livello comunitario assume sempre più le forme del controllo di legittimità dei rapporti dedotti in giudizio.

³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, della quale si riportano due principi di diritto in essa espressi: "*nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile*". Ancora: "*nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale*".

meno solo laddove il ricorrente incidentale non faccia valere situazioni in grado di escludere dalla procedura selettiva il ricorrente principale, tali, cioè, da minare il carattere differenziato dell'interesse vantato da detto ultimo ricorrente.

Da tale quadro emerge che la previsione di cui all'art. 99, comma 3, codice del processo amministrativo, non sempre è efficace, considerato che si è sovente di fronte a materie in cui la certezza e la stabilità non possono prevalere rispetto alle effettive esigenze di tutela. Si evidenzia, poi, un ulteriore elemento: sulla certezza del diritto e sulla stabilità degli orientamenti giurisprudenziali influisce anche il rapporto tra corti nazionali e corti sovranazionali. Si appalesa, allora, in tutto il suo vigore, la difficoltà oggi di riuscire a garantire una stabilità nel tempo di un orientamento, in assenza di sistemi giuridici compiuti e gerarchicamente ordinati.

Ed ecco rappresentato un primo esempio della sostanziale inefficacia a garantire certezza della disposizione normativa in esame, posto anche che alcuna normativa disciplina quanto descritto.

5. UN ALTRO ESEMPIO: LA NOMOFILACHIA NON ILLUMINANTE

Non è detto, tra l'altro, che il ruolo dell'Adunanza Plenaria sortisca l'effetto di risolvere i contrasti giurisprudenziali, attraverso l'individuazione della strada maestra per la corretta interpretazione di una certa norma.

Un esempio in questo senso è rappresentato dall'adunanza plenaria 2 del 2013, pronunciata in tema di rapporto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo⁴⁰.

Secondo l'Adunanza Plenaria, chiamata a sciogliere il nodo consistente nel *“comprendere quali sono i limiti che derivano dal giudicato al rinnovo dell'azione amministrativa, e quali sono invece gli spazi bianchi lasciati a una valutazione autonoma dell'amministrazione [...] [,] non può escludersi in via generale la rivalutazione [amministrativa] dei fatti sottoposti all'esame del giudice”*⁴¹.

Nella soluzione prospettata, l'Adunanza, però, non individua una soluzione in termini di

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, con nota di FALCHI DELITALA, Antonio, Il giudice dell'ottemperanza come “giudice naturale dell'esecuzione della sentenza”, in **Foro Amm. CdS**, 7-8, 2013, 1843 ss. il quale, pur notando gli aspetti positivi della sentenza, non manca di sottolineare come la sentenza, sotto il profilo dei limiti impliciti della pronuncia, *“è forse eccessivamente sbrigativa”*.

⁴¹ Sempre FALCHI DELITALA, Antonio, Il giudice dell'ottemperanza, cit.

principio di diritto, tendenzialmente valido per tutti i casi, ma offre una spiegazione eminentemente pratica: nel dubbio riguardante il nuovo atto impugnato, se esso sia stato adottato in violazione o elusione del precedente giudicato o se invece costituisca espressione di un nuovo potere amministrativo, l'impugnazione va rivolta al giudice dell'ottemperanza, comunque nel termine di impugnazione dei 60 giorni, sicché, in caso di incompetenza di quello, attraverso la conversione della domanda, il ricorrente possa poi rivolgersi all'ordinario giudice della cognizione. L'Adunanza Plenaria, in altri termini, offre uno spunto di soluzione, ma non compie quello sforzo dirimente che la legge le impone.

6. L'IMPORTANZA DEL CORRETTO USO DEL LINGUAGGIO GIURIDICO

Sulla scorta dei due esempi precedenti, si può tentare di rispondere al quesito se la certezza e la stabilità nel tempo degli orientamenti possano essere imposti per legge.

È evidente, allo stato, la risposta negativa a detta affermazione, tanto sotto un profilo di nomofilachia, quanto sotto un profilo dell'esigenza di continuità degli orientamenti.

Appare chiaro, infatti, che il diritto, per un verso, necessita di una costante opera interpretativa, volta a ricomprendere all'interno dei principi individuati dalla legge generale e astratta situazioni nuove che necessitano di tutela giurisdizionale; per altro verso, il diritto vive di norme generali e astratte, che, però, troppo spesso si rivelano non sufficientemente chiare e complete perché sia svolta al meglio tale opera interpretativa.

Certezza e stabilità, quindi, non possono derivare solo da una imposizione normativa: prove ne sono l'aumento delle pronunce in Adunanza Plenaria, il mutamento degli orientamenti, le pronunce che non risolvono i problemi di diritto posti.

Una possibile soluzione all'esigenza di certezza è rappresentata, allo stato, dall'uso del linguaggio, posto che una legge più chiara consentirebbe interpretazioni più lineari e prevedibili. Per quanto detta soluzione non possa essere l'unica, rappresenta certamente la via maestra.

Anche a prescindere dal mondo giuridico, infatti, il linguaggio non preciso genera incomprensioni, incertezze, necessità di puntualizzazioni. Se, dunque, tale discorso vale nelle normali relazioni interpersonali, non si comprende per quale ragione non dovrebbe valere nell'ambito del diritto, posto che il linguaggio è uno degli strumenti fondamentali, se non l'unico, di veicolazione dei messaggi precettivi.

Utilizzato tanto dagli operatori, quanto dal legislatore, lo stesso può determinare, da un canto, l'effetto dell'incertezza del diritto, intesa quale definizione non precisa e comprensibile di concetti giuridici, d'altro canto, l'esigenza e la necessità di un intervento postumo finalizzato a dare contenuto e chiarezza ad un disposto normativo non chiaro.

A comprova di tale affermazione, è sufficiente scorrere una legge di stabilità: monoarticoli con numerosissimi commi, che utilizzano la biasimevole pratica del rimando ad altro corpo normativo.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento a particolari testi normativi in cui, *prima facie*, sembrerebbe essere mancata una corretta ponderazione degli interessi e delle ricadute di sistema. L'operatore del diritto, perciò, è costretto a muoversi in un ginepraio di leggi e non può che trovare grosse difficoltà nell'interpretare quelle norme.

In un contesto simile, il ruolo del giudice diventa particolarmente complicato; questi è chiamato a dare una interpretazione di una norma dovendosi avvedere di tutte le modifiche introdotte e dovendo interpretare le parole utilizzate, troppo spesso in modo atecnico, alla luce dei criteri individuati dalla giurisprudenza e dalla dottrina per le operazioni esegetiche.

Uno degli esempi più fulgidi della mancanza di chiarezza si può individuare nell'introduzione, all'interno della legge Antitrust, dell'art. 21 *bis*, rubricato *poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*⁴².

Intorno alla nuova normativa, numerosi sono stati i dubbi interpretativi manifestati dalla dottrina e parzialmente sciolti dalla giurisprudenza⁴³: dubbi riguardanti tanto la legittimità della previsione, quanto le concrete modalità di esercizio del relativo potere.

Anche in questo caso, infatti, la giurisprudenza ha fornito le coordinate per una lettura

⁴² Art. 21-bis, introdotto dal d.l. 201/2011, L. 10 ottobre 1990, n. 287 "1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni".

⁴³ È impossibile, in questa fase, rappresentare, anche solo per sommi capi, il profondo dibattito che ha scatenato la norma *de qua*. Si ricordano, al proposito, i due maggiori esponenti della dottrina che hanno lumeggiato, sebbene su posizioni opposte, detta disposizione: CINTIOLI, Fabio, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990), in **Giustamm.it**, 30 gennaio 2012; SANDULLI, Maria Alessandra, Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990, in **Federalismi.it**, 5 giugno 2012.

costituzionalmente orientata della normativa⁴⁴.

A riprova del percorso logico condotto fino ad ora, si ribadisce che è proprio l'interpretazione del giudice, con il suo ruolo di esegeta della legge, a dare contenuto alla disposizione normativa, con i conseguenti problemi di diritto intertemporale che vengono a crearsi in caso di mutamento di orientamenti giurisprudenziali⁴⁵.

Ecco, quindi, spiegata l'esigenza di una normativa più chiara, che possa consentire, per un verso, uno spettro di tutela più ampio delle situazioni giuridiche, per altro verso, una interpretazione più prevedibile e costante.

7. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Il percorso logico seguito ha dimostrato la tesi prospettata all'inizio: a fronte di un linguaggio chiaro e preciso, il ruolo del giudice tende a ritirarsi, non rivelandosi necessario un intervento massiccio volto a dare contenuto e a chiarificare norme troppo spesso oscure.

E, allora, anziché imporre per legge la certezza e la stabilità degli orientamenti, il legislatore dovrebbe imporre a se stesso la perspicuità del linguaggio giuridico, così consentendo agli operatori del diritto e ai semplici fruitori della giustizia di poter fare affidamento sulla giurisprudenza e, prima ancora, sulla legge.

In questa direzione, il legislatore ha istituito il Comitato per la legislazione⁴⁶, nell'ambito della riforma Bassanini, che esprime pareri sulla qualità dei testi legislativi, sull'omogeneità, chiarezza e semplicità della loro formulazione.

È evidente, tuttavia, come detto Comitato sia privo tanto delle risorse strumentali, quanto dei poteri necessari per incidere sui testi in corso di discussione in Parlamento. I pareri dallo stesso rilasciati, infatti, anche in caso di procedimento avviato d'ufficio, si limitano ad indicare gli elementi del testo normativo contrastanti con la qualità della legislazione, ma la commissione

⁴⁴ Si rinvia, a tal proposito, a Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, in *Foro Amm. TAR*, 5, 2013, 1587; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, in *Dir. & Giust.*, 26 maggio 2014. Per completezza occorre infine segnalare che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20 del 14 febbraio 2013, nel dichiarare inammissibili le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990 promosse in via principale dalla Regione Veneto, ha osservato che detta norma, piuttosto che introdurre un "*nuovo e generalizzato controllo di legittimità*" in capo all'Autorità nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni, ha soltanto integrato "*...i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990*".

⁴⁵ STICCHI DAMIANI, Ernesto, Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria, cit., 1156 ss.

⁴⁶ Art. 16 *bis* del Regolamento della Camera dei Deputati.

chiamata a predisporre il testo definitivo, ove non volesse accogliere i contenuti del parere, ha solo l'obbligo di una motivazione aggravata nella relazione che accompagna il disegno oggetto poi di esame da parte del Parlamento.

Se tale parere fosse vincolante e il Comitato fosse istituzionalizzato al fine di garantire un controllo d'ufficio di tutti i testi, si avrebbero certamente effetti positivi. È in questa direzione, allora, che si deve proseguire: sottoporre tutti i testi legislativi ad una verifica qualitativa, posto che senza chiarezza, non può esistere certezza.

CURATELA E COORDINAMENTO SCIENTIFICO DEL VOLUME

Giovanni Berti De Marinis, Dottore di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli studi di Camerino;

Elisa Contu, Dottoranda di ricerca in Diritto civile presso l'Università Ca' Foscari di Venezia;

Maurizio Di Masi, Dottore di ricerca in Diritto Privato e nuove tecnologie presso l'Università degli studi di Bari, attualmente Assegnista di ricerca nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia;

Matteo Falcone, Dottorando di ricerca in Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica presso l'Università degli studi di Cagliari, attualmente Assegnista di ricerca nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli studi di Perugia;

Angela Guerrieri, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Perugia;

Maria Chiara Locchi, Ricercatrice a tempo determinato in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Perugia.