F. BETTINI, J. PAFFARINI, N. PARRA
(A CURA DI)

G. CAPUZZO, C. CORDOVA
(CON IL COORDINAMENTO DI)

PROPOSTE PER UN DIRITTO DEL TERZO MILLENNIO

ATTI DEL CONVEGNO "VISIONI DEL GIURIDICO" 2014

VOL. II

2015

UNIVALI
UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

Fabiana Bettini
Jacopo Paffarini
Nunzia Parra
(A CURA DI)

Giacomo Capuzzo
Chiara Cordova

(CON IL COORDINAMENTO DI)

PROPOSTE PER UN DIRITTO DEL TERZO MILLENNIO

Atti del Convegno "Visioni del Giuridico" 2014
Perugia, 10-12 luglio 2014

VOLUME 02

ISBN: 978-85-7696-153-6



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

UNIVALI

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
Fabiana Bettini
Jacopo Paffarini
Nunzia Parra

Coodenadores
Giacomo Capuzzo
Chiara Cordova

Autores
Alessandro Provera
Antonello Ciervo
Aslı Topukcu
Chiara Cordova
Claudia Amodio
Donato Vese
Fabiana Bettini
Federico Bacco
Giacomo Capuzzo
Giorgia Bevilacqua
Jacopo Paffarini
Lara Ferla
Lavinia Vizzoni
Lorenzo Cavalaglio
Márcio Ricardo Staffen
Maria Giulia Bernardini
Maria Vittoria Catanzariti
Mauro Balestrieri
Nicola Pettinari
Nilay Arat
Nunzia Parra
Patrizia Roberta Giannotte
Sofia Felicioni
Yuri Tornero Cruzatt

Capa
Daniele David
Perugia (Itália)

Diagramação/Revisão
Alexandre Zarske de Mello
Heloise Siqueira Garcia

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. 2 / Fabiana Bettini, Jacopo Paffarini, Nunzira Parra (a cura di); Giacomo Capuzzo, Chiara Cordova (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 978-85-7696-153-6 (e-book)

1. Direito – Pesquisa. (Itália). 2. Direito - Discursos, ensaios, conferências. (Itália) 3. Pluralismo (Ciências Sociais). 4. Pluralismo jurídico. I. Bettini, Fabiana. II. Paffarini, Jacopo. III. Parra, Nunzira. IV. Capuzzo, Giacomo. V. Cordova, Chiara. VI. Título.

CDU: 340(082)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

INDICE

PRESENTAZIONE VII

VISIBILITÀ 9

Fabiana Bettini

Chiara Cordova

FREEDOM OF RELIGION IN TURKEY AND ITS CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE CONSEQUENCES: IS THERE A NEED TO DEVELOP A NEW UNDERSTANDING? 20

Nilay Arat

Aslı Topukcu

VISIONS 'WITH EYES SHUT': VIEWS ON PENAL PROBLEMS BETWEEN IMAGINATION, EMOTIONS AND SENSE OF REALITY 33

Federico Bacco

Oltre la Forma. Le dinamiche dello *stile* tra Legge e Letteratura 52

Mauro Balestrieri

DEMOCRAZIA E SORVEGIANZA ELETTRONICA *ACROSS THE ATLANTIC*: UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA 71

Maria Vittoria Catanzariti

LA MASCHERA CHE DUNQUE SONO

APPPUNTI PER UNO STUDIO CRITICO SUL CONCETTO GIURIDICO DI "PERSONA" 91

Antonello Ciervo

LA GIUDIZIALIZZAZIONE DEL DIRITTO (E DEL POTERE): PATOLOGIA O EVOLUZIONE FISIOLOGICA DELLO STATO COSTITUZIONALE? 107

Sofia Felicioni

SPUNTI PER SUPERARE LA PAURA DELLA LETTERATURA 125

Alessandro Provera

THE APPROACH OF LAW AND LITERATURE AND THE OVERCOMING OF "ANTILINGUA" IN THE ADMINISTRATIVE LAW 136

Donato Vese

MOLTEPLICITÀ 151

Jacopo Paffarini

DISABILITY IMAGINATION(S). FROM EQUALITY IN SPITE OF DIFFERENCE TO EQUALITY THROUGH DIFFERENCE 155

Maria Giulia Bernardini

TRADITIO CANONICA E TRADIZIONE GIURIDICA 170

Lorenzo Cavalaglio

VISIONI DI UNITÀ E DI MOLTEPLICITÀ NELLO SCENARIO MULTICULTURALE 187
Lara Ferla
DALLA 'PLURALITÀ' AL 'PLURALISMO'. RUOLO E PROSPETTIVE DELLA PROGETTAZIONE E DELLA VALUTAZIONE PARTECIPATE DI NORME E POLITICHE PUBBLICHE A SUPPORTO DI UNA 'MULTILEVEL GOVERNANCE' EFFICACE, EFFICIENTE, DEMOCRATICA ED INCLUSIVA 204
Nicola Pettinari
JUDICIAL SELFIE? NO THANK YOU! IN DEFENSE OF MULTIPLICITY OF [LEGAL] SPEECH..... 224
Márcio Ricardo Staffen
CONSISTENCY 238
Giacomo Capuzzo
Nunzia Parra
TAKING METAPHORS SERIOUSLY. L'OCCHIO DEL COMPARATISTA SUL DIRITTO 247
Claudia Amodio
RIFLESSIONI SULLE MIGRAZIONI "AGIATE" VERSO L'UNIONE EUROPEA E SULLA TENDENZA VERSO UNA CITTADINANZA "ECONOMICA" E "DISCRIMINATORIA"..... 272
Giorgia Bevilacqua
LA STABILIZZAZIONE DEL PRECARIATO TRA ISTANZE SOCIALI E PRINCIPIO DEL PUBBLICO CONCORSO: QUANDO L'ARMATORE CERCA DI CAMBIARE LE REGOLE DELLA NAVIGAZIONE 287
Patrizia Roberta Giannotte
LA CONSISTENCIA PRESCRIPTIVA DEL DISCURSO ORDOLIBERAL: LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL CASO PERUANO..... 303
Yuri Tornero Cruzatt
A PROPOSITO DI FIDEIUSSIONE E *CONSISTENCY* 321
Lavinia Vizzoni
CURATELA E COORDINAMENTO SCIENTIFICO DEL VOLUME..... 334

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.

VISIBILITÀ

Fabiana Bettini

Chiara Cordova[1]

> 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 ad occhi chiusi, di far scaturire colori e forme dall'allineamento di caratteri alfabetici neri su una pagina bianca, di pensare per immagini[2].

1. La visibilità occupa una posizione fondamentale nella poetica di Calvino, definito come uno degli autori più visuali della letteratura italiana[3] e, forse, l'unico tra gli scrittori italiani ad aver riflettuto esplicitamente su ciò che unisce l'arte della scrittura all'immagine. Non stupisce, allora, che nella sua ultima opera, Lezioni Americane. Sei proposte per il prossimo millennio, lo scrittore inserisca la visibilità nell'elenco di valori, qualità e peculiarità che la letteratura del nuovo millennio dovrebbe possedere e avere come guida.

Preoccupato dell'avvento della moderna "civiltà dell'immagine" e degli effetti negativi che questa può esercitare sulla fantasia dell'uomo, Calvino si sofferma nella sua quarta lezione sul tema dell'immaginazione e della creatività, capaci di trasformare i concetti e le sensazioni umane in forme visibili, e sul processo attraverso il quale "l'immagine eterea, che nasce nel cielo o nel cervello, giunge nel mondo reale e corporeo". Così facendo, l'intenzione dell'autore non è quella di dare una definizione oggettiva di visibilità, ma di sollecitare una riflessione sulla capacità di inventare e "pensare per immagini", che egli auspica rimanga scevra dalla quantità di "immagini prefabbricate" che quotidianamente assillano l'uomo e così rischiano di privarlo di una delle sue facoltà fondamentali: appunto, l'immaginazione.

Leggendo, allora, le pagine che Calvino dedica alla visibilità, emerge con chiarezza come la sua analisi si sviluppi intorno a due questioni principali: difatti, da un lato, egli si interroga sul

[1] Il presente scritto è frutto di una riflessione comune delle Autrici; vanno tuttavia attribuiti a Chiara Cordova i §§ 1 e 2 e a Fabiana Bettini i §§ 3 e 4.

[2] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, Milano: Mondadori, 1993, p. 102.

[3] BELPOLITI, Marco. **L'occhio di Calvino***,* Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 2006, p. X.

rapporto che esiste tra immagine e parola, dall'altro, invece, si chiede quale sia l'origine dell'immaginazione stessa.

Per comprendere, in particolare, come lo scrittore affronti quest'ultimo aspetto, occorre tornare all'apertura di questa quarta lezione, laddove si legge che "la visibilità è il luogo della fantasia, e la fantasia è un posto dove piove". Calvino, dunque, si domanda da dove provengano le immagini che piovono nella fantasia, specie in quella dello scrittore, ed in questo senso il problema della visibilità si traduce ed identifica in quello della genesi dell'immaginazione stessa. Nelle parole dell'autore traspare come, più che uno strumento della conoscenza umana, l'immaginazione sia un canale di comunicazione con l'anima del mondo e, allo stesso tempo, "un repertorio del potenziale, dell'ipotetico", "di ciò che non esiste e non è mai esistito, e forse non esisterà mai, ma che poteva esistere". L'immaginazione viene così equiparata ad una sorta di macchina elettronica, che prende in considerazione tutte le possibili combinazioni e sceglie le più appropriate, le più interessanti o più divertenti rispetto ad un particolare scopo. Per spiegare le origini di tale facoltà creativa, Calvino cita argomenti vari, come l'inconscio collettivo (concetto filosofico in base al quale ognuno può avvicinarsi ad una conoscenza universale comune a tutta l'umanità) e l'anima del mondo (concetto neoplatonico in cui l'immaginazione viene vista come comunicazione con l'universo stesso).

Più importante delle ragioni che spiegano tale creatività è, però, per Calvino interrogarsi sull'influenza e sui possibili condizionamenti che la fantasia può subire per effetto della nuova cultura mondiale. Che ruolo occupano e come possono incidere i mass media e la televisione (oggi potremmo aggiungere il web, i social network, i tweet) sulle nostre capacità intellettive? E' ancora possibile la letteratura del fantastico nel XXI secolo? La preoccupazione dell'autore è che la massificazione della cultura o ogni altro tipo di tradizione possano andare a interferire con il processo individuale di immaginazione e il potere di evocare immagini, di usare la propria memoria visiva. Egli teme la perdita di una facoltà essenziale, la capacità di "pensare per immagini"[4], a causa dell'influenza schiacciante della nostra cultura visiva. Proprio per evitare che ciò avvenga, Calvino sottolinea l'importanza di salvare la visibilità come valore umano fondamentale, precisando come due siano state le strade finora percorse: la tendenza a riciclare immagini e usarle in nuovi contesti che ne cambino il significato (che è propria del postmodernismo), oppure l'idea di ripartire da zero riducendo al minimo gli elementi visuali e

[4] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. p. 103.

linguistici (come Samuel Beckett sceglie di fare nelle sue pièce teatrali).

Strettamente connesso all'aspetto della genesi dell'immaginazione è, poi, il problema del legame che esiste tra immagine e parola. Per Calvino, il processo di transustanziazione dell'immagine nella realtà è reso possibile, nella letteratura, proprio dalla parola, la quale "proietta", come nel cinema, immagini visive, evocando quello che lui stesso definisce un "cinema mentale". Per spiegare come questo rapporto tra parola ed immagine sia necessario ed imprescindibile, Calvino individua allora due processi immaginativi antitetici: quello che dalla parola porta all'immagine e vede quest'ultima come conseguenza della parola, tipico della lettura, e quello che, al contrario, intende l'immagine come causa che porta alla parola, proprio della scrittura. Due distinti processi che, però, conducono Calvino a porsi un'unica domanda, la quale può, a sua volta, essere scomposta in un paio di interrogativi fondamentali: la letteratura, e quindi la parola, è in grado di rappresentare effettivamente ed efficacemente l'immaginazione? E, se è capace di farlo, in quale misura lo è? A questo proposito, Calvino avverte il lettore di come nel mondo contemporaneo "il problema della priorità dell'immagine visuale o dell'espressione verbale (che è un po' come il problema dell'uovo e della gallina) inclini decisamente dalla parte dell'immagine visuale"[5]. La priorità sembra essere, quindi, data all'immagine sulla parola. In realtà, lui stesso rileva come questi due processi, apparentemente contrastanti, siano complementari e strettamente collegati e come la parola scritta risulti alla fine l'elemento dominante:

> dal momento in cui comincio a mettere nero su bianco, è la parola scritta che conta (…) Sarà la scrittura a guidare il racconto nella direzione in cui l'espressione verbale scorre più felicemente, e all'immaginazione visuale non resta che tenerle dietro[6].

Ogni storia trova fondamento nella fantasia, in un'immagine che lentamente nasce e prende forma nella mente dello scrittore e da lì si sviluppa; è però la narrazione che ne segue, mentre si occupa di riformulare il significato delle immagini attraverso le parole, che riesce a dare un ordine e un senso allo sviluppo della storia:

> 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[7].

In maniera straordinaria, poi, lo scrittore conclude la sua quarta lezione sulla visibilità

[5] CALVINO, Italo. **Lezioni americane**. **Sei proposte per il prossimo millennio**. p. 97.

[6] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. p. 100.

[7] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. pp. 84-85.

svelando la sua predilezione per il mondo scritto: "*Comunque, tutte le "realtà" e le "fantasie" possono prendere forma solo attraverso la scrittura, nella quale esteriorità ed interiorità, mondo ed io, esperienza e fantasia appaiono composte della stessa materia verbale*"[8]. In queste parole, quindi, si rivela come la scrittura occupi una posizione privilegiata nell'ottica calviniana, considerato che secondo l'autore sia l'immaginazione che la realtà si possono tradurre in parole[9]. Magistrale, comunque, è la chiusa di questa lezione, laddove Calvino supera la dicotomia immagine/parola ricordando che la grandezza della letteratura consiste nella miracolosa capacità di trasformare "*le visioni polimorfe degli occhi e dell'anima in segni allineati fitti fitti come granelli di sabbia"*[10].

2. Come si è visto, dunque, attraverso il richiamo alla visibilità Calvino si rivolge alle generazioni future per esortarle a recuperare la facoltà di "pensare per immagini". L'immagine, che non può essere indicata in termini discorsivi o concettuali, ha origine nella mente e nella fantasia dello scrittore e da lì poi si sviluppa nella storia. Per questo, accanto all'immaginazione ed oltre la stessa, l'uso della parola scritta diventa per Calvino il veicolo essenziale per l'estrinsecazione dell'immagine. Nella letteratura, infatti, la narrazione non è altro che il tentativo di riformulare il significato di una rappresentazione, la quale è potente e intrisa di diversi significati, che vengono palesati attraverso la scrittura. E' solo nel momento in cui lo scrittore inizia a scrivere, "con segni allineati fitti fitti" - per usare le stesse parole calviniane - che si sviluppano concretamente tutte le possibilità dell'immagine, alla quale viene così attribuito un senso.

Nelle pagine di Calvino, inoltre, la visibilità, che lui stesso inserisce nell'elenco di valori e principi-guida che si augura pervaderanno il campo della letteratura del nuovo millennio, non risulta mai essere del tutto indipendente e svincolata dal suo opposto, ossia dall'*in-visibilità*. L'immaginazione appare, infatti, come il "repertorio del potenziale, dell'ipotetico", uno spazio sospeso in cui tutto è ancora possibile, molteplice, non-individuato e spesso invisibile. Per questo, nella prospettiva dell'autore, la parola, la scrittura e il linguaggio appaiono come "un fragile ponte di fortuna gettato sul vuoto"[11]. Si potrà concordare o meno sulla fragilità della parola scritta come

[8] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. p. 110.

[9] BELPOLITI, Marco. Calvino e la polvere: una lettura delle Lezioni americane. In: **Rivista di studi italiani,** Toronto, Canada. Anno XXI, n. 2, Dicembre 2003, p. 172. Disponibile in: www.rivistadistudiitaliani.it.

[10] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. p. 110.

[11] Si fa qui riferimento alle pagine delle Lezioni Americane in cui Calvino afferma che "la parola collega la traccia visibile alla cosa

strumento di manifestazione di immagini dense di significati, ma non si potrà dubitare della sua capacità di rendere visibile ciò che prima non lo era, di tradurre in concreta narrazione quello che ogni immagine è potenzialmente in grado di offrire.

In questo duplice binomio immaginazione/scrittura, visibile/invisibile, dunque, si situa l'importanza della lezione di Calvino sulla visibilità. Un'importanza che può facilmente trascendere il campo della letteratura e applicarsi in ambiti diversi, come ad esempio nel campo del diritto. Quest'ultimo si presenta come un fenomeno complesso, profondamente iscritto nell'esistenza umana, consistente in un insieme di regole, scritte e non, le quali sono presenti ovunque, anche quando non appaiono, quando risultano invisibili.

Ed è proprio al fine di superare il problema dell'invisibilità del diritto che, come nella letteratura, anche nella scienza giuridica è invalso l'uso di ricorrere, oltre alla parola scritta, ad immagini che consentano al diritto di essere visualizzato, di apparire, di mostrarsi. Ciò ha portato alla diffusione di una serie di "simboli" ed oggetti tipici (codici, libri, aule di tribunali, bilance indicative del peso della giustizia), attraverso i quali oggi il diritto si manifesta. Tale esigenza di accostare delle immagini al diritto, da sempre avvertita, ha riacquistato centralità nel panorama giuridico in seguito alla pubblicazione del libro *The Legal Imagination* di James Boyd White nel 1973[12], al quale va sicuramente il merito di aver dimostrato come la legge non sia una scienza esclusivamente testuale e come il giurista, non esaurendosi il suo compito nella mera interpretazione del dato letterale, possa fare ricorso anche ad altri strumenti, tra cui appunto le immagini[13]. Si è così aperta una nuova duplice riflessione per il giurista, che se da un lato si interroga sul modo in cui il diritto, le sue regole ed il suo linguaggio si intrecciano con il sistema di valori circostante, col contesto culturale e sociale in cui lo stesso è chiamato ad operare, dall'altro riflette sul ruolo che la letteratura, l'estetica, l'arte rivestono per la sua educazione, potendo esse stesse rappresentare e fornire nuovi strumenti di analisi critica del fenomeno giuridico. L'importanza di queste influenze nel processo di formazione degli interpreti del diritto emerge in tutta la sua pienezza e chiarezza dalle parole contenute nel passo di una lettera di un noto giudice

---

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", il cui significato è stato analizzato nel paragrafo precedente.

[12] WHITE, James Boyd. **The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression**. Boston (MA): Little, Brown & Co, 1973.

[13] Questa stessa idea ha portato alla nascita a partire dal XXI secolo in Paesi come la Germania, l'Austria e la Svizzera di quella nuova disciplina giuridica che prende il nome di "Legal Visuality".

statunitense che, rivolgendosi ad un suo allievo, afferma: "per un giurista non è meno importante coltivare le facoltà immaginative leggendo poesia, ammirando grandi quadri, nell'originale o in riproduzioni facilmente accessibili, ascoltando grande musica"[14]. Volendo in tal modo significare come, anche in campo giuridico, non sia sufficiente la sola conoscenza delle regole e degli istituti giuridici per avere la certezza di divenire un ottimo professionista. Per ottenere tale risultato serve, difatti, quel *quid pluris* che le *Lezioni Americane* di Calvino riassumono nell'idea di visibilità, ben potendo oggi l'opera della fantasia configurarsi anche nel campo del diritto come un laboratorio di emozioni in grado di cogliere la molteplicità della realtà e di stimolare delle riflessioni.

E' ovvio, poi, che la visibilità rappresenta un valore differentemente utilizzato nei singoli settori del diritto in cui interviene: così, ad esempio, nel diritto amministrativo essa diviene sinonimo di trasparenza[15], ossia di conoscibilità e controllo dell'attività della P.A.; in quello processuale, invece, viene intesa come valore umano fondamentale in grado di incidere direttamente sulle facoltà interpretative e percettive dell'organo giudicante nella risoluzione di un caso concreto, risultando strettamente collegata alla presenza di immagini ricorrenti nella prassi giudiziaria (una foto, un video, un'intercettazione).

Molte altre interpretazioni del rapporto tra visibilità e diritto potrebbero essere qui enucleate, ma ci si limiterà a questi semplici esempi al fine di lasciare spazio alle riflessioni di coloro che hanno animato la presente sessione, proponendosi di fornire delle possibili risposte all'interrogativo principale che ci siamo posti: può quel potere di "pensare per immagini" cui si appella Calvino rappresentare un valore da salvare anche per il diritto del Terzo millennio?

3. Ci siamo dunque chiesti se la visibilità calviniana, quale invito a recuperare l'uso della creatività e a pensare per immagini, possa oggi rappresentare un valore anche per il diritto e, più in generale, quale sia il rapporto tra diritto e visibilità. Uno sforzo di declinazione di tale rapporto è stato affrontato, in relazione ai diversi ambiti del diritto, dalle relazioni che compongono la presente sessione, pur nella consapevolezza che si tratta soltanto di alcune delle molteplici questioni che il giurista può trovarsi ad affrontare.

[14] Il riferimento è alla lettera del noto giudice statunitense della Corte Suprema Felix Frankfurter (1882-1956) destinata al suo allievo dodicenne Paul Claussen, che si legge in LONDON, Ephraim. **The Law As Literature**. New York: Simon and Schuter, 1960, traduzione di POZZO, Barbara, Law & Literature e diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White. In **Riv. Giur. ISAIDAT**, vol. 1, p. 3. 2010.

[15] Dal latino "*trans parere",* ovvero appunto far apparire, lasciar vedere, rendere conoscibile.

Il tema della visibilità può essere innanzitutto affrontato accogliendo la prospettiva degli studi di *Law and Literature* che, situati all'incrocio tra filosofia della politica, diritto e studi culturali, sono fioriti negli ultimi decenni anche in Europa insieme ad altri movimenti di *Law &*, come *Diritto e Estetica, Diritto e Immagine, Diritto e Cinema*[16]. Con specifico riguardo all'ambito del diritto comparato, l'accento è stato posto sulle dinamiche dello stile e sul linguaggio, forme di visibilità della legge che si pongono come regola efficace per lo studio del diritto comparato. Il linguaggio e i fattori stilistici del diritto, infatti, fanno emergere con forza l'aspetto della rappresentazione della legge, ossia del modo in cui l'invisibile e latente dimensione del giuridico si esprime tramite gli interpreti del diritto e gli altri attori sociali. Oltre la forma, però, la diversa estetica della legge che caratterizza differenti sistemi giuridici rivela la presenza di una dimensione ontologica che risiede oltre il testo e che, legandosi alle concrete espressioni della "legge visibile", può caratterizzarsi come vera e propria manifestazione del politico[17].

Sempre rimanendo nel solco degli studi di *Law and Literature*, il linguaggio della letteratura è stato considerato come un valido antidoto rispetto alle derive di un linguaggio giuridico spesso goffo ed abusato e che, come quello del brigadiere di Calvino, rinuncia così tanto al significato delle parole da divenire *antilingua*[18]. Più specificamente, è stata indagata in questa prospettiva la deriva del linguaggio usato dal diritto amministrativo che, criticato per la sua settorialità ed esasperata artificiosità, connota l'attività amministrativa come un'attività autoreferenziale della pubblica amministrazione, lontana dai bisogni del cittadino. Le proposte di riforma del linguaggio del diritto amministrativo, nel senso di una sua semplificazione, purificazione e riduzione, sono state vagliate usando quindi la lente della linguistica[19].

Visibilità e diritto possono essere inoltre osservati dal punto di vista del rapporto tra giustizia e letteratura. In particolare, si è presa in considerazione la "paura" che la parola colta di brocardi e citazioni letterarie può suscitare quando manca la piena conoscenza del suo significato e del contesto in cui è pronunciata. Specie nel campo del diritto penale, brocardi e citazioni letterarie sono oggi utilizzati in maniera disinvolta e spesso decontestualizzata negli atti del processo e nelle arringhe degli avvocati, e si traducono sovente in formule vuote dal punto di vista giuridico. Questo uso scorretto della parola colta ha portato il diritto ad una chiusura rispetto alla

[16] Per un focus generale sull'argomento di *Law &*, si vedano i numerosi contributi in *Pólemos*, n.1, p. 9-169. 2007.

[17] BALESTRIERI, Mauro. **Oltre la forma. Le dinamiche dello stile tra legge e letteratura**.

[18] CALVINO, Italo, L'antilingua. In **Una pietra sopra**, Torino: Einaudi, 1980,p. 122-126.

[19] VESE, Donato., **L'approccio della *Law and Literature* e l'apporto della linguistica al diritto amministrativo**.

stessa letteratura, dipinta come un oggetto estraneo e pericoloso e, specie nell'ambito del diritto e del processo penale, ritenuta responsabile di veicolare e alimentare i pregiudizi legati ad alcuni reati. Sviluppare l'immaginario giuridico tramite il contatto con la letteratura sembra essere, allora, una strada consigliabile per affinare il senso di giustizia degli operatori del diritto, abbandonare la rigidità del pregiudizio e delle generalizzazioni e, all'opposto, apprezzare sia gli elementi del giudizio sia gli individui in esso coinvolti nella loro fisionomia personale e peculiare[20].

Sempre nell'ambito del diritto penale, la ricostruzione di un crimine è spesso legata all'immediatezza delle immagini che i media trasmettono, in maniera a volte alterata, o a quelle testuali fornite dal legislatore; entrambe queste categorie di immagini sono in grado, infatti, di condizionare le percezioni dell'osservatore e determinare emozioni negative, quali paura o disgusto, che poi possono inibirne le facoltà interpretative. Una corretta e chiara interpretazione del fatto criminale, al contrario, dovrebbe spingersi oltre l'estetica dell'azione e confrontarsi poi con una realtà complessa e multidimensionale. In questa prospettiva, la visibilità calviniana intesa come potere di mettere a fuoco visioni "ad occhi chiusi" diviene l'elemento essenziale per consentire tanto al giurista quanto al giudice penale di cogliere pienamente i significati e le sfumature assiologiche delle condotte criminali, anche di quelle più sconcertanti. In campo penale, dunque, l'invito che può essere rivolto agli operatori giuridici è quello di recuperare la molteplicità del reale nella costruzione dell'azione delittuosa, oltrepassando ciò che è apparentemente visibile e sensibile e, quindi, affidando la propria capacità di orientamento a facoltà diverse dalla sola vista[21].

Una diversa lettura della visibilità calviniana può essere poi avanzata in relazione al ruolo che gli interpreti del diritto svolgono nel rendere visibile la legge e, in particolare, rispetto al crescente ruolo che i giudici, sia nazionali che sovranazionali, svolgono nel processo di produzione normativa e di affermazione di principi costituzionali. In particolare, con la formazione dello spazio sovranazionale europeo, si è assistito ad un sostanziale avvicinamento dei sistemi facenti parte della tradizione giuridica continentale, e ciò proprio in ragione del diverso ruolo ricoperto dai giudici costituzionali ed europei. In tali Paesi, quindi, si è assistito al superamento della concezione legicentrica del diritto, tipica dello Stato di diritto, in favore di quella che, al contrario, può essere definita come "giudizializzazione del diritto" e la quale vede nell'interprete della legge il principale

[20] PROVERA, Alessandro Benedetto, **Spunti per superare la "paura" della letteratura**.

[21] BACCO, Federico., **Visioni "a occhi chiusi": sguardi sul problema penale tra immaginazione , emozioni e senso di realtà**.

attore del processo denominato *politics of definition of law*[22]. La stessa importanza rivestono le Corti, sia europee che nazionali, nel rendere concretamente visibili e operanti alcuni principi costituzionali che, seppur riconosciuti nei Trattati europei e nelle Carte costituzionali nazionali, pongono problemi legati ai diritti e all'espressione delle minoranze nello specifico contesto socio-politico considerato, come è esemplificato dal caso del principio di laicità e della liberta religiosa nell'ordinamento giuridico turco[23].

Se il rapporto tra visibilità e diritto può essere esplorato dal punto di vista della legge e di coloro che la creano e la interpretano, lo stesso rapporto può essere indagato però anche dal lato dei *soggetti del diritto,* la cui soggettività è "resa visibile" dal diritto e dal suo linguaggio tecnico. Una riflessione critica sulla modernità sembra, quindi, in grado di far emergere le criticità delle classiche categorie concettuali del diritto e di mettere in luce il modo in cui queste sono state storicamente immaginate nelle diverse esperienze giuridiche. In particolare, il confronto con la modernità ha fatto emergere il mutamento e la crisi che il concetto di "persona" sta attraversando nel dibattito giuridico contemporaneo: in questo modo, non solo il "soggetto" come dispositivo filosofico-giuridico viene messo in discussione, ma l'intera realtà che lo circonda può essere riscritta e così consentire l'estensione di alcune garanzie giuridiche ad un numero più vasto di soggetti[24].

La visibilità nel diritto può identificarsi, infine, anche con il problema giuridico e politico della *visibilità del potere* nelle democrazie attuali. Il ricorso sempre più diffuso all'utilizzo di dispositivi di sorveglianza elettronica ha causato, infatti, un mutamento dei rapporti tra potere e diritto a livello nazionale, sovranazionale e transnazionale. In particolare, con la diffusione crescente della *mass surveillance,* è stato oggi superato lo schema tradizionale del *Panopticon* di Bentham per favorire l'instaurazione di un sistema di controllo reticolare, tipico dei moderni *social network,* nel quale gli individui sono sorvegliati mentre, a loro volta, hanno la possibilità di sorvegliare. Il problema che questa esasperata visibilità mette in evidenzia riguarda allora la diversa percezione dei diritti che questo nuovo esercizio del potere determina e le difficoltà relative alla protezione dei dati personali dei soggetti coinvolti[25].

---

[22] FELICIONI, Sofia., **La giudizializzazione del diritto (e del potere): patologia o evoluzione fisiologica dello Stato costituzionale?**.

[23] ARAT, Nilay, TOPUKCU, Asli, **Freedom of Religion in Turkey and its Constitutional and Administrative Consequences: Is There a Need to Develop a New Understanding?**.

[24] CIERVO, Antonello. **La maschera che dunque sono. Appunti per uno studio sul concetto giuridico di "persona"**.

[25] CATANZARITI, Mariavittoria. **Democrazia e sorveglianza elettronica *across the Atlantic*: una prospettiva comparata**.

4. Da quanto accennato, e come emergerà meglio dalle relazioni che seguiranno, appare evidente che visibilità e diritto siano termini profondamente interrelati e dialoganti, costitutivi di un rapporto suscettibile di molteplici declinazioni e che si presta all'adozione di prospettive diversificate di analisi. Se, dunque, le interpretazioni proposte non sono né potrebbero essere esaustive di tutte le possibili declinazioni di tale legame, le stesse fanno chiaramente emergere l'importanza di osservare il diritto tramite la lente della visibilità.

Una riflessione conclusiva su diritto e visibilità potrebbe allora ripartire da quelli che abbiamo descritto come i binomi costitutivi della visibilità calviniana: immaginazione/scrittura e visibile/invisibile. Una prima considerazione si può trarre in riferimento al binomio immaginazione/scrittura. Come si è visto, le immagini costituiscono per Calvino l'input del processo di costruzione della storia, mentre la parola ed il linguaggio rappresentano quel "ponte sopra il vuoto" che, sebbene fragile e di fortuna, è in grado di fare da tramite tra la fantasia dello scrittore e la realtà della narrazione. L'idea calviniana di visibilità sembra, dunque, quella di un repertorio di ipotesi e potenzialità, che possono essere realizzate o possono rimanere non svolte, ma che comunque sono a disposizione dello scrittore e della sua capacità di tradurle per il tramite della scrittura; in tal modo, la letteratura stessa sembra connotarsi come il regno del possibile, del molteplice, delle "visioni polimorfe degli occhi e dello spirito". Lo stesso può dirsi in relazione al diritto, rispetto al quale il binomio immaginazione/scrittura si rivela essenziale per tutti coloro che il diritto lo creano e lo interpretano, siano essi giudici, esperti di dottrina o avvocati. Attingendo, più o meno consapevolmente, al proprio immaginario, gli interpreti del diritto riescono infatti ad individuare soluzioni nuove e strade alternative rispetto ai sentieri tradizionali, in un costante sforzo di ripensamento critico di istituti e regole giuridiche.

Per quanto concerne, poi, il binomio visibile/invisibile, è innegabile il peso che esso esercita sul diritto e sul modo di pensare allo stesso. Così come per la letteratura la scrittura rappresenta uno strumento indispensabile per tradurre in concreta narrazione i potenziali e spesso invisibili significati di ogni immagine, così anche il linguaggio giuridico, unitamente ai suoi simboli tipici, costituisce il mezzo tramite il quale viene reso visibile ciò che prima non lo era, tramite il quale la legge, "invisibile onnipresente", viene visualizzata[26]. Allo stesso modo, tuttavia, il diritto può anche portare ad un processo opposto: può, infatti, col suo linguaggio, con gli stili e le tecniche e, soprattutto, mediante le narrazioni dei suoi interpreti, oscurare e nascondere ciò che prima era

[26] MONATERI, Pier Giuseppe, **Calvino e le Lezioni Americane: la Visibilità della Legge**, in questa raccolta.

visibile e manifesto, reinventare il passato e la tradizione, per dare legittimazione nel presente a canoni e ricostruzioni diverse.

In ogni caso, nella dinamica di questo doppio processo – da visibile ad invisibile, e ritorno - emerge con chiarezza il ruolo fondamentale di coloro che operano con il diritto e sul diritto, producendo rappresentazioni del mondo. In tale prospettiva, quindi, la domanda fondamentale non riguarda più quale sia il ruolo e la funzione di una data rappresentazione, ma chi produce tale rappresentazione, secondo quale schema e per quale motivo. Un interrogativo quest'ultimo che si collega strettamente al ruolo che l'immaginazione degli interpreti ha sulla possibilità di orientare le narrazioni e le azioni.

Sulla base di quanto osservato sembra allora che la visibilità sia un valore da salvare non soltanto per la letteratura ma anche per il diritto del Terzo millennio. Più che un valore che funge da guida per il diritto, però, la visibilità calviniana chiama in causa l'essenza stessa del diritto, il suo ruolo e quello dei suoi interpreti all'interno della società. Il messaggio che la visibilità di Calvino consegna al diritto è infatti un invito al *giurista-visionario* ad usare l'immaginazione come un repertorio di possibilità alle quali attingere con agilità e leggerezza, a rivolgersi all'immaginario di ogni giorno con sguardo interdisciplinare e superare così i rigidi confini di un sapere esclusivamente accademico e, in definitiva, ad acquisire una maggiore consapevolezza dell'importanza del proprio ruolo trasformativo della realtà.

Come per la letteratura del nuovo millennio, quindi, la visibilità chiede oggi al diritto di emanciparsi da una dimensione puramente interna e riconoscere la sua reciproca influenza con altre aree del sapere. Nell'accostare immagini e diritto la vera sfida diviene allora quella di "tessere insieme i diversi saperi e i diversi codici in una visione plurima e sfaccettata del mondo", una sfida che è stata pienamente accolta dai nostri relatori. Lasciamo allora la parola alle loro relazioni e alla loro immaginazione giuridica.

FREEDOM OF RELIGION IN TURKEY AND ITS CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE CONSEQUENCES: IS THERE A NEED TO DEVELOP A NEW UNDERSTANDING?

Nilay Arat[1]

Aslı Topukcu[2]

INTRODUCTION

The principle of laicism has been having a constitutional value in Turkish legal system since 1937; and cited in the Constitutions of 1961 and 1982. The Article 2 of the Constitution of 1982 adresses the concept as one of the basic caracteristics of the Turkish Republic. The period which began in 1922 called *Turkish Revolution* is created a brand new establishment, constitution and legal system with large scale reforms about the economics, legal system, cultural life and political life. The main objective of Turkish Revolution is especially based on the modernisation and laicism.

As the Turkish Constitutional Court (hereinafter TCC) considers that Ottoman-Turkish Constitutionalism signifies a transition from theocracy to laicism; the Court underlines a concept called *"special dimension of laicism in Turkey"* taking Turkish modernisation into account. Laicism is the essence of the philosophy of the Turkish Republic is based on.

Our study will mainly focus on the special dimension of the laicism in Turkey and on the main problems arised from the constitutional provisions regarding the freedom of religion. In this context, the legal situation of religious minorities, the compulsory religion lessons and the provision which establishes the Presidency of Religious Affairs (hereinafter PRA) will be explained from the point of constitutional and administrative law. Apart from these explanations, there is another problematic issues in Turkey concerning the principle of laicism such as the headscarf issue; however this is not arised from the constitutional provisions. Our study will lastly end with some concluding remarks.

[1] Asst. Prof. Dr. Kadir Has University (Istanbul), Department of Administrative Law.

[2] Res. Asst., Kadir Has University (Istanbul), Department of Constitutional Law.

1. EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF LAICISM IN TURKEY

Before the establishment of Turkish Republic, Ottoman Empire was an absolute monarchy until the XXth century and the state was based on islamic religious rules.

The first constitution of Ottoman Empire was the Constitution of 1876 (Kanun-i Esasi) and the religion of the state was defined as islam. However, the Constitution provided that the state would protect the free exercise of faiths professed in the Empire and uphold the religious privileges granted to various bodies, on condition of public order and morality not being interfered with (Art. 11).

An evolution concerning the freedom of religion in real terms had been realised after the period which began in 1922, called *Turkish Revolution* period. The revolution was based on a social and political project and its main objective was the modernisation.[3] In 1937 the principle of laicism had been accepted as a constitutional principle. In going back, we come across with "islam" as the official religion of the state in the Constitution of 1924 (as was the same case in the Constitution 1876). In 1928 such wording had been abondoned and at last the principle of laicism has been provided in the Turkish constitutions since 1937 and it has being provided in the entrenchment clause as a characteristic of Turkish Republic since the Constitution of 1961.

The principle of laicism is one of the basic characteristics of the Turkish Republic as mentioned in the Art. 2 of the Constitution of 1982 (the constitution in force). Turkey originates its laicism model from French system, with a distinctive feature that the role of the state on religions and religious rights and freedoms are enjoyed through the State in Turkey.[4] One of the outcomes of enjoying religious rights and freedoms through the state in Turkey could be said to be the Institution functioning under the general administration, called Presidency of Religious Affairs (Diyanet İşleri Başkanlığı- hereinafter PRA).[5] Critics have been made and such critics are mainly centered on the PRA regarding its impartial functioning by promoting only Sunni İslamic belief.[6]

---

[3] TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (Ottoman-Turkish Constitutional Developments)**, 11th Edition, Istanbul: Yapı Kredi Yayınları 2004, p. 326.

[4] ÖZBUDUN, Ergun, **Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı (Democratization Process in Turkey: Constitution-Making and Constitutional Review)**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, p.105-106.

[5] "***I. Presidency of Religious Affairs***

ARTICLE 136- *The Presidency of Religious Affairs, which is within the general administration, shall exercise its duties prescribed in its particular law, in accordance with the principles of secularism, removed from all political views and ideas, and aiming at national solidarity and integrity.*" For detailed examination of the PRA see; TARHANLI, İştar B., **Müslüman Toplum, "laik" Devlet: Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı (Muslim Society "laic" State: Presidency of Religious Affairs in Turkey)**, İstanbul: AFA Yayınları, 1993.

[6] TANÖR, Bülent–YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku (Turkish Constitutional Law According to**

Besides, institutional wise the PRA was the subject of critics as being attached to the prime ministry; which in turn breaches separation of state and religion. Such consideration is not compatible with the principle of laicism. However, the TCC held that PRA being part of the general administration is not unconstitutional.[7] In this decision TCC is based on the differences between Christianity and Islam. The Court highlights that the Islam includes the rules concerning not only the religious belief but also it includes the rules concerning the society, state affairs and the legal system. In this context, the Court considers that the establishment of the PRA within the general administration is not unconstitutional because of the conditions and necessities of the Turkish state.

Regarding the place of the PRA, being a part of the general administration, a provision enshrined in the Law of Political Parties (Article 89) as, political parties are not allowed to pursue an interest against the place of the PRA in the general administration. Such provision was discussed in few decisions of the TCC[8] on dissolution of political parties; however the decisions are not consistent and clear. What the TCC put forths is parties could not include provisions in their programme suggesting any replacement for PRA. As, the idea to have an institution attached to the general administration is to take religious affairs as a public service as having it in State's hand is for public interest. Therefore, parties having provisions stating that "State could not interfere with the religious affairs, religion would be in hands of religious communities" in their political programme is unlawful. Which is not clearly stated in the TCC decisions could be summarised as institutionalisation of the PRA could not be touched, and functions of it could not be transferred to any other entity.

As, the PRA is attached to the general administration and financially supported by[9] it, PRA has to embrace all religious activities equally. In this context, one of the foremost issues would be the Alevism and the legal statute of Alevi sanctuary called cemevi (djemevi).[10] On that issue few court decisions help us to take the issue in hand. One of the decision of the Turkish High Court of

---

the Constitution of 1982), 12th Edition, Istanbul: Beta, 2012, p. 98-99; ÖZBUDUN, Ergun, "Laiklik ve Din Hürriyeti (Laicism and Freedom of Religion)" In: GÖZTEPE, Ece-ÇELEBİ, Aykut (Eds.), **Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler (Democratic Constitution, Remarks and Recommendations)**, Istanbul: Metis Yayınları, 2012, p. 187.

[7] TCC Decision, 1970/53 – 1971/76, 21.11.1971.

[8] TCC Decision, 1993/1 - 1993/2, 23.11.1993; TCC Decision, 1996/3 - 1997/3, 22.05.1997; TCC Decision, 1997/2 - 1999/1, 26.02.1999. See also; YAZICI, Serap, **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye (Turkey in Democratization Process)**, Istanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, p. 56-59.

[9] The budget of the PRA is mostly much more than a lot of ministry's budget.

[10] Alevi religious practices differ from those of the Sunni. Alevis do not pray by the Sunni rite, they do not attend mosques, but meet regularly in cemevi for ritual ceremonies.

Appeals (Yargıtay)[11] is regards on registration of a foundation of Alevis by using "Cem" in its registration name. In this case the Court underlined that "Cem" means "regular meetings of Alevis which are considered as constituting a large part of the Turkish population" and held that such a wording would not make existence of the foundation unlawful.

In addition, in a recent decision of the European Court of Human Rights (ECtHR) "Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey"[12], a religious foundation called Foundation for Republican Education and Culture dedicated to the practice of Alevism requested exemption from paying electricity bills, as there exists a piece of legislation consisting provisions[13] that the electricity bills for sanctuaries would be paid by the PRA. The Foundation alleged that consideration of Alevi sanctuaries out of the scope of that legislation violates the European Convention on Human Rights(ECHR). The ECtHR, decided that exclusion of cemevis from the coverage of exemption would constitute different treatment on the ground of religion. Finally, ECtHR, found violation of prohibition of discrimination (Art. 14) taken together with the right to freedom of thought, conscience and religion(Art. 9).

After the above-mentioned discussions it has to be underlined that neither of the constitutions of Turkish Republic provide a definition of laicism. For that reason, the concept is needed to be interpreted. The main organ which takes into hand the interpretation of the principle is the TCC since the period of the Constitution of 1961. In its rulings, the TCC mostly refers to the separation of the state and religious institutions[14] as basis of principle of laicism and it underlines that laicism has a special dimension in Turkey, especially taking into account its close link with the concept of modernisation of Turkey, while mentioning that laicism is the basic essence of the philosophy of the Turkish Republic and Constitution.[15]

Moreover, the Article 10 of the Turkish Constitution of 1982 provides for equality before the law. In this context, religious discrimination is excluded by the Constitution. Therefore, laicism could be regarded as the guarantee of the freedom of religion of the different religious believers

[11] Yargıtay, 18th Civil Law Branch Decision, 1995/717 - 1995/1097, 31.01.1995. On the same way see; Yargıtay 2nd Civil Law Branch Decision, 2000/6544 - 2000/6931, 24.05.2000.

[12] Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey, Judgment, 32093/10, 20.04.2015.

[13] Cabinet Decree, 2002/4100, Official Gazette, 23.05.2002, 24763. Article 2/f limits the sanctuaries as mosques, small mosques, churches, sinagogs.

[14] TCC Decision, 1986/21 – 1986/26, 04.11.1986.

[15] The ECtHR also assests the significance of the laicism principle in Turkey in parallel with the TCC. See; Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Grand Chamber Judgment, 41340/98 - 41342/98 – 41343/98 and 41344/98, 13.02.2003, par. 90-95, 126-128; Case of Leyla Şahin v. Turkey, Judgment, 44774/98, 10.11.2005, par. 112-114.

and also for non-believers. Furthermore, the Turkish Constitution of 1982 ensures the freedom of religion and conscience as a fundamental right (Art. 24).[16]

2. MAIN ISSUES FACED IN PRACTICE REGARDING THE PRINCIPLE OF LAICISM IN TURKEY

The main issues regarding the principle of laicism in Turkey especially concern religious communities such as Alevis, Assyrians and Yezidis which are not recognised by the Lausanne Treaty.[17] In this context, issues regarding the dress code, the religious education, the religious practices and the expression of the religious identity should be explained.

2.1 Issues Regarding the Dress Code[18]

Headscarf issue in Turkey has been discussed for a long time since 1980's. Even before, wearing headscarf in university level education was banned for several times by different universities. In addition, such a ban took place in regulations of the High Education Board. Moreover, (I.) Özal Administration amended the Code of High Education in order to solve the

[16] "***VI. Freedom of religion and conscience***

ARTICLE 24- *Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction.*

Acts of worship, religious rites and ceremonies shall be conducted freely, as long as they do not violate the provisions of Article 14.

No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions.

Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives.

No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings, or things held sacred by religion, in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political interest or influence, or for even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets."

[17] According to Turkish Law only the non-muslim minorities cited in Lausanne Treaty (Greek Orthodox Christians, Armenian Christians and Jews) are recognised as minorities and they are subject to certain regulations under Turkish Law regarding especially their religious rights (Art. 37-45 of the Lausanne Treaty). These regulations provide that non-Muslim minorities in Turkey have their own foundations, associations, schools, hospitals, etc. In these minority schools, education may be given in the minority's own language. See; BOZKURT, Gülnihal, "Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar (Minorities in Turkish History of Law)", **Journal of Ankara University Faculty of Law**, Vol. 43, No: 1-4, 1993, p. 57; ORAN, Baskın, "**Türkiye'de Azınlıklar: Kavramlar, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama (Minorities in Turkey: Concepts, Lausanne, Domestic Legislation, Jurisprudence, Practice)**", Istanbul: Tesev Yayınları, 2004, p. 36-38.

[18] For detailed explanation see; ALTIPARMAK, Kerem-KARAHANOĞULLARI, Onur, "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun" (Pyrrhus Victory: Leyla Şahin/Turkey, ECtHR/Law, Regulation/Legislation), **Journal of Law and Justice**, Year: 1, No. 3, July-September 2004, p. 249-276; ÖZENÇ Berke, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü (European Convention on Human Rights and Freedom of Religion)**, İstanbul: Kitap Yayınevi, 2005; ALTIPARMAK, Kerem-KARAHANOĞULLARI, Onur, "After Şahin: The Debate of Headscarf Is Not Over", **European Constitutional Law Review**, Vol. 2, 2006, p. 268; Ergun Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti (Laicism and Freedom of Religion)" In: GÖZTEPE, Ece-ÇELEBİ, Aykut (Eds.), **Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler (Democratic Constitution, Remarks and Recommendations)**, Istanbul: Metis Yayınları, 2012, p. 200-227.

issue, however this initiative was vetoed. Following year (2.) Özal Administration made a new amendment to the aforementioned Code, which was brought before the TCC by the President of Turkey. The clause amended the Code of High Education laid out that "It is compulsory to wear contemporary/modern clothing in the university campuses. It is abeyant/free to wear headscarf or cover neck and hair by reason of religion". On that clause the TCC ruled that;[19]

- Clauses based on religion cannot stand before the Constitution. Any initiative against the principle of laicism, having constitutional privilege, and laic education system cannot be considered as a democratic right. All rights and freedoms have to be considered based upon the principle of laicism.

- To let free headscarf based on religion, such mentioning is in one way could be taken as a pressure. To compel individuals regarding headscarf would result in divergence in between people in different or even in same religion.

- Despite whether it is compatible with Islam or not, to enable headscarf based on religion would mean that the State which has to rule under law uses its ruling power under religious approval. Such a regulation or clause also constitutes interference of the State in religion, which in turn results in religious getting in drawn to political area.

Therefore, the TCC abolished the amendments by ruling that the clause was unconstitutional by being contrary to the preamble, Articles 2 (rule of law), 10 (equality) and 24 (right to education) of the Turkish Constitution.

The third attempt by the parliament was a new amendment to the Code of High Education articulating that "Clothing is free in universities, as long as it is not contrary with laws in effect" and "Any disciplinary measures taken in universities before promulgation is this law regarding clothing shall be removed with all of their consequences". The TCC did not find such clause unconstitutional considering Article 10 (equality).[20]

The issue was brought up to courts in supranational level with Karaduman v. Turkey, Bulut v. Turkey and Leyla Şahin v. Turkey in the late 90's by university students. However for the first two of the cases the EComHR found them inadmissible; however the latter was considered and examined by the EComHR on merits. The whole story began with a circular/memorandum issued

[19]TCC Decision, 1989/1 - 1989/12, 07.03.1989.

[20] TCC Decision, 1990/36 - 1991/8, 09.04.1991.

by the University of Istanbul that instructed lecturers to refuse access to lectures and examinations to students. In this context, a female medical school student Leyla Şahin received disciplinary measures ("warning" and "suspension") as a result of nonobediance to and protesting of the abovementioned circular. She brought "suspension" decision before the Turkish Administrative Courts, however her case was denied. In the meantime a repentance law has been issued that covers her punishments.

In addition Leyla Şahin brought up her case before EComHR alleging breach of articles 8, 9, 10, 14 and article 2 of the Protocol No.1 of the ECHR. EComHR did not found a violation of rights under ECHR in its decision and set out that[21]:

- Wearing headscarf is considered under freedom of thought and faith;

- The regulations (circular) issued by the University constituted a restriction on right to education; however "the restriction was foreseeable to those concerned and pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and maintaining public order (…). The obvious purpose of the restriction was to preserve the secular character of educational institutions."

In its reasoning, EComHR referred to former decisions of the TCC regarding headscarf ruling.[22]

This case of EComHR could be criticized in many different points, however one leading point that has to be raised up is lack of consideration regarding right to education by the EComHR.[23]

On the same parallel University regulation banning headscarf was brought before Turkish Administrative Courts by other students as well. In a different case[24], which has not brought before the ECtHR, first instance court found violation by referring right to education and it was set out that such a right cannot be restricted by a regulation that is not provided under Law of Higher Education and Student Discipline Regulations. However, Turkish High Administrative Court (hereinafter Danıştay) reversed the case by referring to the "laicism" principle set out in the 1982

[21]Leyla Şahin v. Turkey, Judgment, 44774/98, 10.11.2005.

[22] TCC Decision, 1989/1 - 1989/12, 07.03.1989; TCC Decision, 1990/36-1991/8, 09.04.1991.

[23]On the same direction see; ULUSOY, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar" (Notes on the Decisions of the ECtHR on the Ban of Headscarf in the Universities), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Journal of Ankara University Faculty of Law)**, V. 53, No. 4, 2004, p. 125-134, p.130-132.

[24]Danıştay 8th Branch Decision, 1999/3772 - 2000/2293, 28.03.2000.

Constitution by stating that in places where education takes place there shall not be any sign or indication regarding religious beliefs, and added that University is under duty to act in order to avoid any contradistinctive practice in conflict with public order of higher education.

The issue was brought before the TCC once more after the EComHR decision. In that case, a constitutional amendment was brought before the TCC, expressing that "No body shall be deprived of its right to (high) education in cases where there is no explicit reasoning in Law. Limits of enjoyment of such right shall be laid down by Law". In its reasoning[25] the TCC, besides the arguments whether the Court is entitled to decide a case regarding a constitutional amendment, referred to the case law of ECHR. Leyla Şahin v. Turkey, Dahlab v. Sweden and Refah Partisi v. Turkey cases were mentioned and it was stated by the TCC that, the ban on headscarf considering the conditions of Turkey consists repressive measures in order to provide "protection of others' rights and freedoms", "public order and security". The TCC pretty much decided with the same reasoning as the EComHR did in Şahin v. Turkey.

Long after such rulings and recently the High Education Board quashed the ban and published an order stating that students wearing headscarf shall sit in their classes and exams. Since than, headscarf –officially, though not legally – free for university students. Despite the hierarchy of laws all of the universities in Turkey lets students wearing headscarf in the campuses.[26]

Besides the debate on headscarf issue for university students another discussion was centered on religious vocational high schools (so called imam hatip high schools).[27] Regarding this issue the ECtHR examined the case Köse and 93 others v. Turkey[28], it was asserted by the applicants (imam hatip high school students and their parents) that the female students should

[25] TCC Decision, 2008/16 - 2008/116, 05.06.2008.

[26] GENÇ Özge - İLHAN Ebru, **Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler (Assesments and Suggestions on Headscarf Ban)**, Tesev Democratisation Program, http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/12046BasortusuYolHaritasi24_04_12.pdf

[27] At this point it has to be expressed that imam hatip high schools have long been a part of Turkish education system and discussion point regarding the principle of laicism. As imam hatip high schools have a detailed historical background, the authors will not take the issue in hand eloboratively. In a nutshell, the story of the imam hatip high schools started with being only vocational high schools to educate students to further continue with their studies in faculty of theology and become religious officials/functionaries. However, it turned out to be the imam hatip schools became the alternative of the regular high schools with some legal changes. Such schools were critisized on giving education according only to sunni islamic belief. In addition, as women could not become religious official/functionary under islam, such schools were also critisized on accepting women as students. See ÖZBUDUN, **Türkiye'de Demokratikleşme Süreci**, p.113-114; TOPUKCU Aslı, "İmam Hatip Liseleri'nde Başörtüsü Sorunu Üzerine Bir Karar İncelemesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Köse ve Diğer 93 Başvurucu Kararı (Headscarf Issue in İmam-Hatip Schools: An Analysis of Köse and 93 Others Case of ECtHR", **Maltepe University, Journal of the Faculty of Law**, 2011/1-2, Istanbul: Seçkin Yayınları, 2011, p. 171-182.

[28] Köse and 93 others v. Turkey, Judgment, 26625/02, 24.01.2006.

ware headscarf in the classes by right to education (Protocol No1. Article 2). As the legislation gives a ground for headscarf only during the Koran lessons the ECtHR does not found a violation by stressing that as such schools are not religious schools and part of the laic education system, such legislation would not give an exemption for those having education in imam hatip high schools and leaves the subject to the margin of appreciation of the state.

Afterwards, as it was solved officially, the headscarf issue had been started to discussed for public officers. And recently, "Regulation on Clothing of Public Personnel"[29] was changed and a clause stating "… heads of female personnel shall always be open on duty" removed. Such removal interpreted as giving green light to headscarf for public officials on their duties.

Moreover, lately, the TCC decided on a case regarding wearing of headscarf by attorneys.[30] The Court ruled on legality of headscarf in Court rooms by attorneys. In its reasoning the TCC took the issue in hand by examining first the legality, and then equality and right to freedom of religion and conscience. The TCC, by referring hierarchy of norms, found that the prohibition of wearing headscarf of attorneys is not prescribed by law. Therefore a provision in regulations by Turkish Bar Association does not give a ground for such a ban. Then, the TCC found that such a prohibition would constitute a discrimination against the ones that wears headscarf while comparing with the ones of not wearing it. Finally, the TCC decided that there is a violation of right to freedom of religion and conscience (Article 24) and the principle of equity (Article 10).

2.2 Issues Regarding the Religious Education

The Constitution of 1982 provides that the religious culture and moral lessons are compulsory for primary and secondary school students (Art. 24).[31] On the same direction, obligation to attend compulsory religion lessons are enshrined in the *Basic Law of National Education No. 1739*.[32] On that issue, critics have been made as such compulsory courses implicates

[29]For details of the amendment see; Official Gazette, No. 28789, 08.11.2013.

[30] TCC Decision (Individual Application), 2014/256, 25.06.2014.

[31]"***VI. Freedom of religion and conscience***

ARTICLE 24-

(…) Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives. (…)"

[32] "*IX – Laicism:*

Article 12 - *Laicism is the basis of Turkish national education system. Religious culture and moral shall be among the compulsory*

the indoctrination of the Sunni Islam.[33] The issue has been discussed by the cases of the Danıştay by Alevi citizens.[34] In its case law Danıştay found the compulsory religious culture and moral lessons as incompatible with the principle of laicism, as it found lack of objective and equal approach to all religions and beliefs.[35] This reasoning of Danıştay follows the *Case of Hasan and Eylem Zengin v. Turkey* of the ECtHR.[36] In this case, the applicant Hasan Zengin and his family which are following Alevism submitted a request to the State in order to have his daughter Eylem Zengin an exemption from religious culture and moral lessons while alleging that such lessons are not compatible with the principle of laicism. The Court stated that the religious culture and moral lessons in Turkey cannot be considered as satisfying the criteria of objectivity and pluralism.[37] In addition, the Court found that the exemption procedure in Turkey is not convenient, therefore cannot be considered as a protection which satisfies the parents right to ensure the education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions[38] and the ECtHR decided that the Art. 2 of the Additional Protocol No. 1 (right to education) is violated.

The ECtHR, went a step further in one of its recent decision; *Mansur Yalçın and Others v. Turkey*.[39] The case is also about the content of the compulsory religious culture and moral lessons was based only on the Sunni understanding of Islam. The ECtHR underlines that there had been significant changes in the Turkish education system as regards to the compulsory religious culture and moral lessons after Hasan and Eylem Zengin Case, however the ECtHR indicated that such changes still lack of sufficient measures particularly on the exemption method.[40] Therefore the ECtHR founds violation on the Art. 2 of the Additional Protocol No. 1.

---

subjects taught in primary and upper secondary schools and in schools of an equivalent level."

[33] ÖZBUDUN, **Democratization Process in Turkey**, p. 107.

[34] A possibility for exemption was introduced by the Supreme Council for Education's decision of 09.07.1990. According to that decision, only children "of Turkish nationality who belong to the Christian or Jewish religion" (the religious minorities recognised by the Lausanne Treaty) have the option of exemption, provided they affirm their adherence to those religions. However, this exemption is also not compatibale with the principle of laicism as it necessitates the expression of the religious beliefs and opinions.

[35] See; Danıştay 8th Branch Decision, 2006/4107 – 2007/7481, 28.12.2007; Danıştay 8th Branch Decision, 2007/679 – 2008/1461, 29.022008; Danıştay 8th Branch Decision, 2007/8365 – 2009/3238, 15.05.2009.

[36] Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, Judgment, 1448/04, 09.10.2007.

[37] Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, par. 70.

[38] Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, par. 76.

[39] Mansur Yalçın and Others v. Turkey, Judgment, 21163/11, 16.09.2014.

[40] Mansur Yalçın and Others v. Turkey, par. 63-66.

2.3 Issues Regarding the Expression of the Religious Identity

According to the Law on Civil Registration, the religious belief of the citizen is one of the elements which should be written on the identity cards (Art. 7).[41] However, as mentioned on the Art. 24 of the Constitution of 1982, no one shall be compelled to reveal religious beliefs and convictions and it is discussed that the regulation on the Law on Civil Registration is incompatible with the constitution and the principle of laicism. In this context, a case brought before Danıştay has been referred to the TCC for the annulation of the Art. 7 of the Law on Civil Registration. However, the TCC assessed that the Art. 24 of the Constitution prohibits only the necessity to express the religious beliefs and the Art. 7 is not unconstitutional.[42]

After ten years, in 2005, a similar case brought before the ECtHR. According to the case of *Sinan Işık v. Turkey*[43], the applicant Sinan Işık is a member of alevi religious community. He stated in his application that his identity card, issued by the registrar of births, marriages and deaths, contained a religion box which indicated islam, even though he was not a follower of that religion. He applied to the administrative and judicial authorities seeking to have his identity card feature the word alevi rather than the word islam; however his request has been overruled by the national court based upon the opinion of the PRA which described alevism as an interpretation of islam. After exhausting domestic remedies, Sinan Işık applied to the ECtHR alleging that the Article 9 of the ECHR has been violated.

The Court assessed that in accordance with the domestic legislation, the applicant, like all Turkish citizens, was obliged to carry an identity card including his religion. The identity card had to be shown at the request of any public authority or private enterprise requiring identification of the holder. In this context, the indication of religious beliefs in official documents such as identity cards exposes the bearers to the risk of discriminatory situations in the relations with the state

---

[41] *"**The Personal Informations that the Civil Registers Shall Contain***

***Article 7-** The civil registers shall contain the following information concerning individuals and families ...*

(a) Information concerning civil status:

(1) Forename and surname, gender, forenames and surnames of parents, maiden name;

(2) Place and date of birth and date of registration (year, month and day);

(3) Corrections ...

(b) Other information:

...

(2) Religion;

..."

[42] TCC Decision, 1995/17 – 1995/16, 21.06.1995.

[43] Case of Sinan Işık v. Turkey, Judgment, 21924/05, 02.02.2010.

authorities.[44] According to the ECtHR, leaving blank the information concerning the religious belief in the identity cards has a specific connotation. Bearers of identity cards which do not contain information concerning religion would stand out, against their will and as a result of interference by the authorities, from those who have an identity card indicating their religious beliefs.[45] Also it is stated that no one shall be compelled to reveal his/her religious believes and convictions.[46] As a conclusion, the Court decided that the Art. 9 of the ECHR, right to freedom of thought, conscience and religion, has been violated due to the abovementioned reasons.

CONCLUSION

Having realised Kemalist Revolution and adopting the principle of laicism, Turkey differs from the other states with muslim population majority. Laicism has a specific characteristic as it indicates the transition from theocracy to democracy and complements the main principles of the modernisation in Turkey.

The main issues discussed in Turkey regarding the principle of laicism are the compulsory religion lessons and the headscarf issue. Concerning the compulsory religion lessons, based on the ECtHR decisions and the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, there has not been yet any legal step taken. This issue even has not been discussed in recent constitution-making process after 2011 general elections.

Concerning headscarf issue the legal fragment is set out by the court decisions including Danıştay, TCC and ECtHR. However, the debate over the issue is still ongoing. In that sense, by administrative measures, the area has been regulated recently. What is important here is, to have a concrete criteria. It could be suggested such a criteria "the subjects of the public service". There should be a line drawn between the provider and the beneficiary of the public service which in turn would reach the level of neutral administration.

The principle of laicism finds its place in last two constitutions of Turkey, almost half a century, in the entrenchment clause. There is an ongoing debate regarding the abolishment of the entrenchment clause. The will of the Erdoğan Administration is a new understanding of laicism centered on "*amplified freedom of religion*". In other words, such understanding would finds its

[44] Case of Sinan Işık v. Turkey, par. 40-41.

[45] Case of Sinan Işık v. Turkey, par. 51.

[46] Case of Sinan Işık v. Turkey, par. 42.

meaning in a system even an engagement of the state with the religion, as in the case of PRA, does not exist.

Finally, a conclusion could be drawn as giving a suggestion. Today in Turkey, the main problem arising from the Constitution concerning the principle of laicism is the indoctrination of Sunni Islam through institutionalisation and functioning of the PRA. In this context the legal statue of PRA should be reconsidered providing its impartiality.

There has been long debate in having a new constitution in Turkey. In that sense, as regards to laicism both compulsory religion lessons and the status of the PRA has to be considered and clearly put forth in the new constitution. A legal background at least guarantees a scheme in accordance with the supranational undertakings of Turkey on human rights that arises from International Conventions and with the principle of laicism has to be provided.

VISIONS 'WITH EYES SHUT': VIEWS ON PENAL PROBLEMS BETWEEN IMAGINATION, EMOTIONS AND SENSE OF REALITY[1] [2]

Federico Bacco[3]

1. SIX MEMOS FOR THE NEXT MILLENNIUM BETWEEN LITERATURE AND LAW

Lightness, quickness, exactitude, visibility, and multiplicity are concepts[4] Italo Calvino considers core values inspiring literature in its transition toward the second millennium,[5] and on which he focuses his 'Six Memos for the Next Millennium'. These qualities should be kept in mind for the coming future, but not as vainly contemplative elements, rather as adjustment strategy to a world that seems to promise new cognitive, expressive, and imaginative maps.

Considerations in the Six Memos, whose main goal is to investigate 'dynamics of possibility', may be instilled into areas of knowledge distinct from literature and constitute an interesting source of ideas also for law. The literary sphere and the legal phenomenon have an osmotic relationship to the social realm, that is, characterized by a stream of alternating dynamics of mutual influence and adjustment; law is also committed to 'building' thoughts and images in response to constantly changing social demands: literary and legal narratives are formalized attempts to structure reality by means of language.[6]

---

[1] Translated from Italian by Silvia Salardi.

[2] I owe a special debt of thanks to Professor Domenico Pulitanò who took time to answer my questions also in the occasion of this work. I also would like to thank Lorenzo Natali, who has generously shared with me images and words, and also Lara Ferla, Giandomenico Dodaro, Alessandro Corda, Oriana Binik, who all discussed with me previous versions of this paper.

[3] Federico Bacco, Research Fellow in Criminal Law, Department of Legal Systems, University of Milano-Bicocca.

* Translated from Italian by Silvia Salardi.

** I owe a special debt of thanks to Professor Domenico Pulitanò who took time to answer my questions also in the occasion of this work. I also would like to thank Lorenzo Natali, who has generously shared with me images and words, and also Lara Ferla, Giandomenico Dodaro, Alessandro Corda, Oriana Binik, who all discussed with me previous versions of this paper.

*** Federico Bacco, Research Fellow in Criminal Law, Department of Legal Systems, University of Milano-Bicocca.

[4] The sixth concept, consistency, was part of the project, but never developed.

[5] CALVINO, Italo. **Six Memos for the Next Millennium**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

[6] WEISEMBERG, Richard H. Voce Diritto e letteratura, in **Enciclopedia delle scienze sociali**, vol. II, Roma: Treccani, 1993. p. 106. See PASCUZZI, Giovanni. **La creatività del giurista**, Bologna: Zanichelli, 2013. pp. 27 ff. Deep connections may be found in the fecund sector of discussion known as 'Law and literature'. For a synthesis on the topic see also FORTI, Gabrio, La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica. In **Criminalia**, 2013, pp. 39 ss. In the Italian context, topics concerning 'Law and Literature', developed according a peculiar approach, may be found in the recently published studies in FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna. **Giustizia e letteratura**, I. Milano: Vita&Pensiero, 2012; FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna. **Giustizia e letteratura**, II. Milano: Vita&Pensiero, 2014

Interactions between perspectives of adjustment to the future described by Calvino and the search for responses to the problems of coexistence characterizing the legal phenomenon, in particular penal law of the late-modern age, may be built on this common ground.

2. VISIBILITY: OBJECTIVE CONDITIONS AND THE ABILITY OF THE OBSERVER

The concepts developed by Calvino transcend a strictly technical dimension in terms of elaboration and weaving of the plot, and are theorized as guidelines for approaching literature in the new millennium. The purpose of these concepts is not to identify topics to deal with or styles to be adopted. Rather they suggest coordinates for reading and decoding reality, which are instrumental in thinking of literature before constructing narratives. These concepts could also inspire further considerations regarding penal problems, despite the fact that the terms like 'lightness', 'quickness', 'exactitude', 'visibility', and 'multiplicity' are not usually utilized to illustrate fundamental issues by continental criminal law scholars.

The paper focuses on and addresses the concept of 'visibility'. Calvino states that "the grand challenge for literature is to be capable of weaving together the various branches of knowledge, the various "codes" into a manifold and multifaceted vision of the world".[7] If we transpose this consideration from literature to penal law, we may affirm that the grand challenge for penal law, not only in this precise historical period but also in the future, is to translate and weave together manifold branches of knowledge and various codes of reading the existent from a viewpoint able to keep all the aspects in perspective without losing the multiplicity of the whole, though the view point is necessarily selective. 'Complexity',[8] or even 'hypercomplexity',[9] of reality, in relation to both the epistemic drawing practices and the sociocultural variety, implies an extension of the ranges of visibility in which law should be interested in order to better consider, within its own viewpoint, phenomena which come to its attention. Thus, visibility constitutes a condition useful for reaching multiplicity through the act of looking, even from 'standpoint of the law'. Of course, 'visible' does not mean typically physical, the meaning extends indeed to an immaterial dimension, which ought to be thought of and elaborated using *what is* visible and what

[7] CALVINO, Italo. **Six memos for the next millennium**, p. 112.

[8] MORIN, Edgar. **Seven Complex Lessons in Education for the Future.** Milano – Cortina- Paris: United Nation Educational, Scientific and Cultural Organization, 1999. pp. 15 ff.

[9] FORTI, Gabrio. Le prospettive di una responsabilità penale 'appropriata' nell'era della ipercomplessità. In **Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa. Alla ricerca delle radici della nostra cultura**, Quad. n. 7, 2013. pp. 23 ff.

goes *beyond it*: 'visibility of the invisible'.

In order to define spaces and features of visibility, it is essential to analyze the observer's abilities. The advent of 'the civilization of images' pushes Calvino to dedicate one Memo to the issue of visibility. Saturation of the visual field risks to slow down our creativity, to become addicted to the self-evident images, daily and increasingly, broadcasting fragments of the world. The writer and more in general all social actors are exposed to the risk that 'civilization of images' ends up in a weakening of phantasy and in particular of *imagination*. Calvino's memo does not aim at defining an objective visibility. Rather, it represents an accurate reflection on the abilities needed in order to equip oneself with a good, in-depth look. In Calvino's words:

> Will the power of evoking images of things that are *not there* continue to develop in a human race increasingly inundated by a flood of prefabricated images? [...] If I have included visibility in my list of values to be saved, it is to give warning of the danger we run in losing a basic human faculty: the power of bringing visions into focus with our eyes shut, of bringing forth forms and colors from the lines of black letters on a white page, and in fact of *thinking* in terms of images.[10]

3. VISIBILITY OF THE CRIMINAL EVENT

The criminal event does not only evoke an idea of obscurity, an invisibility that may involve the physical dimension, that is, acts that tend to be performed hidden from others, but it also evokes an axiological vagueness, whose difficult permeability highlights the gap between sensible vision and understanding.

To some extent, to talk about visibility of criminal events may seem paradoxical. Nonetheless, it is easy to acknowledge that the penal realm is affected by 'inundations of images'. Let us think, for instance, of media overexposure of the criminal offence or of the process of evidence-gathering, which allows access to the exterior dimension of the criminal event.[11]

In addition to these intuitive phenomena, there is also another kind of visibility, that is, 'textual images' elaborated by legislators through norms. Indeed, penal provisions define and make impersonal fragments of potential realities 'visible'.

Are these horizons of visibility 'exhaustive' or 'self-evident'? Or do they need an approach based on a coordinated use of complementary abilities instead? These questions encourage

[10] CALVINO, Italo. **Six memos for the next millennium**. p. 91, 92.

[11] The term 'image' does not refer to visual forms. Rather, more in general it refers to representations of the phenomenal structure of the offence: videotapes, wiretappings, and also depositions.

reflection on the relationship among images, levels of meaning, evaluation of facts and understanding of problems, whose implications and impacts are different depending on the social involved actors.

The basic idea of the present paper is that the penal realm comprises different horizons of visibility, which demands social actors for being open to images[12] through a sensitive, responsive relationship, which is contextually aware of the complexity of visual languages.[13] Looking from a physical viewpoint needs to be associated with visions 'with eyes shut',[14] as Calvino suggests, as these visions are instrumental in going beyond the immediacy of physical or 'textual' images.

The present paper seeks to demonstrate that horizons of visibility, on which essential questions of penal problems are inscribed, demand for going far beyond physical visibility, and need to take Calvino's suggestion into account, that is, the suggestion on bringing visions into focus 'with eyes shut'. This means that immediacy of images -physical and 'textual'- ought to be overcome in order to search for dimensions of meaning and axiological nuances of criminal conduct even those more 'disturbing', with the purpose of making them clear, and contextually searching for 'healing' the violent wound caused by the offence.

4. MEDIA REPRESENTATIONS AND DEMOCRATIC EMOTIONS

To reflect on penal problems and on crime as well as to form an opinion from the point of view of the legal policy concerns all social actors, not only those professionally or institutionally committed to criminal problems.

Contemporary society offers communicative channels, which contribute to structuring the social dimension of crime by means of peculiar filters of visibility. First of all, the eye of the media, which constitutes not only the most immediate channel, but it represents for the majority of the public the only means useful to get in contact with and perceive criminal reality.

[12] With particular focus on the relationship between jurists and the visual dimension see MAZZUCATO, Claudia. Il mondo senza immagini dei giuristi. In FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna (eds.). **Giustizia e letteratura**, II, 2014. pp. 435 ff.

[13] There is a wide literature on this topic as well as different theoretical approaches to the 'visual'. For a sociological introduction see FACCIOLI, Patrizia – LOSACCO, Giuseppe. **Nuovo manuale di sociologia visuale. Dall'analogico al digitale**. Milano: Franco Angeli, 2010. A classical reference is SONTAG, Susan. **On Photography**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1977. For application of visual methodologies in criminology see NATALI, Lorenzo. **Green Criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali**. Torino: Giappichelli, 2015. p. 144 ff.

[14] According to Gianni Canova, there is a reference to the ability of seeing with eyes shut also in the message contained in the movies of Stanley Kubrick: CANOVA, Gianni. Il 'conflitto' tra immagini e parole nella filmografia di Stanley Kubrick. In FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna (eds.). **Giustizia e letteratura**, II, 2014. p. 475.

We are used to witness criminal events in everyday life, and primarily violent crime, in its 'nakedness': "[the] act of *seeing* violence in its more or less refined and aesthetically visible forms is clearly part of everyday life".[15] Some observed that "everyone is able to play the scene again, even shown in slow motion. But is the continuous and obsessive repetition of these scenes sufficient to understand it?"[16].

The (rhetorical) question asked by Adolfo Ceretti and Roberto Cornelli implies that understanding of the criminal event demands 'for going beyond' the aesthetic of the action[17] and imposes a comparison with reality that we can define according to the categories elaborated by Edgar Morin, that is, 'multidimensional' and 'complex': multidimensional as it is the result of the interaction among different levels -biological, psychical, social, emotional, rational-, complex as these levels are at the same time indivisible and interdependent.[18]

The efficacy of images is the result of an immediacy, which is more apparent than real,[19] and sometimes even deceiving as it may hide complexity, and in this way it does not permit to 'experience' - intended as a category that identifies and highlights the quality of existence[20] - what images depict.[21]

The relationship between criminal events and images is inevitably complex: on the one hand, visual representations may be useful to control, tame, and neutralize the 'disturbing', observed object with the intent to dispel the fear termed 'fundamental', that is, fear of the unknown.[22] This leads up to repression of what we are not able to see, and the result is an unavoidable simplification of the horizon of reality. On the other hand, images are an important means of narration and testimony: "[i]mages have been reproached for being a way of watching suffering at a distance, as if there were some other way of watching. But watching up close—without the mediation of an image—is still just watching".[23]

---

[15] BINIK, Oriana. Quando il crimine è sublime. In **Rassegna italiana di criminologia**, 4/2014, p. 278.

[16] CERETTI, Adolfo – CORNELLI, Roberto. **Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica**. Milano: Feltrinelli Editore, 2013. p. 56.

[17] For details see CERETTI, Adolfo – NATALI, Lorenzo. **Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2010.

[18] See footnote 5.

[19] PEZZINI, Isabella. **Immagini quotidiane. Sociosemiotica visuale**. Roma-Bari: Laterza, 2008. p. 6.

[20] ROBINS, Kevin. **Into the Image: Culture and Politics in the Field of Vision**. New York: Routledge, 1996. p. 12.

[21] See SONTAG, Susan. **Regarding the Pain of Others** New York: Picador, 2003. pp. 83 ff.

[22] ROBINS, Kevin. **Into the Image: Culture and Politics in the Field of Vision**. pp. 19 ff.

[23] SONTAG, Susan. **Regarding the Pain of Others**. p. 117.

When we confront crime, pain, and suffering deriving from it, to narrate becomes an ethical act; representations of criminal events are images of injustice: they demand for interlocutors who 'pay attention to the story'[24] and also risk improper uses.

Currently, the media system tends to acquire increasing monopoly not only on news, but also on criminal events and their evaluation.[25] The question is if media may contribute to a 'positive visibility'[26] of criminal events to some extent, that is, not shaped on schemes of a "perverse combination reducing reality to an icon, and therefore to a forced visibility constantly present in the gaze of the message recipient, [visibility] evoking the essential mechanism of labeling".[27]

Difficult to understand and also confusing is the media tendency "to treat information and much more public discussion as if they were a show, where the rules are competition between the parties involved and simplification of arguments close to conceptual roughness".[28] In other words, the attempt is to foster a removal of thought and debate,[29] by means of representations supported by the paroxysmic presumption of displaying the event[30] by mutilating the levels of meaning of the criminal event and monetizing the emotive dramas in terms of audience.

For these reasons, visibility of the criminal event is particularly problematic in current democracies with a high media density.

Media representations can amplify cognitive distances and contextually foment a perverse

[24] MAZZUCATO, Claudia. Il mondo senza immagini dei giuristi. p. 452. The question refers to complex interactions between 'hegemonic' viewpoints and dynamics of decoding on the part of the spectator. The reference is in particular to the '*Cultural studies*', which consider the communicative dynamics active and not unilateral interaction between media and spectator, see for instance HALL, Stuart. Encoding/decoding. In Stuart, Hall – Dorothy, Hobson – Andrew, Love – Paul, Willis (eds.). **Culture, Media, Language**. London: Hutchinson, 1980. pp. 128 ff.

[25] See CERETTI, Adolfo. Il caso di Novi Ligure nella rappresentazione mediatica. In FORTI, Gabrio – BERTOLINO, Marta (eds.). **La televisione del crimine**. pp. 451 ss.; PALIERO, Carlo Enrico. Verità e distorsioni nel racconto mediatico della giustizia. In FORTI, Gabrio MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna. **Giustizia e letteratura**, II, Milano: Vita&Pensiero, 2014. p. 671; PALIERO, Carlo Enrico, La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei *media*), in **Riv. it. dir. proc. pen**., pp. 523 ff. 2006.

[26] BERTOLINO, Marta. Giustizia narrata, giustizia tradita. In FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna (eds.). **Giustizia e letteratura**, II. pp. 618 ff.; BERTOLINO, Marta. Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato. In FORTI, Gabrio – BERTOLINO, Marta (eds.). **La televisione del crimine**. pp. 191 ff.; PALAZZO, Francesco. Mezzi di comunicazione e giustizia penale. In **Politica del diritto**, vol. 2, pp. 193 ff. 2009. It's a prudent hermeneutic position the one expressed by HASSEMER, Winfried. Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?. In **Ars interpretandi**, pp. 159 s. 2004.

[27] FORTI, Gabrio. La istantanee flagranze e durature latitanze del crimine televisivo. In FORTI, Gabrio – BERTOLINO, Marta (eds.). **La televisione del crimine**. p. XIX.

[28] PALAZZO, Francesco, Mezzi di comunicazione e giustizia penale. p. 203.

[29] FORTI, Gabrio. La istantanee flagranze e durature latitanze del crimine televisivo. p. XVI.

[30] Paradigmatic is the expression used by the famous journalist, Bruno Vespa, who, October 19, 2010 during the preview of his political talk-show 'Porta a porta' focusing on the story of the homicide of the young Sarah Scazzi (publicly known as crime of Avetrana'), while showing the details of the plastic model of the places where the crime took place, affirmed: «in a while we *will see* step by step...» available at https://www.youtube.com/watch?v=4nc37X-lEkw (min. 00.40).

logic, which manipulates the emotional power of images in order to obtain political and electoral consent or economic advantages and results in corruption of the democratic style which is transformed from 'conversational-rational' into 'emotional-entertaining' and the main purpose is "to induce strong feelings, rather than to inform".[31]

Why should we structure the relationship between emotions and information in antithetical terms? In order to properly address this issue, it is appropriate to examine the reference to emotions in depth, starting from the distinction between spectacularization and fascination induced by crime. The concept of spectacularization has a stricter connection with dynamics of manipulation, whereas the notion of 'fascination' simply refers to the emotive experience induced by the vision of crime or of what constitutes its testimony or representation.[32] Fascination induced by crime represents a characteristic phenomenon of the emotive architecture of human beings. Individuals can experience this architecture at different emotive levels depending on the way communication of the criminal event is directed. These are the features on which is right and proper to focus upon, particularly in order to draw a distinction between techniques of mere spectacularization and other modes of representation. The emotional stimulus is a feature of the media message: to inform *equally* means to move and excite.

This awareness grounds the question if and how to evaluate emotional mobilization in terms of 'adequacy': an axiological parameter is needed.

I think that one of the main reasons for which trivial and commercialized spectacularization of the criminal phenomenon is a 'democracy problem'[33] is that given modes of information do contribute to creating specific emotional environments where feelings conflicting with the democratic *ethos* do run high, and in particular with regard to those principles that should direct a deep concern about criminal problems in a liberal democracy.

When we refer to the relationship between emotions and liberal democracy, we ought to mention the studies of Martha Nussbaum. She recently developed a new, relevant direction concerning the issue of resources that democracies should use to induce emotions in line with liberal values and «to keep at bay forces that lurk in all societies and, ultimately, in all of us:

[31] PALAZZO, Francesco. Mezzi di comunicazione e giustizia penale. p. 203. See BERTOLINO, Marta. Giustizia narrata, giustizia tradita. In FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna (eds.) **Giustizia e letteratura**. pp. 617 ff.

[32] On the distinction see BINIK, Oriana. Quando il crimine è sublime. In **Rasegna Italiana di Criminologia**, vol. 4, p. 281. 2014.

[33] PALAZZO, Francesco. Mezzi di comunicazione e giustizia penale. p. 201 f.

tendencies to protect the fragile self by denigrating and subordinating others.»[34] This tendency is dangerously intertwined with emotions like disgust, shame, and fear, whose disquieting familiarity with penal dynamics contributes to defining the emotive matrix of the penalty in terms of being instrumental (also) to deterrence. When these emotions are transposed into the flow of arguments in favor of penal policies without careful consideration, the danger is to opt in favor of illiberal and security policies, which hide a rejection of the Alien, that is, of an individual not member of the community, who is considered different because of her ethnicity, sexual orientation, religious faith or because she has infringed some rules.[35]

When media representations adopt communicative schemes dominated by expelling narratives,[36] we run the risk of inducing social dynamics of stigmatization of the offender, who is qualified as 'abnormal', distant from society, and 'alien demonized'.[37]

Media working in this sense become filters of opacity rather than of visibility: the dazzling images, the seductive immediacy generated by only outwardly explicative narrations that obliterate the complexity of the criminal event in order to reassure citizens by means of Manichean categorizes, inhibit the thoughtful approach that should lead to close one's eyes and interrupt visions of images, narrations, words, and talks in order to try to widen one's horizon through visions 'with eyes shut' according to Calvino's advice.

A reasonable, critical distance from media spectacularization, an example of which may be the widespread use of plastic coated recreations of the criminal event[38] in television programs, should not be however transformed into a cognitive or emotive hindrance. Instead, it represents a room to be filled with routes for cultural and emotive growth enabling *deconstruction* and *reorientation* of essential emotions, which may constitute a threat to the quality of liberal democracy as referred to earlier in this paper. The aim is to go beyond

> the stereotyped image that defines these fears and emotions as natural and unalterable in order to attribute them a different meaning [...][by adopting] a different perspective able to stress the

[34] NUSSBAUM, Martha. **Political Emotions. Why Love Matters for Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013. p. 3, pp. 257 ff. pp. 320 ff. pp. 359 ss.

[35] See CERETTI, Adolfo – CORNELLI, Roberto. **Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica**, Milano: Feltrinelli Editore, 2013. pp. 87 ff.

[36] BINIK, Oriana, Quando il crimine è sublime. p. 279. About fear and crime see CORNELLI, Roberto. **Paura e ordine nella modernità**. Milano: Giuffrè Editore, 2008; see also ALTHEIDE, David L. I mass media, il crimine e il 'discorso di paura'. In FORTI, Gabrio – BERTOLINO, Marta (eds.). **La televisione del crimine**. pp. 287 ff.

[37] CERETTI, Adolfo – CORNELLI, Roberto. Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica, pp. 95 ff.

[38] A stereotyped form of media trivial representation of crime, which consists in the exhibition of scale models depicting relevant places connected with the criminal event, as it occurs in the Italian nationally well-known TV show titled 'Porta a porta'.

> importance of attitudes, values, ideas, convictions, and cultural sensitivity, which can attribute innovative meanings to our fears.[39]

5. VISIONS 'WITH EYES SHUT': IMAGINATION

Why should we close our eyes? What is the source beyond the self-evident facts? To see images with eyes shut means literally to overcome the level of sensitive perception and devolve one's ability to use other human senses different from sight.[40]

I consider particularly suggestive the affinity between Calvino's image and the power Martha Nussbaum has recently defined 'inner eyes', when she refers to a non-sensory sight based on imagination:

> [m]ost of us look out at the world through physical eyes. But all of us (sighted and non sighted) look through our sense-organs with an inner organ: the imagination. [...] [W]e need [...] the habitual cultivation of a displacement of mind, a curious, questioning, and receptive demeanor [...] a willingness to move out of the self and to enter another world.[41]

In Calvino's perspective, imagination becomes the focus of his memos on visibility. He indeed reaffirms its value as an attentional resource able to widen the depth of sight and thought of the writer as well as of the scientist: "The poet's mind, and at a few decisive moments the mind of the scientist, works according to a process of association of images that is the quickest way to link and to choose between the infinite form of the possible and the impossible."[42]

This conception may be transposed into other fields of knowledge like law, and more in general into political theory.[43] These fields are according to a traditional wisdom not particularly permeable to imagination and are mistrustful as imagination evokes in their perspective "the idea of arbitrariness, of idle and inconclusive hobby, of excuse and unrealistic escape from reality". In this way, they disregard the power, "the vital function of transcending reality as it is, of prefiguring the course of actions, of releasing painful situations or impasses, and of promoting creativity not only from an artistic and scientific viewpoint, but also with regard to choices in policy and in

[39] CERETTI, Adolfo – CORNELLI, Roberto. Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica. pp. 203, 204.

[40] See ROBINS, Kevin. Into the Image: Culture and Politics in the Field of Vision. pp. 158 ff.

[41] NUSSBAUM, Martha. **The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age**. Boston: Harvard University Press, 2012. p. 140.

[42] CALVINO, Italo. Six memos for the next millennium. p. 91.

[43] BOTTICI, Chiara. La politica immaginale. In FERRARA, Alessandro (eds.). **La politica tra verità e immaginazione**. Milano: Mimesis, 2009. pp. 63 ff.

everyday life."[44]

Imagination is the intellectual resource constitutive of empirical and speculative research. In Franca D'Agostini's words:

> [t]o reason means to explore possibilities [...] to be able to reason well means to be able to evaluate worlds and possibilities starting from what the world is. It means to *open*, to develop a flexible and aware approach by changing our consideration of the world [...] We ought to remember that modal reasoning, which concerns cases and not possible worlds, grounds the political and moral thought.[45]

There are good reasons for investigating the relationship between imagination and the legal phenomenon in depth. This is still indeed a niche issue in the legal, continental literature and analyzed in particular in the Anglo-American context.[46] In the Italian penal research, Gabrio Forti has recently deeply reflected on the relevance of imagination within a wider debate on the fecund implications of the interaction between literature and the legal phenomenon.[47]

In his memo on visibility, Italo Calvino identifies the value of imagination in «the power of bringing visions into focus with our eyes shut, of bringing forth forms and colors from the lines of black letters on a white page, and in fact of *thinking* in terms of images». Starting from this definition of imagination we can try to answer the following question: can this definition symbolically connect literary narratives with legal narratives, including the speculative approach of the doctrine as well as 'narratives' on the part of the jurisprudence?

5.1. The criminal law jurist looking beyond

If we want to answer the question, we should first consider the peculiar perspective of the criminal law scholar. Use of imagination and spaces, where his/her power may be deployed, depends on the different contexts where the jurist employs his/her intellectual resources.

The interpretative activity seems doomed to a stronger inflexibility, though imaginative moments are present: consider, for instance, the dynamics of thought that ground the implementation of important institutions of law.[48]

---

[44] BODEI, Remo. "Essere realisti, che utopia!". Realismo e immaginazione in politica. In FERRARA, Alessandro (eds.). **La politica tra verità e immaginazione**, p. 39.

[45] D'AGOSTINI, Franca. **I mondi comunque possibili. Logica per la filosofia e il ragionamento comune**. Milano: Bollati Boringhieri, 2012. pp. 13 ff.

[46] See for all WHITE, James Boyd. **The Legal Imagination**, Chicago: University of Chicago Press, 1985.

[47] FORTI, Gabrio. La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica. pp. 39 ff.

[48] Examples include the counterfactual analysis of causation particularly regarding crimes of commission by omission, and the

In general, the jurist is committed to the difficult task of maintaining the prescribed consistency with the normative texts despite of the fluent and manifold complexity of problems: colors and forms are essential elements of reality, and interpretation results in a synthesis, which is 'traumatic' to some extent, by means of subsuming penal rules under the 'bichromy' not only physical, but also axiological. But it is important in this sense to recall that "precision of norms and of their interpretation comes from a careful and quiet understanding of those human worlds with which the forensic and judicial practice continuously communicates, and that precision often generates the simpler (and prompter) course of justice."[49]

This is a precision measured against the meanings of events and that takes seriously into account the intrinsic incompleteness of law and the suboptimal rationality of legal rules,[50] and that is not reducible to geometric twine between 'textual images' and fragments of reality.

The activity of the penal jurist is not only interpretation, but it also (above all?) consists of creation. In 1952 Tullio Ascarelli's words: «in the current crisis of values, the world asks jurists for new ideas, rather than subtle interpretations.»[51] This is an extraordinary actual exhortation that demands the whole legal science for mainly focusing on learning the skills of creativity.[52]

Claudia Mazzucato has recently defined the usual world of law as «a world without images. Aniconic, iconophobic or iconoclastic»:[53] a realm where complexity of forms and colors of reality risks being totally absorbed into horizons of thought, which return (impose?) just words, which tell but may not communicate:

> What do we *see* in the real world, while reading a legal text (or better: *under Article xy*…)? What do we grasp of that "real" inspiring the norm, which should obey the principle of determinacy and strict legality? What kind of thoughts can develop someone living in a "desolate earth" where senses are by definition put aside, programmatically removed by means of the well-known bandage that closes justice eyes (and ears), and also because of the gelid and deep distance that impedes justice, and those who exercise it, any contact, any touch with reality that it ought to judge?[54].

I fully agree with the exhortation of the author aiming at reviving the imaginary of jurists,

---

verification of Mens Rea.

[49] FORTI, Gabrio. La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica. pp. 51 f.

[50] PULITANÒ, Domenico. **Ragionevolezza e diritto penale**. Napoli: Esi, 2012. p. 14.

[51] ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato in termini di interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1952. p. 344.

[52] PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista. pp. 181 ff.

[53] MAZZUCATO, Claudia, Il mondo senza immagini dei giuristi. p. 432.

[54] MAZZUCATO, Claudia. Il mondo senza immagini dei giuristi. p. 440 f. It is an exhortation to develop a relationship with images not in an acritical way, rather of a reflective kind, matured through an education to look: see pp. 449 ff.

which is currently deserted. The criminal law scholar, like the writer, is committed to 'letting colors and forms emerge from the alignment of black alphabetical letters on a white sheet'. If colors and forms represent the pre-textual data -that is, the identifying qualities of reality- in the interpretative activity, colors and forms in the creative activity are the highly imaginative projection of the contribution of the expert of penal problems. In the intellectual work of the criminal law jurist, we should be able to grasp the range of possibilities which do *de facto* reflect the variety of the real and the wideness of the perspective needed to understand the different dimensions of problems.

We could define such a perspective according to a photographic metaphor, that is, 'wide angle lens', which means a wider view with an additional, encircling effect: a non simplifying reflection able to observe the analyzed object in a non one-dimensional perspective, which is willing to think or at least *imagine* 'what is beyond' by means of an exploratory play taking place in the most enlightened areas and seeking to direct the visual angle in order not to hide areas which are usually less visible; like a ray of light which illuminates an object in all its parts, but yet leaves some inevitable projections of shadows.

According to Laura Boella, imagination

> has indeed the features of exploration along with those of the exercise of attention; of inspecting a detail and combining it with other elements of a constellation [...] of access contingent reality using the ability to distinguish, to synchronize heterogeneous elements by making things visible that were not [...] In this sense, imagination is the ability of the mind that more than any other ability enables to go beyond the limit of what we can directly experience, and contextually connects, holds together, weaves together the variety of views and acknowledgments of the world that ground our sense of reality.[55]

Today, experts of penal law and criminology, who have to face what we call 'evil', can rely upon an increasing, epistemic equipment, which enables them just to perceive the depth of an horizon constantly referring to an elusive dimension whose traits we cannot completely decode, and consequently we require new ways of bringing into focus, of searching for further 'lens', which can improve visibility and «make obscure things appear brighter.»[56]

The search for legal reasonable and morally acceptable responses is exploration of possible worlds, which «should not be confused with the reference point of dreamers and utopists, as they

[55] BOELLA, Laura. **Il coraggio dell'etica. Per una nuova immaginazione morale**. Milano: Cortina Editore, 2012. p. 173.

[56] BODEI, Remo. **Immaginare altre vite. Realtà, progetti, desideri**. Milano: Feltrinelli Editore, 2013. p. 190.

are part of the cognitive experience of everyone in every moment.»[57]

If the commitment to doing science depends also on a sound use of imagination,[58] the work of speculation of the expert of criminal science asks for this use in an emphasized way.[59] When facing events characterized by a dramatic humanity and suffering like criminal events are, 'looking' does not suffice. Or in other words, what does not suffice is the vision, which is unable to convert the human drama associated with crime into a *moral*, not only visual experience.

To move from the visual complexity to the ethical level requires to revive the thought by searching for an 'experience of the impossible' through

> the ability of the mind to weave together the complicated relationship between ethics and life, culture and moral life [...] To imagine is fundamental in order to understand the meaning of an action, of a situation from the point of view of ideas with a moral relevance like humanity, freedom or justice.[60]

This means that we do not just acknowledge the fecundity of imagination in the dynamics of the legal thought, in particular in penal law, and relegate it to an optional and decorative role, rather we do affirm its constitutive role.

Roberto Casati refers to a 'commitment to imagination' in philosophy and in all other creative, intellectual activities «to be aware of alternatives is a key element of any conceptual negotiation.»[61]

It is also a key element of the intellectual elaboration inspiring penal law in the contemporary age, a penal law that ought to face the complexity of facts and the universe of axiological and social dynamics, which are increasingly distant from dichotomies and generalizing abstractions, on which the expert should reflect maturely with regard to the object, the conversational space, and the rules of conceptual negotiations.[62]

The intellectual commitment of the criminal law scholar could be represented by means of

---

[57] D'AGOSTINI, Franca. L'uso scettico della verità. In FORTI, Gabrio – VARRASO, Gianluca –CAPUTO, Matteo (eds.). **Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo**. Napoli: Jovene Editore, 2014. p. 47.

[58] On this point among others see HAACK, Susan. **Defending science-within reason. Between Scientism and Cynicism**. Amherst (NY): Prometheus Books, 2007. p. 97.

[59] In criminology, a recent contribution to the methodological value of imagination is the study of NATALI, Lorenzo. *Green Criminology*. Prospettive emergenti sui crimini ambientali. p. 3 ff., p. 355 ff.

[60] BOELLA, Laura. Il coraggio dell'etica. Per una nuova immaginazione morale. pp. 176, 172.

[61] CASATI, Roberto. **Prima lezione di filosofia**. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 56.

[62] Conceptual negotiation is the «conceptual framework -definitions, narratives, mental experiments, images, parables- which enables the comparison among different views on the world, among different ways of acting» see CASATI, Roberto. Prima lezione di filosofia. p. 169.

a double image that Salvatore Veca uses in his description of the functioning of philosophical imagination:[63] 'grower of memories', that is, an individual aware of the imagination he/she draws from a deposit of notions and concepts learnt in the past as well as traditions.

In addition, in penal law, we should speak also of a 'grower of texts': not just a commentator, but expert with a critical approach to the ink of legislators, and contextually willing to analyze texts generated by a richer and more colored ink, that is, willing to analyze literature and the potential of emotive sensitivity[64] that it may contribute to developing "[b]ecause it summons powerful emotions, it disconcerts and puzzles. It inspires distrust of conventional pieties and exacts a frequently painful confrontation with one's own thoughts and intentions".[65]

And the discussion could be extended also to other relevant forms of narratives: movie and music.[66]

On the other side, the expert of penal problems is requested to be 'explorer of connections' committed to binding ideas, conjectures, hypothesis, and seeking

> to deliver a new perspective about us and the world. A brighter perspective than any other [...] And to explore connections is an intellectual practice leading to consider things from innovative and unexpected perspectives. This because, thanks to the successfully established connections the state of affairs appears something, which has not been *a priori* decided.[67]

The criminal law jurist, who is traditionally and in the light of an established reputation[68] limited by the rigidity of normative texts, can find in imagination, if adequately nourished by means of sensitivity, the heat needed to melt the gelid, hypnotic power of texts and words, and achieve the knowledge which takes the sense of reality seriously. In Salvatore Veca's words: "the imagination in charge too has its limits and our ability of shaping alternatives has the feature of an ideal or utopia located and realistic".[69]

5.2. Judge and the 'vision' of the event

The judge has to reconstruct the external plot of the criminal event and to make it 'visible'

[63] VECA, Salvatore. **L'immaginazione filosofica**. Milano: Feltrinelli Editore, 2012. p. 149 ff.

[64] COLM, HOGAN P. **What Literature Teaches Us about Emotion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

[65] NUSSBAUM, Martha. **Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life.** Boston: Beacon Press, 1995. p. 5.

[66] A valid example are the studies collected in **Giustizia e Letteratura**, I e II, see footnote 3.

[67] VECA, Salvatore, L'immaginazione filosofica. pp. 149 f.

[68] FORTI, Gabrio. La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica. p. 49.

[69] VECA, Salvatore. **Invito all'immaginazione politica**. Milano: Casa della cultura Ed., 2014. p. 1.

by means of a narration (the decision). The contribution of the judge may sometimes consist in immortalizing in the 'photographic' sense what occurred, in creating through narration a snap-shot that recognizes facts emerging from the evidentiary allegations.

In other cases, he/she has to *reconstruct* visibility by similarly acting as the painter who depicts reality recreating it through his/her personal trait, also using imagination to make what cannot be perceived visible.

Colors and forms, structured in manifold nuances and combinations, are features identifying perspectives of reality that the judge ought to represent as narratives by means of a selective view, that is, filtered in order to emphasize aspects relevant to law.[70] The result of such a vision should be an image 'enriched' with colors and nuances of colors aiming at drawing and therefore making the normativity of the event visible and understandable.

Reliability and quality of such a representation are not predictable, but they represent an open problem. The vision of the judge may lead to a new combination or even to a synthesis of colors different from the original viewpoint: to pass through the grayness of the normative texts may produce a simplification or soften the colors. It should however not result in opaque colors, which absorb original lights and colors without returning them outside and suffocate their complexity without the due *acknowledgment.* The quality of the judge's narration depends on the forms and nuances of colors he/she is able to distinguish, imagine, and consequently reproduce.

Laura Boella observes that «imagination, with its freedom and restlessness, contributes to the individual's experimentation of a variety of perspectives and drives him/her to participate in an excited way in the destiny of others and in the events of the world.»[71] What is meant by 'excited' participation on the part of the judge with regard to the destiny of individuals involved in the criminal event? Is it possible to speak about 'empathy'?

Today, the concept of 'empathy' and the expression 'empathic judge' are not completely unknown to the penal lexicon. In the Italian literature, Ombretta di Giovine argues in favor of a more disillusioned and realistic vision of the judging individual and seriously focuses on the emotive dimension of the judicial decision by depicting evocative trajectories, though not devoid

[70] See DI GIOVINE, Ombretta. **L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge**. Milano: Giuffrè Editore, 2006. pp. 124 ff. PULITANÒ, Domenico. Nella fabbrica delle interpretazioni penalistiche. In BISCOTTI, Barbara – BORSELLINO, Patrizia – POCAR, Valerio – PULITANÒ, Domenico (eds.). **La fabbrica delle interpretazioni**. Milano: Giuffrè Editore, 2012. pp. 203 ff.

[71] BOELLA, Laura. Il coraggio dell'etica. Per una nuova immaginazione morale. p. 185.

of critical aspects.[72]

If we take into account the current state of knowledge, we must acknowledge that to speak about an 'empathic judge' does not suffice in order to define an ideal, typified model: empathy is nor synonymous with 'to feel the same' or with compassion. Rather, it describes an attitude consisting in the "elaboration of the existence of others and comparison of their difference [...] with our own experience",[73] and this attitude grounds[74] cognitive, emotive, ethical, and narrative acts when we relate to others.

Laura Boella assumes that only 'negative empathy' is compatible with the dynamics of a judicial decision as

> we do not approach the other determined to empathize, but to test the extreme distance by living the asymmetry, the strong difference and the otherness between the one who empathizes and the one who is empathized [...] The interest in the exploration of the world of the other coincides with the fact that it is not considered an alien world, perverse and unintelligible, it is assumed as a (negative) possibility of what is human instead.[75]

To talk about empathy of the judge represents the prerequisite of problems dealing with the trajectory that this ability should follow in the act of protruding towards the Alien.

Martha Nussbaum highlights the insidious features that could induce the judge in primarily empathizing with members of his/her own 'group': partisan attitude and narcissistic anchoring of imagination.[76]

Empathy and compassion require to be adequately directed by means of a 'good management' of the emotive weight; Martha Nussbaum reminds us of "[c]ompassion per se is neither good or bad. It must be appropriately tethered to reasonable judgments [...], and it must overcome the most pressing obstacles to correct understanding that exist in a particular social

---

[72] DI GIOVINE, Ombretta. **Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica**. Torino: Giappichelli, 2009. p. 173. In particular, doubts raise about the supposed homogeneity or consonance with emotive reactions in human beings. By virtue of this consonance some maintain that an approach between judge and reality in concrete cases may lead to shared solutions as they would be inspired by the 'idem sentire' (literally, sharing the same understanding of an event or phenomenon): a critical viewpoint in FUSELLI, Stefano. **Diritto, neuroscienze, filosofia**. Milano: Franco Angeli, 2014. pp. 100 f.

[73] BOELLA, Laura. **Sentire l'altro. Conoscere e praticare l'empatia**. Milano: Cortina Editore, 2006. p. 52.

[74] BOELLA, Laura. Sentire l'altro. Conoscere e praticare l'empatia. p. 21.

[75] The author defines such an attitude as contrary to the 'idem sentire'.

BOELLA, Laura. Empatia in tribunale: il difficile percorso di un'empatia negativa o senza simpatia. In DI GIOVINE, Ombretta (eds.), **Diritto penale e neuroetica**. Padova: Cedam, 2012. pp. 211 f.

[76] The example cited concerns the penal process where the victim's narration produces in the jury a short circuiting of the imaginative movement so that empathy is unilaterally directed: NUSSBAUM, Martha. **The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age**, Cambridge (MA): Belknap Press, 2013. p. 147.

situation".[77]

Thus, «we need judges who are properly emotional.»[78]

Jerome Bruner observes that

> attorneys and judges do not like being complimented as great storytellers. They work hard to make their law stories as unstorylike as possible, even *anti*-storylike: factual, logically self-evident, hostile to the fanciful, respectful to the ordinary, seemingly "untailored". Yet in pleading cases, they create drama, indeed, are sometimes carried away by it.[79]

The term 'carried' is not accidental, but it expressively points at a passiveness, that is, 'to let oneself be acted'. "Emotionless judges are 'mythical beings', like 'Santa Claus or Uncle Sam or Easter bunnies' " observes Terry Maroney.[80]

It is not under discussion that the judge is also moved by emotions.[81] The relevant aspects are both the kind of emotions the judge decides to listen to and the way he manages and controls the emotigenous stimulus. A good judge is able to converse with his/her emotions supported by the unavoidable and correct, reflective attitude.

In this way, emotions become a resource. The American doctrine, which is very sensitive to these topics, highlights that to a certain extent the emotion of anger may also theoretically be directed in order to fit dynamics of penal judgment.

The judge has to be *angry* in the right way, to convert the emotive power into anger, for instance, by deeply and exhaustively investigating the fact and avoiding that such an emotion is translated into attitudes of disregard toward the offender, irrespective of the fact that these attitudes are expressed orally or by means of the language of provisions.[82]

To take the role of emotions in the penal judgment seriously represents a step toward the

---

[77] NUSSBAUM Martha, **Upheveals of thought. The intelligence of emotions**, Boston: Cambridge University Press, 2003. p. 446. In the Italian context see FIANDACA, Giovanni. Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali. In DI GIOVINE, Ombretta (cur.). Diritto penale e neuroetica, pp. 234 ff.; DI GIOVINE, Ombretta. Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica. pp. 161 ff.

[78] So NUSSBAUM, Martha. Upheveals of thought. The intelligence of emotions. p. 446. On the value of emotions in the judicial decision-making process see for all MARONEY, Terry. Emotional Regulation and Judicial Behaviour. In **California Law Review**, vol. 99, p. 1532 ff. 2011.

[79] BRUNER, Jerome. **Making Stories: Law, Literature, Life**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 48.

[80] The quotation comes from a *dissenting opinion* in United States v. Ballard, 322 U.S. 78 (1944), v. MARONEY, Terry. Emotional Regulation and Judicial Behaviour. p. 1484.

[81] On the role of the intuitive processes within the dynamics of decion-making, see also HAIDT, Jonathan. **The Righteous Mind. Why Good People are Divided by Politics and Religion**. New York: Pantheon Books, 2012. pp. 72 ff. Haidt's position is analyzed in the Italian context by CERETTI, Adolfo. Introduzione. In **Criminalia**, p. 347 ff. 2011. On the emotions of the judge see also LANZA, Luigi. Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale. In **Criminalia**, p. 373 ff. 2011.

[82] MARONEY, Terry. Angry Judges. In **Vanderbilt Law Review**, vol. 65, pp. 1258 ff. 2012.

emancipation from the old positivistic illusion according to which problems of penal law find exhaustive answers in a 'law by rules',[83] which is, deprived of «the functional intelligence aimed at appraising the sense of what is just or adequate in the legal reasoning -beyond general and abstract rules- in any concrete situation.»[84]

Law requires a perspective that, on the one hand, widens its field and, on the other hand, does not lose its way in definitions and is able to capture the 'moral attention'[85] from the perception of a manifold reality and direct it toward the singularities and differences.

The definition by Martha Nussbaum of the 'poet-judge' may sound somewhat rhetorical to a civil law expert. If we go beyond the seductive and insidious traps of language, the author exhorts us to build the capital of intellectual resources by means of imagination, and in particular by means of an imagination nourished by literary narratives. This exhortation invites a serious reflection on the professional education of judges both in universities and in the continuing professional education, and more in general on the cultural condition of Italian law.[86]

6. AN OBSERVATIONAL PERSPECTIVE: TRANSPARENCY, IN-DEPTH LOOK, REALITY

According to Martha Nussbaum's description, the value of the poet-judge is revealed by

> [seeing] in the blades of grass the equal dignity of all citizens – and more mysterious images, too, of erotic longing and personal liberty. [...] "poetic justice" needs a great deal of nonliterary equipment: technical legal knowledge, a knowledge of history and precedent, a careful attention to proper legal impartiality. The judge must be a good judge in these respects. But in order to be fully rational, judges must also be capable of fancy and sympathy. They must educate not only their technical capacities but also their capacity for humanity. In the absence of that capacity their impartiality will be obtuse and their justice blind.[87]

'Obtuse impartiality' and 'blind justice' describe distopic degenerations of law, they are both associated with the absence or the inadequate nature of 'visual' abilities.

---

[83] See the considerations made by DI GIOVINE, Ombretta, Una lettura evoluzionistica del diritto penale. On emotions, In DI GIOVINE, Ombretta (eds.). **Diritto penale e neuroetica**. pp. 343 ff., p. 359.

Within the complex theoretical position that seeks to highlight the emotive factor of the dynamics of the penal judgment, the author seems however to opt for a model of 'instinctive' emotionality rather than 'reflective': DI GIOVINE, Ombretta. Voce Neuroscienze. In **Enciclopedia del Diritto**, p. 732. 2013.

[84] FIANDACA, Giovanni. Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali. p. 237; See PULITANÒ, Domenico. Ragionevolezza e diritto penale.

[85] FORTI, Gabrio. La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica. p. 58.

[86] An interesting analysis, in VINCENTI, Umberto. **Diritto e menzogna. La questione della giustizia in Italia**. Roma: Donzelli, 2013. pp. 17 f.

[87] NUSSBAUM, Martha. Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life. pp. 120 f.

Calvino's exhortation to focus on visions 'with eyes shut' may represent an antidote: it may work as a suggestion for the penal expert and the judge in order not to underestimate the complexity of reality, not to sacrifice it in the name of idolatry of textual images and conceptual geometries, which come between the observer's gaze and reality in a way resembling a reticular, crystal surface: 'translucent',[88] almost invisible in the distance, but able to suggest an indefinite vision if we focus on the weaves, which return images modified by the reflection effect. It is essential both to be able to observe across the passages in the reticulum and to observe at a given distance in order to broaden one's own horizons to reality beyond the reticular surface, and to search for coordinates and horizons of sense in order to propose reasonable readings of conflicts among human beings.

[88] According to the Oxford Advanced Learner's Dictionary, 'translucent' means allowing light to pass through but not transparent.

OLTRE LA FORMA. LE DINAMICHE DELLO *STILE* TRA LEGGE E LETTERATURA

Mauro Balestrieri[1]

1. LE SOGLIE DEL DIRITTO COMPARATO

Lo studio del diritto comparato si è sempre posto, di per sé, quale studio della 'differenza'. Esso chiama in causa le peculiarità culturali di cui ciascuna comunità giuridica è informata per ripresentarle – spesso attraverso un'intensa opera di legittimazione politica - al lettore colto.[2]

Porre l'accento sulle 'differenze' dei vari sistemi, tuttavia, impone un preciso dilemma metodologico, ossia l'individuazione del referente cardine sulla base del quale è sottomesso tale giudizio denotativo.

Nella loro esposizione, oramai divenuta un classico del diritto comparato, Zweigert e Kotz ricorrono, per l'appunto, alla nozione letteraria di 'stile'.[3] Essa ha la centrale funzione di individuare le caratteristiche essenziali di ciascuna famiglia giuridica e di ordinarle, di conseguenza, in gruppi omogenei.

Come si nota, tuttavia, la nozione di 'stile' è di origine squisitamente letteraria e la rivendicazione che a tal proposito gli Autori compiono non lascia alcuna incertezza circa le loro effettive intenzioni:

> Il concetto di "stile" non può più essere considerato criterio discriminante proprio solamente delle scienze linguistiche e delle arti figurative. … [A]ltre scienze si sono servite nel frattempo di questo utile concetto per riunire in un insieme le congerie di particolari tratti che i più disparati oggetti di studio possono presentare e per differenziarli da altri insiemi.[4]

Il fine è dunque chiaro. La ricerca comparatistica deve mirare all'individuazione di questi 'stili' comuni per compiere una doverosa opera di sistemazione delle famiglie giuridiche, con il rilevante monito per cui determinanti degli stessi sono "solo quelle differenze o caratteristiche che

---

[1] Mauro Balestrieri, Dottorando XXIX Ciclo in 'Diritti e Istituzioni', Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

* Mauro Balestrieri, Dottorando XXIX Ciclo in 'Diritti e Istituzioni', Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

[2] Su questo aspetto, si rimanda alle efficaci osservazioni critiche di MONATERI, Pier Giuseppe. **Methods of Comparative Law**. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 8, nella cui *Introduzione* viene affrontato per l'appunto il tema della diversità culturale quale elemento caratterizzante le diverse tradizioni giuridiche.

[3] ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. **Introduzione Al Diritto Comparato: Principi Fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1998.

[4] ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein. **Introduzione Al Diritto Comparato: Principi Fondamentali**. p. 83.

possono essere definite 'importanti' o 'salienti'".[5]

L'elenco fornito dai due Autori – e che dovrebbe, per l'appunto, esplicitare queste due aggettivazioni - non si mostra tuttavia precisissimo. Vengono infatti annoverati quali fattori 'decisivi' ampie locuzioni, quali (i) l'origine storica e l'evoluzione di un ordinamento giuridico, (ii) il predominante e caratteristico modo di pensare dei giuristi, (iii) gli istituti giuridici particolarmente caratterizzanti, (iv) le fonti del diritto e la loro interpretazione, ed infine (v) i fattori ideologici.

Tuttavia, indipendentemente dalla bontà di tale classificazione, ciò che risulta essenziale in tale ragionamento è l'intuizione per cui i fattori 'stilistici' si trasformano in veri e propri fattori 'ontologici', suscettibili cioè di caratterizzare dettagliatamente ogni sistema giuridico. Anche se nelle intenzioni di Zweigert e Kotz non risulta - quantomeno in base alle loro affermazioni – il desiderio di proporre una 'nuova' classificazione, bensì soltanto quella di chiarire e precisare meglio il lavoro fino ad oggi svolto dalla dottrina comparatistica, il loro approccio di fatto si presenta contraddistinto da una intenzionalità che affonda le proprie giustificazioni in un giudizio che si potrebbe definire 'ontologico', con ciò intendendo proprio quel giudizio legato immediatamente alla concreta *visibilità* della legge ed alle sue concrete espressioni.

Il problema dello stile, se si vuole, è allora il problema profondo della *rappresentazione* della Legge, ossia del modo in cui quell'invisibile che ne costituisce le premesse implicite e latenti si mostra agli interpreti ed agli attori sociali.

Come è stato opportunamente sottolineato, il discorso giuridico—già di suo intriso di categorie spiccatamente letterarie—stinge a sua volta su una narrazione di tipo politico. Ciò che deve essere sempre tenuto presente è infatti "la diversa *estetica* della legge che caratterizza i vari sistemi, non come mero problema di 'stile', ma appunto come problema ontologico della natura della legge *resa visibile*, e quindi anche della politica che ne consegue".[6] Ogni riflessione sullo 'stile', dunque, deve spingersi al di là della semplice indagine empirica o ricognitiva, ed anche al di là del problema più squisitamente letterario. Esse deve *farsi* politica, giuridica e filosofica allo stesso tempo.

Tutto ciò senza considerare, come si accennava in apertura, che ogni opera di classificazione è *in sé* politica, proprio in quanto giudizio di *inclusione* o di *esclusione* di una

[5] ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein. **Introduzione Al Diritto Comparato: Principi Fondamentali**. p. 84.

[6] MONATERI, Pier Giuseppe. **Geopolitica Del Diritto. Genesi, Governo E Dissoluzione Dei Corpi Politici**. Roma-Bari: GLF editori Laterza, 2013, p. 6.

determinata entità da un gruppo o da una classe di riferimento. In tal senso, ogni giudizio sulla forma, sull'ontologia e sulle identità delle famiglie giuridiche – ciascuno dei quali è elemento essenziale per l'indagine comparatistica - si carica di una valenza ultra-giuridica che finisce per divenire l'appendice di un processo geopolitico mondiale.[7]

Tale preciso problema metodologico conduce, se così si può dire, ad una inevitabile biforcazione. La strada ermeneutica dischiusa dal concetto di 'stile' potrebbe infatti risultare tanto fruttifera, quanto sterile. Se essa si risolve nel puro gioco delle analogie e delle differenze, dei confronti e delle glosse, decade presto a mera indagine nozionistica: il differente linguaggio della legge viene così colto unicamente per le sue affinità estrinseche, senza che ciò si accompagni ad un'interrogazione più ampia sull'origine del dispositivo giuridico.

Viceversa, un modo per beneficiare con profitto da tale approccio potrebbe essere proprio quello di emanciparsi da una semplice disquisizione empirica per mirare, piuttosto, al sostrato autentico e profondo della Legge.

L'esempio per eccellenza in grado di chiarire tale meccanismo è il raffronto tra la forma di legge incarnata in un codice – caratteristica delle tradizioni di *civil law* - e la sua opposta presentificazione, apparentemente più evanescente ed incatturabile, tipica invece delle tradizioni orali di *common law*. In questo particolare bivio storico-giuridico, il processo di 'scrittura' delle legge fa il paio con le implicazioni politiche e filosofiche di tale attività, fino a divenirne il simbolo più eclatante.

Tradizionalmente, infatti, la dottrina comparatistica ha da sempre enfatizzato l'antitesi tra il modello del *Code civil* napoleonico da un lato, ed il sistema di giustizia inglese, con le sue corti ed i suoi *corporate bodies*, dal versante opposto. Ciò, tuttavia, merita di essere letto sotto una nuova luce, ossia prendendo direttamente consapevolezza della risonanza *politica* del concetto di 'stile': come si esaminerà nei paragrafi successivi, esso si mostra quale vera e propria 'segnatura' del politico, con ciò intendendo l'intuizione per cui in ogni 'segno' è in gioco una particolare *presenza* – a tratti 'eccedente', a tratti 'esauriente' - che supera la semplice significazione verbale.

[7] In tal senso, tanto MONATERI, Pier Giuseppe. **Methods of Comparative Law**, quanto COSTANTINI, Cristina. Comparazione Giuridica e Geopolitica Critica. Per una contro-narrativa sulle Tradizioni. **The Cardozo Electronic Law Bulletin** 17.2 (2011). Disponibile in: http://cardozolawbulletin.blogspot.it/2011/10/vol-172-2011-fall-issue.html. Accesso effettuato in: 02/12/2014.

2. PRESENZA ED ASSENZA DELLA LEGGE

Com'è noto, l'idea storica che soggiace ad ogni grande opera di codificazione del diritto è quella mirante alla realizzazione di una disponibilità *assoluta* ed *immediata* della legge stessa. Tale gesto, a prima vista di carattere esclusivamente giuridico, si rivela essere prim'ancora di matrice profondamente filosofica, divenendo la precisa testimonianza di un mutamento di pensiero radicale e complesso.

Il linguaggio, nelle forme della 'scrittura' della legge, diviene infatti il mezzo principe per dare *visibilità* all'intera dimensione del giuridico. Una visibilità – deve aggiungersi - totale, assoluta, perfetta, che tradisce però un'altrettanto nuova forma di manifestazione del politico, quale istanza capace di rendere *per intero* accessibile il diritto di natura.

Questo atto 'sovrano' – prerogativa quindi di un soggetto istituzionalmente dotato della capacità di decidere - stinge a sua volta sul linguaggio, creando una particolare 'forma' espressiva che non è affatto un orpello o una decorazione accessoriale, ma il segno indiscutibile di una concreta identità politica. La 'ragione' e la 'razionalità' divengono così uno strumento politico che *giace* nelle mani del sovrano, atteggiandosi, di fatto, a criterio fondante per l'organizzazione degli spazi e delle giurisdizioni.

Nulla meglio del linguaggio del *Code civil* può testimoniare questo carattere esemplificativo. Come la tradizione comparatistica da sempre ha mostrato, esso è "stringato, coeso ed elegante, le [sue] formulazioni sono significative e, se non si scende troppo nei dettagli tecnici, i princìpi generali sono espressi in locuzioni eloquentemente efficaci".[8] Tali locuzioni, inoltre, "sono regolarmente caratterizzate da una raffinata eleganza, da una forma chiara e da uno stile definito".[9] Tutto ciò senza considerare l'enorme suggestività letteraria che il linguaggio del *Code* ha da sempre suscitato: si narra infatti che lo stesso Stendhal, prima di scrivere, leggesse ogni giorno qualche articolo del codice.[10]

Si potrebbe quasi dire, allora, che la legge francese vive qui unicamente in quanto 'stile', ossia in quanto espressione linguistica visibile, leggibile, elegante ed al tempo stesso perfettamente comprensibile - ciò che è stato, come noto, l'origine tanto del successo quanto delle problematiche di tale paradigma.

[8] GAMBARO, Antonio - SACCO, Rodolfo. **Introduzione Al Diritto Comparato**. 3 ed. Torino: UTET, 2008, p. 222.

[9] ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein. **Introduzione Al Diritto Comparato: Principi Fondamentali**. p. 88.

[10] MONATERI, Pier Giuseppe e SOMMA, Alessandro. **Il Modello Di Civil Law**. 3 ed. Torino: Giappichelli, 2009, p. 88.

Tuttavia, questo particolare linguaggio non è soltanto il frutto di una tendenza "ad esprimersi nel modo il più possibile comprensibile dal popolo".[11] Esso, si potrebbe dire, risponde ad un'opera di ingegneria politica assai più profonda e ricercata.

Affermare che la legge sia perfetta, cristallina, nutrita dalla linfa della razionalità implica vedere nella legge stessa una forma di 'rivelazione' del divino, ossia una forma visibilità di ciò che prima non poteva essere del tutto osservato, studiato, e quindi utilizzato. Tale 'oscura' entità ha invece ora nel linguaggio – strumento disponibile da 'chiunque' - il proprio principale vettore espressivo. Questi elementi conducono, circolarmente, ad una seconda ed ulteriore conseguenza: la potenza espressiva del linguaggio *collabora* con l'opera di legittimazione politica del potere che l'ha predisposta, rafforzandola e ritemprandola ulteriormente.

Insomma: la *Legge*, nel suo senso filosoficamente ed intellettualmente più ampio, diviene il *codice*. Detto altrimenti, la legge è *ogni singola parola* scritta all'interno delle sue pagine, che se da un lato contribuiscono a dare sostanza alla summenzionata dimensione della *visibilità* assoluta, dall'altro la saturano e la esauriscono completamente. La legge, ne consegue, non è più un messaggio esoterico, come lo era l'antico *ius* dei romani[12]: essa è oramai un mistero perfettamente rivelato, spogliato, quasi 'sbiadito', che purtuttavia mantiene la sua 'sacralità' proprio in quanto *scrittura*, ossia in quanto 'scrigno' potenzialmente aperto di significati.

È questa, si potrebbe dire, la diretta conseguenza dell'*escarnazione* di un entità trascendente all'interno di un testo, con ciò ammettendo dunque che "la trasformazione di concetti teologici in moderni concetti della teoria generale dello Stato è avvenuta attraverso l'estetica della sovranità, cioè attraverso la liturgia della visibilità della presenza sovrana che si attua nel codice delle leggi".[13]

Queste caratteristiche divengono immediatamente preoccupazione del giurista pratico se si considerano alla luce dei problemi posti in concreto dall'interpretazione delle disposizioni codicistiche: se è vero infatti che l'estetica del *Code* è quella del compimento, della realizzazione suprema del potere politico e, in definitiva, della parola 'rivelata', allora non bisognerebbe consentire l'utilizzo di alcun canone ermeneutico particolare ad eccezione di quello riguardante il senso letterale degli enunciati e la connessione logica di ciascuna parola.

[11] DAVID, René. **I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei**. 5 ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 97.

[12] SCHIAVONE, Aldo. **Ius: L'invenzione Del Diritto in Occidente**. Torino: Einaudi, 2005.

[13] MONATERI, Pier Giuseppe. **Geopolitica Del Diritto. Genesi, Governo E Dissoluzione Dei Corpi Politici**. p. 107.

In breve, ragionare con queste premesse comporta sostenere l'idea (naïve) che il significato della legge si dia da sé, insieme alla sua esteriorità, o per meglio dire *per il semplice fatto* della sua esteriorità. Sostenere una riserva di senso ulteriore e latente, suscettibile di estrinsecazione soltanto per mezzo dell'attività sussidiaria dell'interprete, sarebbe tutt'uno con l'ammissione per cui le parole del codice non siano affatto chiare, autoconclusive, autonome, bensì affette da quegli stessi caratteri di ambiguità ed imperfezione che contraddistinguono qualsiasi comunissima enunciazione verbale.

È dunque questo il vero paradosso della retorica neoclassica alla base della codificazione francese: la legge deve essere breve, e quindi per nulla interpretabile. Nulla più di questo esprime il marchio stilistico autentico della tradizione giuridica di *civil law*, così come ispirata dal modello francese del codice civile.

Non potrebbero esserci, date queste premesse, notazioni migliori per illustrare, *a contrario*, le caratteristiche della tradizione giuridica di *common law*, in quanto sistema basato sull'eccedenza continua della legge e dei suoi significati rispetto al precario, e mai terminabile, tentavo di verbalizzazione svolto dalla comunità degli interpreti.

Per riprendere il titolo di un testo oramai canonico nello studio dei sistemi comparati, la giustizia inglese viene amministrata da soggetti che si presentano come 'oracoli' della legge.[14] Il termine, di evidente allusione religiosa, testimonia una linea di contatto continua fra *trascendenza* ed *immanenza* che si esplicita –

senza però mai risolversi - nell'atto concreto del giudizio. Come si mostrerà, sarà proprio il formante giudiziario a far risaltare, con nettezza, le differenze essenziali dello stile francese rispetto a quello inglese.

Come Dawson si incarica di mostrare, infatti, la laconicità del testo del *Code Napolèon* si trasfonde nella brevità dell'argomentazione della Cassazione francese. Tale analogia tra i due formanti ha certamente importanti ragioni storiche:

> [t]he style of judicial opinions was set while the French Revolution was in progress, during the reign of terror itself. This style has been copied by lower courts and also for its judicial decrees by the *Conseil d'Etat*. The limited powers of the Court of Cassation, fixed by the revolutionary assemblies as

[14] DAWSON, John P. **The Oracles of the Law**. Buffalo, N.Y: Wm. S. Hein, 1986.

> part of their defenses against the judicial power, survive in almost their original form, only slightly augmented.[15]

Tuttavia, l'idea che ha informato tale manifestazione della legge è a tutt'oggi sopravvissuta, a compiuta dimostrazione che l'estetica non è soltanto la causa di un mutamento politico, ma rimane una conseguenza profonda di un determinato, e ben radicato, pensiero giuridico:

> The stereotyped style of modern opinions is a survival from a time that is now remote but that has not been forgotten. I suggest that the ideas that inspired the style have also survived, that the principal function of a high court opinion is to demonstrate to the world at large that the high court in exercising its exceptional powers has arrogated nothing to itself and is merely enforcing the law. […] It is the law that speaks. The judges are merely its instrument, though by now the whole process could be better described as extremely expert ventriloquism.[16]

Lo stile della sentenza francese è quindi tutt'uno con quello del codice, perché il codice *è* l'essenza della legge. Ma definire i giudici quali 'strumenti' o –più pittorescamente - 'ventriloqui' della legge (rimandando con ciò alla nota idea illuminista teorizzata da Montesquieu) è il preciso punto di passaggio verso l'opposta liturgia della *common law*.[17] Qui, il processo di scrittura della legge non si muove verso un'estetica del compimento, ossia della realizzazione e della disponibilità: la pretesa utopica per cui il testo debba apparire essenzialmente quale rivelazione senza residui del potere sovrano è un fenomeno semplicemente incomprensibile per la mentalità storica della giustizia inglese. Al contrario, la riserva di senso dell'intero meccanismo giuridico anglosassone giace proprio nella sua dimensione oracolare, come ricorda Dawson, ossia nella sua progressiva e mai ultimativa rivelazione.

Stante la mancata recezione in Inghilterra, per questioni di legittimazione politica, del *corpus juris* giustinianeo (di fatto, la matrice attuale di ogni meccanismo codicistico) la legge venne storicamente amministrata ed 'articolata' da una particolare categoria di professionisti, i *common lawyers*. Nella loro paziente ed a tratti criptica opera di estrinsecazione del diritto, questa 'casta' di professionisti, "esclusa dalla comunità civile nei propri *Inns of Court*, divenne fisica incarnazione, corpo vivente del *common law*".[18] All'opposto del modello francese, incentrato come si è visto sull'escarnazione in un testo, si sostituisce dunque il paradigma dell'incarnazione in un gruppo di specifici individui. Ciò condusse, come accennato, ad un vero e proprio processo di esclusiva

[15] DAWSON, John P. **The Oracles of the Law**. p. 402.

[16] DAWSON, John P. **The Oracles of the Law**. p. 410-11.

[17] Fa notare questo fondamentale aspetto, stranamente mai puntualizzato prima, Pier Giuseppe Monateri in MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della Legge: Sovranità e governo del mondo**. Torino: Bollati Boringhieri, 2014, p. 135.

[18] COSTANTINI, Cristina. **La Legge E Il Tempio: Storia Comparata Della Giustizia Inglese**. Roma: Carocci, 2007, p. 34.

'verbalizzazione' del diritto, in cui 'rivelazione' e 'sacrale amministrazione' del medesimo si atteggiarono, di fatto, quali due elementi sostanzialmente coincidenti.

Si manifesta dunque l'aspetto più eclatante di come il diverso processo di articolazione – e quindi di *scrittura* - della legge nei differenti stili di narrazione, possa condurre ad esperienze nomiche del tutto eterogenee, ossia a due prassi completamente opposte dell'agire politico: da un lato, la cattura completa della legge e della sua eccedenza nella *legislazione*; dall'altro, quel processo 'oracolare' progressivo ed inconcludibile che dipinge i giudici inglesi quali *medium* di quella misteriosa entità denominata Legge.

Alla luce della condizione giuridica e geopolitica contemporanea, si potrebbe pensare a tali notazioni come ad elementi confinati in un lontano dibattito storico, privo oramai di attualità e di interesse per l'evoluzione attuale della legge, nonché, *a fortiori*, per coloro che si ritrovano oggi a doverla amministrare. Tuttavia, così non è.

Nella recente esposizione delle diverse pratiche argomentative in uso presso le principali Corti Supreme europee, Michael Bobek dà conto dell'ancora attuale laconicità dello stile giurisprudenziale francese.[19] La persistente influenza dell'art. 5 del *Code Civil* – secondo cui il giudice non può arrogarsi la facoltà di *creare* diritto - unita allo scrupoloso divieto di citare sentenze od opere di dottrina, rendono lo stile francese a tutt'oggi singolarmente rispettoso degli antichi moniti rivoluzionari. L'unica autorità rilevante nella pratica di risoluzione delle controversie giuridiche continua così ad essere il volere del Legislatore, esattamente come all'indomani della promulgazione del codice, e sempre in ossequio alla completa osservanza delle indicazioni con cui si è espresso. In una prospettiva spiccatamente comparatistica si comprende, di conseguenza, che

> [a]ll other types of references and arguments, including reference to previous case law, legal scholarship, and also comparative arguments, are excluded from a judicial decision. They would be regarded as impermissible arguments, having no place in a judgment of a court. In such an institutional and procedural setting, there is no place for open reference to a comparative argument in the decision itself. If the system does not allow for the citation of its own case law and scholarly works, it is clear that it will not be open to explicit references to arguments out of foreign law.[20]

Ben al contrario, invece,

> [t]he style of English judicial decisions is open and discursive. In contrast to the judicial reasoning styles in a number of Continental jurisdictions, an English judgment is not hiding anything. Quite to the contrary, English judges generally do not hesitate to openly acknowledge their inner

[19] BOBEK, Michal. **Comparative Reasoning in European Supreme Courts**. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

[20] BOBEK, Michal. **Comparative Reasoning in European Supreme Courts**. p. 99.

> considerations and policy arguments, including those involving comparative inspiration. Such openness in style allows quite a faithful reconstruction of the sources of inspiration for a judicial decision.[21]

Difficile non cogliere il rapporto che lega il concetto di 'stile' con l'origine archeologica del diritto. Altrettanto difficile non costatare quanto l'interrogarsi sulle forme di visibilità della legge si caratterizzi come regola efficace per incontrare lo studio del diritto comparato.

Come eminente dottrina ha infatti sottolineato, esistono sistemi giuridici considerabili come dogmaticamente 'chiusi' – con ciò intendendo il carattere di impermeabilità mostrato verso quelle fonti giuridiche non rigidamente comprendibili all'interno del formante legale - ed altri, invece, dogmaticamente 'aperti'.[22] In quest'ultimo caso, non solo l'accoglimento di materiale di diversa provenienza (come *soft-law*, opere di dottrina e giurisprudenza di paesi stranieri) è assai più ampio, ma i diversi singoli aspetti (positivi o negativi) di una controversia vengono dettagliatamente elencati, discussi ed eventualmente criticati fino al raggiungimento della cd. decisione finale. L'apertura giuridica, in breve, è lo specchio di un'apertura di tipo politico ed istituzionale, che si manifesta come ricaduta concreta nella costruzione della singola opinione giudiziale.

Lo stile giurisprudenziale dei sistemi dogmaticamente 'chiusi' contempla, al contrario, una sola possibile risposta, che si pretende necessariamente come la più 'razionale', tutte le altre essendo viceversa taciute. La logica operante è quindi quella del *nascondimento* e della *dissimulazione* - elementi che, assai buffamente, stridono logicamente con i pretesi caratteri di 'chiarezza', 'eleganza' e 'perfezione espressiva' tipici (se si vuole) del formante legale. Di nuovo, il modello francese s'impone quale esempio eccellente di tale ultima tecnica di ragionamento, ed un'originale (ed a suo modo apologetica) spiegazione a questa tendenza può ritrovarsi proprio nell'opera di Mitchel Lasser. Come quest'Autore rileva, il sistema giudiziario francese si scontra con una "radicale biforcazione"[23]: da un lato, è presente il ritratto ufficiale del giudice francese completamente sottomesso all'autorità ed al prestigio della legge, e costretto dunque ad esprimersi in una forma linguistica piana, sillogistica, aliena da qualsiasi condizionamento politico. Dall'altro, sussiste la dimensione recondita e non spettacolarizzata del procedimento argomentativo, colmo delle sue difficoltà e dei suoi rischi, in cui davvero si prendono in esame gli

[21] BOBEK, Michal. **Comparative Reasoning in European Supreme Courts**. p. 84.

[22] LASSER, Mitchel. **Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy**. United Kingdom: Oxford University Press, 2009.

[23] LASSER, Mitchel. **Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy**. p. 166.

argomenti (pubblicamente negletti) dell'equità, della politica del diritto e dell'impatto sociale delle sentenze. In breve, ciò condurrebbe ad affermare una duplicità di stili: l'uno tradizionale e manifesto, l'altro nascosto ed inaspettato.

In realtà, come Lasser cerca di dimostrare, questa dicotomia ha una sua precisa ragione. Essa infatti è spiegabile solo alla luce del complesso meccanismo giudiziario francese, in quanto caratterizzato dagli elementi della centralizzazione, della gerarchia e dell'*expertise* tecnica. Il criptico e sillogistico stile della Corte di Cassazione non funziona, secondo l'Autore, quale sotterfugio insincero: esso è, al contrario, lo specchio della particolare configurazione istituzionale dell'ordinamento francese così come si è evoluta a partire dalla Rivoluzione. Essa si esprime infatti nel rispetto assoluto per il formante legale e nell'esplicito riferimento alla comunità dei *tecnici* del diritto: costoro divengono dunque gli unici soggetti in possesso delle specifiche conoscenze giuridiche per l'interpretazione del linguaggio della Corte, operando dunque 'istituzionalmente' in simbiosi con la laconicità di quest'ultima.

Ciò che deve apprezzarsi del sistema francese sarebbe allora la sua estrema complessità, che lungi dal mascherarsi dietro una narrativa 'insincera' si esprime, viceversa, nel sofisticato tecnicismo con cui il tessuto normativo si evolve e si modifica.

Ancora una volta, come si vede, lo 'stile' diviene il riflesso di una particolare organizzazione istituzionale. Più nettamente, esso è il pilastro del funzionamento del diritto, tanto nel suo aspetto più declamatorio, quanto in quello più celato e profondo coinvolgente l'approccio dinamico dei diversi attori giuridici.

In una prospettiva più squisitamente archeologica, ciò conduce a prendere in seria considerazione le intuizioni di Annamaria Monti ritrovabili nella sua indagine storica sulle corti secentesche del ducato di Milano, in particolar modo per la rilevanza che il concetto di 'stile' ivi occupava.

Il termine 'stile', infatti, designava l'abitudine a risolvere i vari casi pratici portati all'attenzione del giudice secondo "un preciso e determinato schema".[24] Questo 'schema' era in realtà un vero e proprio '*modus procedendi*', che se da un lato costituiva il prodotto di una prassi costante e continuativa del Collegio, dall'altro ne affermava agli occhi della società l'incommensurabile prestigio.

[24] MONTI, Annamaria. **Iudicare Tamquam Deus: I Modi Della Giustizia Senatoria Nel Ducato Di Milano Tra Cinque E Settecento.** Milano: Giuffrè, 2003, p. 109.

In breve, proprio a partire da questa esperienza storica, 'stile' e 'sovranità' divengono due fattori profondamente intrecciati, ciò risultando confermato proprio dall'osservazione ravvicinata delle forme patologiche con cui le decisioni, a quel tempo, venivano prese: da un lato, l'estremo dell'*arbitrium* giudiziale cui necessariamente conduceva il ricorso, incontrollabile, al 'privato sapere dei giudici'; dall'altro, il mancato rispetto del divieto di decidere 'ultra petita'.

Ora, tutto questo, se colto in una prospettiva di tipo istituzionale, si rivela nuovamente quale modalità assai originale di rivelazione della legge:

> È di estrema rilevanza, allora, notare come lo *stile*, in quanto *stylus curiae*, sia esattamente quel modo di scrittura della decisione per cui il politico si manifesta come legge, divenendo una ontologia *nomica* del mondo. Lo stile della decisione, ossia l'elemento *formale* del decidere, è proprio il punto di passaggio dall'invisibile al visibile come manifestazione del politico *nella* legge, del potere sconfinato della sovranità nel potere costituito della decisione singola.[25]

La questione estetica va dunque riportata a quella dell'ontologico, cioè al processo attraverso cui è reso visibile quell'invisibile giacente alle spalle della legge, delle istituzioni e del funzionamento dello Stato. Tutto ciò può essere rivelato in ultima istanza proprio dallo 'stile' della giurisprudenza, ossia dal suo peculiare modo di decidere, in quanto *morfè* di una particolare ragione politica latente.

Lo stile, possiamo concluderne, è l'articolazione del *politico* nella legge, così come l'estetica è il luogo in cui si compie il passaggio dal metafisico all'ontologico, ossia dall'invisibile al visibile.

Tanto nel caso storico del Senato di Milano, quanto negli esempi attuali sopra ricordati, la scrittura della legge indica un elemento di *manifestazione* del politico che si attua precisamente nell'uso di un particolare linguaggio, o nell'adozione di un peculiare 'schema' di decisione. Questa *soglia*, attraverso cui il politico trapassa nel giuridico, è un dispositivo che realizza la cattura dell'oltre-giuridico, ossia una zona di intersezione tra paradigmi che ha il suo esito in una forma specifica di visibilità della legge, e quindi in una forma ultima di ontologia. Ciò che l'analisi comparativa delle differenti tradizioni giuridiche ci permette di mostrare è, allora, l'intuizione fondamentale per cui ogni testo giuridico – così come è osservabile nell'empiria dei singoli casi - rimane sempre *catturato* all'interno di un particolare 'stile'.

[25] MONATERI, Pier Giuseppe. **Geopolitica Del Diritto. Genesi, Governo E Dissoluzione Dei Corpi Politici**. p. 84

3. IL PROBLEMA DELLO STILE TRA LEGGE E LETTERATURA

In un convegno tenutosi nel 1972 su Nietzsche[26], Jacques Derrida propose di interrogarsi sulla portata delle opere del filologo tedesco proprio ricorrendo al significato della nozione di 'stile'. Nelle parole dello stesso Derrida, l'inevitabile ed intrinseca problematicità di tale concetto si presentano arricchite dal suo effetto pungente, incisivo ed 'inarrestabile':

> Il problema dello stile è, sempre, l'esame, la valutazione di un oggetto acuminato. […] Lo stile avanzerebbe come lo sprone; quello ad esempio di una nave a vele spiegate: il *rostrum*, questa sporgenza che si lancia avanti e spezza l'attacco sino ad aprire in due la superficie avversaria. O ancora, sempre nell'ambito della terminologia marinara, la punta di roccia anch'essa denominata sprone, la quale "rompe le onde all'entrata dei porti".
>
> Lo stile può dunque *anche* proteggere, col suo sprone, dalla minaccia terrificante, accecante, e mortale (di ciò) che si *presenta*, si mostra ostinatamente: la presenza, dunque, il contenuto, la cosa stessa, il senso, la verità – a meno che, in tutto questo disvelarsi della differenza, non si tratti *già* di abisso deflorato.
>
> Già, nome di quanto si cancella o previamente si sottrae, lasciando comunque un segno, una segnatura sottratta in ciò stesso da cui si ritira – il qui-ora – di cui bisognerebbe tener conto.[27]

Metaforicamente, si potrebbe dunque sostenere che lo stile è un qualcosa che ferisce, che colpisce, e che viaggia accanto alle dimensioni della 'presenza', della 'assenza' e della 'verità', di cui costituirebbe in ultimo la 'segnatura'.

Nella recente esposizione dedicata all'argomento, Giorgio Agamben, traendo ispirazione dalla filosofia di Paracelso, nota che la *signatura* è la scienza che rende visibile l'invisibile, ed evidente il nascosto.[28] Tuttavia – e ben diversamente dalle notazioni tratteggiate da Foucault sul medesimo tema - il concetto di 'segnatura' non si risolverebbe semplicemente in quello di 'somiglianza'. Non si tratta, in breve, di verificare le analogie o di indicare le differenze. Al contrario, occorre scoprire all'interno del linguaggio – inteso quale luogo archetipico del segno - quell'"archivio di somiglianze immateriali" che costituiscono lo scrigno ed il substrato autentico di ogni particolare significato.

Come viene notato dallo stesso Agamben, il ragionamento sulla forma è un ragionamento che coinvolge due piani apparentemente opposti, e tuttavia indivisibili del discorso giuridico. La prima considerazione, che suscita interesse proprio nell'esame delle diverse peculiarità dei formanti dell'ordinamento, è che la *forma* non sia soltanto un orpello finalizzato a trasmettere uno

[26] DERRIDA, Jacques. **Sproni: Gli Stili Di Nietzsche**. Milano: Adelphi, 1991.

[27] DERRIDA, Jacques. **Sproni: Gli Stili Di Nietzsche**. p. 42.

[28] AGAMBEN, Giorgio. **Signatura Rerum: Sul Metodo**. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

specifico contenuto, bensì un'entità che possiede in se stessa, ossia nella sua *pura* manifestazione, un messaggio essenziale. La seconda considerazione traccia invece un collegamento tra l'essere della forma e l'essere del contenuto, mirando proprio a disvelare il marchio del politico celato dietro il linguaggio. Ragionare sulle forme linguistiche e sui suoi segni permette, così, di ragionare contemporaneamente anche sull'ontologia della legge, ossia su quelle caratteristiche che competono alle diverse tradizioni giuridiche per il fatto stesso di esistere storicamente, e che divengono in definitiva il terreno su cui instaurare un'analisi linguistico-genealogica.

Il diritto comparato, quale scienza che determina la classificazione delle diverse famiglie giuridiche, assume come si è visto un'importanza essenziale. I piccoli segni con cui si costruisce il linguaggio della legge non consentono soltanto di dislocare in una famiglia o in un'altra il particolare sistema preso in esame, ma si pongono quali indizi privilegiati per raggiungere una comprensione *genealogica* dell'organismo politico e sociale di riferimento, di cui risultano *in primis* il prodotto storico. E ciò, si deve aggiungere, proprio utilizzando le esperienze provenienti dagli approcci letterari.

Come fa ad esempio notare Agamben attraverso l'esame dei *lapsus* nella teoria psicanalitica di Freud, o degli indizi empirici disseminati nei romanzi di Conan Doyle, si può giungere a comprendere la reale funzione delle segnature proprio se si considera che queste ultime "eccedendo la dimensione semiotica in senso stretto, permettono di mettere in relazione efficace una serie di dettagli con l'identificazione o la caratterizzazione di un certo individuo od un certo evento".[29] I preziosi dettagli che condiscono l'empiria degli studi comparatistici assumono in quest'ottica la medesima funzione dei *lapsus*, ossia di indizi e di *soglie* attraverso cui accedere ad un livello di conoscenza superiore.

Riguardo alla scrittura – e traducendo il discorso da un piano filosofico ad uno più spiccatamente giuridico-istituzionale - anche il linguaggio della legge si impone quale luogo delle segnature, ossia del suo 'detto' e del suo 'non-detto': in breve, di quella sostanza politica, invisibile e latente, che ne costituisce l'identità precisa. Già Seneca, insieme a tutta la tradizione stoica, ricordava che "*talis hominibus fuit horatio, qualis vita*"[30]: lo stile di un discorso è lo specchio del carattere di un uomo. La metafora del 'corpo' e della 'vita', come è noto, ha spesso ottenuto una declinazione politica ed istituzionale. Qui, tuttavia, si tratta di prendere sul serio queste antiche

[29] AGAMBEN, Giorgio. **Signatura Rerum: Sul Metodo**. p. 71.

[30] SENECA, Lucio Anneo. **Tutte Le Opere**. Milano: Bompiani, 2000, p. 978.

metafore e di considerare la narrazione della Legge, la sua *horatio*, direttamente in collegamento con la sua *vita*, ossia con la sua identità.

Il diritto diviene allora il luogo per eccellenza per verificare la potenza *segnatoriale* del linguaggio, lo scrigno inesauribile delle sue molteplicità, ciò a causa della costante eccedenza di significato di cui i termini giuridici mostrano l'indole, ora alludendone, ora dissimulandoli.

In questo processo di simulazione e di dissimulazione, di copritura e di scopritura, bisogna così riconoscere – sulla scia della teoria di Benjamin - l'archivio delle somiglianze e delle corrispondenze non-sensibili che uniscono ciò che è proferito ed esternalizzato, a ciò che è soltanto inteso, e purtuttavia presente. In questo senso il diritto comparato opera la funzione essenziale di congiungere l'indagine sulle segnature con quella sulle genealogie del politico: solo entrambi gli ambiti possono concorrere al disvelamento della memoria autentica delle tradizioni giuridiche.

Come si accennava nel titolo di questo paragrafo, tuttavia, il 'problema' dello stile non coinvolge soltanto il piano giuridico, ma si rivela prim'ancora quale interrogativo profondamente letterario, da sempre appannaggio di una riflessione critica che ha avuto proprio nell'*arte dello scrivere* la sua declinazione essenziale.

4. VISIBILITÀ: DA CALVINO A QUENEAU

Esaminando, infatti, tali precise problematiche in un'ottica più eminentemente letteraria, non può non citarsi il decisivo contributo verso una concettualizzazione estetica della narrazione presente nelle opere dello scrittore Italo Calvino.[31] In particolare, nella parte finale della sua lezione sulla 'Visibilità', Calvino affronta direttamente l'enigma della *potenza* della scrittura:

> Tutte le "realtà" e le "fantasie" possono prendere forma solo attraverso la scrittura, nella quale esteriorità e interiorità, mondo e io, esperienza e fantasia appaiono composte della stessa materia verbale; le visioni polimorfe degli occhi e dell'anima si trovano contenute in righe uniformi di caratteri minuscoli o maiuscoli, di punti, di virgole, di parentesi; pagine di segni allineati fitti fitti come granelli di sabbia rappresentano lo spettacolo variopinto del mondo in una superficie sempre uguale e sempre diversa, come le dune spinte dal vento del deserto.[32]

Ogni scrittura, si potrebbe riassumere, è sempre fabbricazione di un linguaggio, quindi

[31] CALVINO, Italo. **Lezioni American, Sei Proposte Per Il Prossimo Millennio**. Milano: Mondadori, 1993.

[32] CALVINO, Italo. **Lezioni American, Sei Proposte Per Il Prossimo Millennio**. p. 100.

'artigianato' di uno stile e costruzione di una forma. Ma come spiega Calvino, il problema fondamentale che occupa la pratica della scrittura è che essa si pone di per sé quale meccanismo di 'cattura' di una dimensione ontologica che abita oltre il testo, e che si mostra comprensibile solo in quanto *oggetto* di tale cattura. Il segno grafico, nella sua torsione, costringe il 'molteplice' ad uniformarsi all'interno uno stile specifico, racchiudendo la multiforme componibilità dell'essere in un testo esatto e preciso.

Forse, fu per questa ragione che Roland Barthes considerava lo stile come una "dimensione verticale e solitaria del pensiero", come una "prigione per lo scrittore", ma anche – e ben al contrario - come una forma di magia, di segreto e, infine, di 'splendore'.[33]

Calato in questa dimensione, lo stile diviene una vera e propria operazione meta-letteraria, quasi una forma di *autorità* (come implicitamente ammette lo stesso Calvino), il cui scopo è raccogliere "i frammenti di una realtà assolutamente estranea al linguaggio" per ricondurli nella densità delle sue figure. Quanto ricordato nei paragrafi precedenti a proposito dell'eccedenza costante del linguaggio della legge e della sua metafisica, trova per l'appunto in queste premesse la propria corretta impostazione. Il gesto 'magico' dello scrittore – romanziere, giudice o legislatore - che cattura la polifonia del reale in un documento o in un atto, è il sigillo di una funzione che non è soltanto *tecnica*, ma prima di tutto politica e sociale.[34] Come sempre Barthes si incarica di mostrare, "La scrittura è quindi una realtà ambigua: da una parte, essa nasce incontestabilmente da un confronto tra lo scrittore e la società, dall'altra, da questa finalità sociale, mediante una sorta di tragico *transfert*, essa rinvia lo scrittore alle sorgenti strumentali della sua creazione."[35]

Il potere e l'apparenza del potere, l'essere e le declamazioni dell'essere, il fatto storico e la sua interpretazione - tale è l'entità di ciò che rimane racchiuso nella scrittura e nello stile, nel loro tono e nel loro fraseggiare: in breve, nel loro 'scrigno' di significati.

Come noto, uno dei principali pregi di quell'approccio interdisciplinare allo studio del diritto noto come 'Legge e Letteratura' consiste nel dimostrare quanto i più essenziali problemi del linguaggio giuridico possano essere, prima di tutto, problemi letterari. Prendendo nuovamente le mosse da Roland Barthes e dal suo progetto utopistico di un 'grado zero' della letteratura,

[33] BARTHES, Roland. **Il Grado Zero Della Scrittura, Seguito Da Nuovi Saggi Critici**. Torino: Einaudi, 2003, p. 11.

[34] Sulla sovranità dell'artista, inteso anche come 'legislatore', si faccia riferimento a KANTOROWICZ, Ernst. **La sovranità dell'artista: Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento**. Venezia: Marsilio, 1995.

[35] BARTHES, Roland. **Il Grado Zero Della Scrittura, Seguito Da Nuovi Saggi Critici**. p. 13.

occorrerà allora domandarsi se anche lo 'stile' possa risultare neutrale ed assolutamente trasparente.

In letteratura, il mito dello stile 'invisibile', pur animando con alterna fortuna le fantasie di qualche scrittore, si è sempre rivelato, in realtà, un traguardo irraggiungibile. Come ricorda Susan Sontag[36], il preteso (e celebrato) stile candido, impersonale ed asettico con cui Albert Camus scrive *Lo straniero* non è null'altro se non il veicolo attraverso il quale l'Autore mostra la visione del mondo – personale e soggettiva - del protagonista Mersault. Analogamente, Cocteu scriveva che non è mai esistito uno stile puramente decorativo: esso è piuttosto un'*anima* che presuppone sempre la forma di un corpo. In breve, "[t]he antipathy to 'style' is always an antipathy to a given style. There are no style-less works of art, only works of art belonging to different, more or less complex stylistic traditions and conventions."[37]

Soprattutto, la visibilità di un certo stile è essa stessa il prodotto di una *coscienza storica*, ossia il frutto di un'evoluzione, di un mutamento, e quindi di un progressivo avvicinamento verso una determinata razionalità linguistica. Ciò porta a sostenere la correttezza di una visione 'ontologica' dello stile. E questo non soltanto per le ragioni ricordate da Barthes – ossia, il fatto che ogni stile è la *segnatura* della presenza dell'autore, e quindi la traccia ineliminabile di un suo atto d'arbitrio - ma anche perché immaginare un'opera d'arte priva di intenzionalità è semplicemente impossibile. Lo stile è, dunque, il fattore *ineliminabile* di ogni cattura dell'esterno, che proprio in quanto tale si dà come fenomeno estetico.

Che lo stile possa conseguentemente essere 'ontologico' è un'evidenza desumibile *in primis* proprio dagli esperimenti compiuti nel mondo della letteratura. All'interno di quel laboratorio di 'letteratura potenziale' noto come 'Oulipo' – e che a lungo affascinò lo stesso Calvino - Raymond Queneau, uno dei suoi massimi rappresentanti, ha mostrato in modo eclatante l'impossibilità di fuggire dallo 'stile', qualunque esso fosse.

L'opera nella quale questo tentativo è articolato, come è noto, si intitola *Esercizi di stile* e, riassuntivamente, può essere visto come un catalogo di variazioni attorno ad un tema comune, quasi nella forma di un estremo e spericolato esercizio letterario.[38] Un semplice episodio appartenente alla vita quotidiana – un banale diverbio su un autobus pubblico - viene colto come

[36] SONTAG, Susan. **Against Interpretation: And Other Essays**. New York: St Martin's Press, 2001.

[37] SONTAG, Susan. **Against Interpretation: And Other Essays**. p. 18.

[38] QUENEAU, Raymond. **Esercizi Di Stile. Testo Francese a Fronte**. Torino: Einaudi, 2008.

pretesto per una carrellata di variazioni 'stilistiche' nelle quali l'Autore sperimenta appieno le più diverse tecniche retoriche e linguistiche. Si passa, così, dalla versione giocosa realizzata unicamente attraverso litoti, a quella espressa per metafore epiche; da quella, assai articolata, in cui ogni termine è strenuamente precisato e definito, a quella – più ermetica e sfuggente - in cui si imita lo stile asciutto della poesia giapponese.

Ovviamente, la 'banalità' del fatto – estremizzata ed amplificata proprio da queste numerose variazioni - ne fa risaltare immediatamente il lato comico, che diviene a tratti parossistico e straniante. Ma altrettanto singolarmente, dell'opera di Queneau è possibile apprezzare la qualità di costante *differimento* del proprio significato: caratteristica, questa, che è comune tanto allo studio del diritto, quanto a quello della letteratura. La legge, infatti, è il luogo per eccellenza in cui si realizza la dispersione e la disseminazione del senso, proprio se la si osserva alla luce del rimando continuo, e potenzialmente infinito, che si verifica tra i formanti del sistema. Il caso giurisprudenziale, ad esempio, si presenta come applicazione del dettato normativo, ma dialoga tanto con le passate pronunce, quanto con le opere scritte dalla dottrina, le quali, commentando in modo analogo le precedenti sentenze, glossano a loro volta il legislatore. Il significato di una legge è quindi perennemente catturato dalle molteplici dimensioni della giurisprudenza e della dottrina, con ciò non potendosi mai dare una volta per tutte e definitivamente, bensì solo precariamente, in quanto scandito dalle dimensioni dell'*apertura* dei significati, del rimando potenziale, dell'allusione e del rinvio.

Allo stesso modo si comporta l'opera di Queneau: l'ironia del testo è raggiunta attraverso l'elaborato intreccio degli stili e dei tropi retorici. Le numerose variazioni si integrano e si completano a vicenda fornendo sempre nuovi elementi alla cornice narrativa. L'accumulo costante e progressivo di questi dettagli si rincorre e si richiama nelle pagine del testo, accrescendo così il contenuto stesso dell'opera.

Tuttavia, gli *Esercizi di stile* non sono soltanto un esperimento di 'molteplicità', o il prodotto del virtuosismo dell'autore. Essi mostrano la polifonia di dettagli che si cela dietro ogni evento e quindi la stessa inevitabilità linguistica che da ciò consegue. Quello che Queneau riesce a palesare – in ciò, in pieno accordo con Susan Sontag - è infatti l'impossibilità di *fuggire* da un determinato stile. Anche in questo particolare tipo di esercizio letterario ciò che ne risulta è che si è sempre catturati, *gettati* in una particolare forma, che non è soltanto un 'vuoto contenitore', ma un'essenza che determina la consistenza ontologica del narrato. Basti solo pensare che, tra gli

innumerevoli esercizi proposti da Queneau al lettore, non ne esiste alcuno considerabile quale 'testo neutro' di 'grado zero', ossia una sorta di ipotetica ed 'innocente' traccia di partenza del tutto trasparente e priva di particolari connotazioni. Anche quando la scrittura si fa più asciutta e diafana, essa è purtuttavia espressiva, tanto da potersi affermare che non esiste alcun tipo di meta-esercizio letterario, nessuna versione sopra tutte le altre. Al contrario, ogni scrittura risulta *già* un particolare esercizio, ossia è *già* calata all'interno di un particolare significato.

A Zweigert e Kotz, secondo i quali lo 'stile' è il riverbero di una particolare tradizione giuridica, Queneau sembra rispondere dimostrando che esso è anche l'origine di ogni forma di letteratura. Ciò è particolarmente curioso se si considera che tra gli esercizi possibili, ma non svolti, Queneau ha indicato emblematicamente lo stile della 'legge', quello della 'arringa difensiva' e persino quello della 'eloquenza giudiziaria', come a voler significare che persino nel momento in cui il linguaggio viene imprestato all'uso giuridico, esso non perde le sue caratteristiche tanto di polimorfia, quanto di inevitabilità.

CONCLUSIONE

È in questa particolare prospettiva che occorre allora considerare le ultime notazioni che Susan Sontag esprime proprio a proposito della 'scelta' dello stile, ossia circa le sue implicazioni epistemologiche ed interpretative.

> In the strictest sense, all the contents of consciousness are ineffable. Even the simplest sensation is, in totality, indescribable. Every work of art, therefore, needs to be understood not only as something rendered, but also as a certain handling of the ineffable. In the greatest art, one is always aware of things that cannot be said (rules of "decorum"), of the contradiction between expression and the presence of the inexpressible. Stylistic devices are also techniques of avoidance. The most potent elements in a work of art are, often, its silences.[39]

Tutto questo, se trasferito sul piano giuridico, mostra davvero la propria ultima significatività. Nella costante gestione di un ineffabile, nel ricorso al silenzio ed alle tecniche per suscitare od evitare particolari effetti, lo stile esprime la sua totale emblematicità, tanto nel diritto quanto nella letteratura. Come si è notato, proprio nello studio del diritto comparato si assiste al verificarsi di due opposti modelli di presentificazione delle legge: da un lato, la 'cattura' di quell'invisibile che viaggia oltre la legge, così come sperimentato dall'opera delle corti di *common law*; dall'altro, la fuga ed il ripiego verso clausole generali ed astratte, così come risulta nel

[39] SONTAG, Susan. **Against Interpretation: And Other Essays**. p. 36.

modello francese e nelle sue declamazioni storiche.

Dopotutto, per citare un grande Autore contemporaneo, lo scopo principale della letteratura è proprio quello di rendere in ultimo *espliciti* quei particolari rapporti tra pratiche che informano l'arte dello scrivere.[40] Ciò implica affermare che la letteratura stessa mostra al suo interno un intreccio specifico tra l'elemento significativo del linguaggio ed un particolare regime di visibilità. Visibilità ed invisibilità, voce e silenzio, esprimibile ed inesprimibili sono dunque le constanti di un gesto intellettuale che si riproduce costantemente in ogni epoca, e che supera la tradizionale separatezza delle discipline scientifiche. Tale, si potrebbe allora dire, è anche il compito del diritto comparato: evidenziare, catturare, rilevare ed in ultima istanza disvelare quei modi particolari di presentificazione in cui il dicibile e il visibile, le parole e le cose giacciono in reciproco rapporto tra loro, per rendere finalmente manifesta quell'intima riserva di senso che abita, nel profondo, ogni cultura normativa.

[40] RANCIÈRE, Jacques. **Politica Della Letteratura**. Palermo: Sellerio, 2010, p. 17.

DEMOCRAZIA E SORVEGIANZA ELETTRONICA *ACROSS THE ATLANTIC*: UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

Maria Vittoria Catanzariti[1]

Il ricorso capillare alla *mass surveillance* - esemplificato dal recente scandalo del *Datagate* - è stato spesso giustificato come il miglior modo di proteggere i cittadini dal terrorismo globale. Quest'affermazione, apparentemente generica, è in realtà un campo minato di semplificazioni e paradossi, l'uso dei quali manipola fortemente il significato della democrazia. La variabile fondamentale di tale uso è rappresentata dall'alternativa visibilità/invisibilità. I programmi della *National Security Agency*, come *Prism*, *Upstream*, *X-Keyscore*, recentemente resi pubblici in seguito alle rivelazioni di Edward Snowden, sono caratterizzati l'influenza dell'uso di tecnologie avanzate sulle politiche di controllo. L'impatto delle trasformazioni tecnologiche nelle società democratiche assume dimensioni tali da far mutare profondamente la percezione dei diritti nel contesto globale: ciò altera inevitabilmente i meccanismi di legittimazione democratica, il peso degli attori pubblici e privati, il prezzo del consenso e, come *extrema ratio* legale tangibile, i limiti della giurisdizione extraterritoriale. Fenomeni come "*Big Data*" e "*Data Mining*" rappresentano la grande metafora della decostruzione dell'individuo e del suo spazio politico contestualmente alla creazione di poteri diffusi.

La questione che emerge in maniera urgente riguarda la trasversalità delle politiche dell'invisibilità. Si assiste sempre più al dispiegarsi di complesse dinamiche che attengono a fenomeni globali di *governance*. Occasioni di contraddittorio, confronto e pluralismo politico diventano sempre più rarefatte e non direttamente riferibili a poteri istituzionalizzati, bensì a nuclei forti di potere. Ciò accade non soltanto in ordinamenti diversi, ma anche a livelli diversi - nazionale, sovranazionale, transnazionale - nel pubblico così come nel privato. Il risultato consiste in una costante mimesi nell'uso dell'invisibilità da parte di poteri diffusi. Attraverso l'invisibilità dell'esercizio del potere, si misura, infatti, la forza degli attori in gioco. Ecco dunque che l'invisibilità, avendo nei sistemi legali democratici la funzione di sottrarre quote indisponibili di vita

[1] Dottore di ricerca in diritto europeo (indirizzo storico-comparatistico), Università di Roma Tre, Avvocato.

alla dimensione politica, si presta molto bene all'uso emergenziale. Tale deriva costituisce, tuttavia, soltanto una delle più evidenti variabili del suo uso.

Quest'articolo avrà ad oggetto l'analisi del fenomeno del *Datagate*, alla luce del raffronto tra la legislazione e la giurisprudenza americana ed europea, indagando la prospettiva teorica giuridico-politica del problema della visibilità del potere.

1. IL SEGRETO DELLA TRASPARENZA

Il discorso sul potere invisibile nell'era della *mass surveillance* deve essere contestualizzato all'interno del mutamento di alcune variabili rilevanti del rapporto tra potere e diritti. Come osservato da David Lyon, la sorveglianza di massa può essere definita come "the focused, systematic and routine attention to personal detail for purpose of influence, management, protection and direction"[2]. Essa rappresenta una modalità attraverso la quale è possibile "strutturare il campo d'azione possibile degli altri"[3].

Innanzitutto, vi è da osservare che la sorveglianza di massa costituisce un esempio evidente di tecnica di segreto che si avvale della trasparenza virtuale e della possibilità di condividere dati su enormi economie di scala. In secondo luogo, nelle società contemporanee le tecniche di sorveglianza trascendono la dicotomia pubblico/privato, nel senso che possono essere indifferentemente utilizzate sia da attori pubblici sia da attori privati. In sostanza, l'indifferenza della sorveglianza alla logica pubblico/privato ne rappresenta la caratteristica fondamentale. La sorveglianza di massa recide, infatti, quel gioco oppositivo tra stato e individuo che sta alla base del sistema dei diritti costituzionalmente garantiti. Occorre, infatti, chiedersi se gli effetti che le tecniche di sorveglianza di massa comportano sulle libertà civili e sui diritti fondamentali possano ancora iscriversi nella parabola del costituzionalismo moderno. La costituzionalizzazione dello spazio comunicativo può indubbiamente rappresentare una variabile teorica al modello del costituzionalismo politico[4]. Tuttavia, il ruolo della *mass surveillance* nell'accelerazione dei meccanismi riflessivi di imputazione sconta la difficoltà di non poter prescindere dal soggetto.

Attorno a questa nuova costellazione di fenomeni che richiedono una tutela, vi è anche

[2] LYON, David. **Surveillance Studies**. Cambridge: Polity Press, 2007. p.18.

[3] FOUCAULT, Michel. **Perché studiare il potere. La questione del soggetto**. DREYFUS, Hubert. **La ricerca della verità. Analitica della verità e storia del presente**. Firenze: Ponte delle grazie, 1989. p. 249.

[4] TEUBNER, Gunther. Fragmented Foundations, Societal Constitutionalism Beyond the Nation State. In DOBNER, Petra – LOUGHLIN, Martin. **The Twilight of Constitutionalism?.** Oxford: Oxford University Press, 2010. p.327.

un'incertezza teorica al riguardo. Come osservato da Neil Richards e Jonathan King, la sorveglianza di massa dà luogo a tre fondamentali paradossi: il primo, quello della trasparenza, riguarda il fatto che la sorveglianza e dunque la conoscibilità dei dati degli individui si realizza attraverso programmi segreti; il secondo, quello della identità, è relativo alla cristallizzazione dell'identità di un individuo nei suoi comportamenti oggetto di videosorveglianza, il che costituisce il libero determinarsi del paradigma identitario; il terzo, quello del potere, probabilmente il più pericoloso, consiste nel fatto che l'apparente riconoscimento di alcuni diritti, come ad esempio la trasparenza in rete, avviene parallelamente alla crescita del potere di attori privati che gestiscono la selezione e l'aggregazione dei dati[5].

Questi tre paradossi affondano le radici nella storia del rapporto tra visibilità e potere.

Il complesso sviluppo del concetto moderno di pubblicità nella tradizione giuridica europea ci mostra che sin da quando la società non crede più ai misteri, si appropria costantemente del segreto come strumento di esercizio del potere. La razionalizzazione dell'arcano subisce, dunque, un processo di differenziazione costante dall'oggetto che esso regola.

Tale assunto può essere interpretato attraverso diverse letture. Nella modernità, ad esempio, il problema del diritto consiste nelle tecniche di disciplinamento dell'invisibilità. Il diritto moderno scommette, infatti, sulla possibilità che la politica cessi di "apparire" in pubblico attraverso le sue forme. Tuttavia i meccanismi di incorporazione che il diritto pone in essere non sono integrali. La legittimazione di alcune pratiche sociali opera, infatti, proprio attraverso il meccanismo pubblico della segretezza, che consiste nella previsione di forme pubbliche atte a riconoscere e localizzare l'uso di alcune pratiche segrete. La previsione pubblica del segreto è, infatti, volta a legittimare il carattere arbitrario della decisione segreta. Le forme democratiche sono, infatti, quelle che più delle altre fanno uso del segreto, proprio perché devono riconoscere pubblicamente il limite al potere. Esse necessitano, dunque, di un surplus di legittimazione. Esiste, tradizionalmente, un limite di compatibilità tra l'uso del segreto e la democrazia, che consiste nella previsione pubblica, circoscritta a determinati casi e tassativa dell'uso del segreto. Il ricorso all'invisibilità risulta, pertanto, una pratica giustificabile nella misura in cui essa si collochi all'interno di un processo che è di per sé non segreto[6]. Il fatto che l'invisibilità sia diventata

[5] RICHARDS, Neil M. - KING, Jonathan H. Three Big Paradoxes on Big Data. In **Stan. L. Rev. Online** 41, p. 66. 2013.

[6] THOMPSON, Dennis F. Democratic Secrecy. In **Political Science Quarterly**, Vol.114, n. 2, p. 181, p. 182. 1999: "Publicity is the pre-condition of deciding democratically to what extent (if at all) publicity itself should be sacrificed".

soltanto in tempi recenti, sintomatica di una logica emergenziale, ha in realtà ragioni profonde rintracciabili in una lunga elaborazione teorica, nella quale il segreto ha rappresentato, sin dalla nascita del moderno, le forma comunicativa del nucleo vitale del potere[7].

La localizzazione del segreto, quale schermo di un esercizio illegittimo del potere, è stata, nella storia dei sistemi giuridici europei, legata allo slittamento della linea di demarcazione tra pubblico e privato. In altre parole, molto spesso l'alterazione dell'equilibrio tra pubblico e privato ha determinato l'insorgenza di quote di invisibilità, rendendone visibili i luoghi. Il dare un "volto" all'uso del segreto ha permesso, seppur in maniera limitata, una forma di controllo da parte dell'opinione pubblica. Tale fenomeno si è reso possibile grazie alla resistenza di alcuni limiti all'esercizio indiscriminato del potere che hanno costituito i presupposti dello sviluppo delle forme democratiche contemporanee e del neo-costituzionalismo moderno.

Nella tradizione giuridica moderna il riconoscimento dei diritti individuali è avvenuto contestualmente alla creazione dello stato assoluto, poiché tali diritti si sono sviluppati come forma emancipativa volta a contrastare lo sviluppo del potere pubblico[8]. Tale complesso fenomeno ha avuto luogo attraverso precise tecniche di disciplinamento dei saperi, che hanno determinato l'insorgenza di forme di controllo sulla produzione e sulla diffusione della conoscenza.

Questo passaggio è indice, tra i tanti, delle trasformazioni che investono la dicotomia pubblico/privato. Mentre, infatti, il rapporto tra potere e invisibilità è transitato, nella costruzione dello stato di diritto, attraverso la parabola del pubblico, facendo da contraltare al privato, fenomeni come il *datagate* dimostrano che i risultati della gestione dell'invisibilità da parte di pubblico e privato sono stati non soltanto convergenti, ma addirittura concorrenti nelle modalità e nei fini[9].

Il problema che si pone nell'era della sorveglianza di massa è, in primo luogo, quello di comprendere se tale inquadramento teorico richieda alcuni correttivi. In secondo luogo, la questione urgente non è tanto quale sia la portata di clausole generali, come la *national security*, in nome delle quali i diritti possono essere sacrificati, bensì in quale misura le forme di

[7] Cfr. più diffusamente CATANZARITI, Mariavittoria. **Segreto e potere. I limiti della democrazia**, Torino: Giappichelli, 2014, p. 113.

[8] CATANZARITI, Mariavittoria. Segreto e potere. I limiti della democrazia, p.87; GRABER, Christoph. Internet creativity, communicative freedom and a costitutional rights theory response to "code is law". In PAGER, Sean A. – CANDEUB, Adam. **Transnational Culture in the Internet Age**, Northampton: Edward Elgar, 2012, p. 135-164, p. 156.

[9] Cfr. RICHARDS, Neil M. The Dangers of Surveillance. In **Harvard Law Review**, vol. 126, p. 1935. 2013.

disciplinamento delle informazioni demandate alle nuove tecnologie siano indipendenti dall'esercizio del potere. In altre parole, la pratica di acquisizione, collezione e utilizzo dei dati degli individui, attuata al solo scopo del controllo fine a se stesso, ha la funzione di diffondere la forza del potere, non individuando necessariamente un target determinato di soggetti. La delocalizzazione, tuttavia, non ne diminuisce la forza, poiché la produzione del potere è destinata in ogni caso a espandersi.

La *mass surveillance* ha completamente eroso il concetto di limite, operando al di fuori della logica disciplinante delle pratiche di controllo. La ragione si rinviene nella totale indipendenza della *mass surveillance* dal rapporto tra pubblico e privato. Al contrario, le tecniche di sorveglianza di massa si avvalgono della cooperazione tra attori pubblici e attori privati. Tra questi ultimi non vi sono soltanto le imprese che traggono naturalmente profitto dalla collezione dei dati, ma anche gli stessi individui che volontariamente decidono di condividere i propri dati su piattaforme virtuali, alleggerendo notevolmente il lavoro della NSA. Il consenso preventivo al trattamento dei dati personali fornito dagli utenti dei social network è soltanto un esempio delle conseguenze dell'uso del consenso individuale da parte dei grandi giganti del web. Tale trasversalismo produce l'effetto di neutralizzare l'operatività della dicotomia pubblico/privato come equilibrio tra poteri e come forma vitale di resistenza all'interno della democrazia. L'inedito consiste nella gestione di un'enorme mole di dati da parte di attori indifferenziati, tanto pubblici quanto privati. Il "data mining" rappresenta un esempio di utilizzo dell'uso del segreto che fatica a essere interpretato in base al modello costituzionale della divisione tra poteri, del bilanciamento di interessi e del tentativo di evitare il primato del pubblico sul privato o del privato sul pubblico. Il target delle tecniche di sorveglianza di massa non è il singolo individuo, ma la massa. Il dato quantitativo del controllo costituisce una variabile molto significativa per la comprensione del fenomeno. Si potrebbe, anzi, affermare che il fenomeno su scala assorbe già di per sé concettualmente le diverse conseguenze che comporta: come sintetizzato da una formula "it is not possible to go against the flow".

Il concetto di rete, che sempre di più disarticola la struttura gerarchica del potere, muta notevolmente la fisiologia del controllo: essa non è più apparentemente verticistica, bensì circolare. Il tradizionale schema del *panopticon* di Bentham viene, infatti, sempre più sostituito dalla struttura reticolare del *network*, nel quale gli individui sono sorvegliati mentre hanno la possibilità di sorvegliare. Ciò comporta l'apparente creazione di uno spazio di libertà, cioè della

capacità di controllo individuale attraverso l'acquisizione di informazioni. Tuttavia, esso delocalizza notevolmente la responsabilità degli attori in gioco, determinando un meccanismo inversamente proporzionale nel quale al crescente potere diffuso corrisponde una dissipazione delle forme di controllo individuale.

2. DALLA 'TECNICA' AL TARGET

La dinamica dell'invisibilità del controllo dei dati funziona in maniera mimetica, nel senso che quando un potere ne fa uso, tale meccanismo viene replicato dai poteri concorrenti. Ciò non consente di considerare isolatamente le dinamiche inerenti alla sorveglianza né dal lato degli stati né da quello del mercato. La cooperazione tra questi poteri disinnesca, infatti, la logica antagonista del limite al controllo segreto dei dati. L'osservazione di questi fenomeni è interessante poiché ha generalmente ad oggetto ipotesi di indisponibilità dei diritti. Le pratiche sottratte al controllo pubblico vengono giustificate spesso, in maniera visibile, attraverso il filtro del segreto di stato. A tal proposito, con riferimento agli Stati Uniti, è degno di nota il caso *ACLU* v. *NSA*[10], nel quale un gruppo di giornalisti, accademici, avvocati e organizzazioni no profit fece ricorso alla corte federale dell'Eastern District of Michigan, lamentando la violazione da parte dell'Esecutivo della dottrina della violazione dei poteri, del Primo e del Quarto Emendamento, nonché di alcune leggi federali e del FISA relativamente alla condotta di intercettazione illegali[11]. Il Governo replicò opponendo lo *state secret privilege*, ma la corte dispose l'inapplicabilità della *Totten Rule* (cioè la *non justiciability* del segreto di stato) al caso di specie, perché non riguardava rapporti di spionaggio. Nel sistema statunitense si è molto diffuso nell'ultimo decennio l'utilizzo delle *National Security Letters* (NSL), autorizzazioni attraverso le quali il *Fedeal Bureau of Investigation* (FBI) può ottenere informazioni sulle persone da parte di compagnie telefoniche, Internet providers, banche, agenzie di credito e altre istituzioni, alle quali è posto il divieto di svelarne l'esistenza ai diretti interessati. Il problema fondamentale riguarda l'onere della prova da parte di chi agisce in giudizio, poiché coloro ai quali vengono dirette tali tecniche di sorveglianza, non possono provare l'esistenza di programmi segreti, il cui contenuto non è evidentemente accessibile. Nel caso *Al-Haramain Islamic Foundation, Inc. v. Bush*, la District Court dell'Oregon, e

[10] *American Civil Liberties Union* v. *NSA*, 493 F.3d 644 (6th Circ. 2007).

[11] Cfr. sul punto BIGNAMI, Francesca. European Liberty Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining. In **Boston College Law Review**, vol. 48, n.3, pp. 614-619. 2007.

nel caso *Amnesty International USA v. Clapper*, da ultimo, la Corte Suprema ha ritenuto che sulla parte attrice ricadesse l'onere della prova in merito alla segretezza dei programmi di sorveglianza.

Da parte dello Stato, dunque, vi è ancora una forte resistenza della sicurezza nazionale come baluardo giustificativo di pratiche che sarebbero altrimenti illegittime.

Anche in Europa, il Trattato di Lisbona ha dato impulso alla disciplina della segretazione degli atti a livello comunitario[12]. Come noto, l'art. 346 TFUE fa salva la facoltà di ciascuno stato membro di non "fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza con l'obbligo di leale cooperazione tra gli stati e le stesse istituzioni"[13]. Questa norma si riferisce essenzialmente a tre categorie di documenti: quelli atti a garantire la protezione della pubblica sicurezza, della difesa e delle materie militari, delle relazioni internazionali, della politica finanziaria ed economica; quelli ai quali è consentito l'accesso soltanto se vi è il rischio del pregiudizio di un interesse pubblico; infine i documenti, il cui disvelamento comprometterebbe il processo decisionale in seno alle istituzioni[14]. Il problema è emerso nel momento in cui il trattato di Amsterdam ha riconosciuto l'accesso ai documenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione (art. 255 TCE), fino allora coperti da segreto[15]. Il regolamento applicativo di tale disposizione (Regolamento CE 1049/2001) prevede, infatti, la regola dello stato autore come principio generale, sottoponendo, cioè, la divulgazione degli atti al consenso dell'autorità che li ha redatti[16]. In tal modo entra in gioco, ponendosi in apparente conflitto, la

[12] Sulle attuali trasformazioni della ragion di stato cfr. KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. International Governance as New Raison d'État? The Case of the EU Common Foreign and Security Policy. In **European Journal of International Relations**, vol.10, n.2, p. 174: "The *new raison d'état* approach asserts that intergovernmental cooperation can be the result of collusive delegation, i.e. the attempt by government to loosen domestic constraints by shifting decision-making to international settings and organizations".

[13] Cfr. sul punto KRANENBORG, Herke. Access to documents and data protection in the European Union: on the public nature of personal data. In **Common Market Law Review**, vol. 45, p. 1079 ss. 2008.

[14] KRANENBORG, Herke. Access to documents and data protection in the European Union: on the public nature of personal data. p. 1084.

[15] L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha inoltre fornito un rimedio alla mancanza di controllo da parte del Parlamento europeo in materia di missioni civili e militari dell'UE, attraverso la predisposizione del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) nel dicembre 2010. Al Segretario Generale del SEAE fanno capo il centro di coordinamento dell'intelligence (Sitcen) e la direzione generale responsabile delle delegazioni esterne e del bilancio. Delle altre direzioni generali, una ha compiti di ordine generale e di *crisis management*, mentre le altre si occupano di aree o paesi specifici. In risposta all'interrogazione parlamentare n. 4-03732 (Fascicolo n. 110), sono state definite le funzioni del centro di coordinamento: "Il SITCEN non si configura come un vero e proprio organo di *intelligence*, in quanto non effettua direttamente attraverso il proprio personale la raccolta delle informazioni che successivamente elabora. Il Centro attinge però a numerose fonti liberamente disponibili (le cosiddette fonti aperte, *open source intelligence*) e, grazie all'attivo sostegno degli Stati membri, anche ad informazioni rese da queste disponibili in via riservata. In virtù di tali contributi il Centro analizza, elabora e rende disponibili informazioni su temi di sicurezza (interna ed esterna alla UE), sia per usi civili che militari". Il centro opera ventiquattro ore su ventiquattro monitorando gli eventi su scala mondiale e producendo dei rapporti giornalieri. Sul punto cfr. COMELLI, Michele – MATARAZZO, Raffaello. La coerenza della politica estera europea alla prova: il nuovo Servizio europeo per l'azione esterna. **In Documenti Istituto Affari Internazionali (IAI 1010)**. 27 maggio 2010. Disponibile in: http://www.iai.it/pdf/DocIAI/iai1010.pdf. Accesso effettuato in: 28/02/14.

[16] VEDASCHI, Arianna. Il segreto di stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali. In **Dir.**

disposizione di cui all'art. 4 TUE, che salvaguarda il principio di leale cooperazione. Esisterebbero, in base alla lettura congiunta delle norme, due diversi regimi di segretezza: il primo volto a individuare nel principio di trasparenza la regola generale, derogabile in base alle condizioni previste dall'art. 4 TUE, cioè in base al principio di leale collaborazione, prescindendo dalla volontà dello stato autore responsabile della classifica di segretezza; l'altro volto a tutelare, attraverso l'eccezione dell'art. 9 di detto Regolamento (che rinvia all'art. 4), i cosiddetti documenti sensibili, cioè "quei documenti provenienti dalle istituzioni o dalle agenzie da loro istituite, da Stati membri, paesi terzi o organismi internazionali, classificati come "confidential", "secret" e "top secret", riguardanti interessi essenziali dell'Unione europea o di uno o più Stati membri[17]. Tale limitazione ha ad oggetto la tutela dell'interesse pubblico in ordine alla sicurezza pubblica, alla difesa ed alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno stato membro, ma anche la vita privata e l'integrità dell'individuo. L'eccezione si applica soltanto al settore delle relazioni estere e di difesa, al cosiddetto secondo pilastro. Il problema interpretativo, tuttavia, si presenta ogni qual volta ci si trova a dover gestire informazioni sulle quali viene apposta la classifica di segretezza, in maniera differente, a seconda cioè che i negoziati internazionali seguano il riparto di competenze in politica estera e difesa ai sensi dell'art. 9 del Regolamento, o ai sensi dell'art. 218 TFUE. In questo caso, infatti, il trattato prevede che il Parlamento debba essere informato in modo "completo e tempestivo" durante le fasi dei negoziati, senza che la Commissione o il Consiglio possano essere legittimati a negare l'accesso a informazioni coperte dal segreto, o possa applicarsi la regola del "rifiuto dello stato terzo autore"[18]. L'eccezione prevista dal suddetto regolamento imporrebbe dunque un divieto di disparità di trattamento. Invero, le ragioni che hanno portato all'adozione della disposizione in esame erano legate all'imminente scadenza del termine fissato dal Trattato per l'adozione del regolamento e l'adozione formale a livello europeo degli standard Nato nei settori della politica estera e della difesa. Il rinvio ai regolamenti pose, infatti, fine al problema, poiché l'adeguamento agli standard Nato sarebbe anche potuto avvenire a livello interno, eludendo le difficoltà che si

---

pubbl. comp. eur., 2012, p. 982; cfr. sul punto CURTIN, Deirdre M. **States of Secrecy: the European Union Executive Unbound**. Disponibile in: http://www.transparencyconference.nl/papers, p. 23 ss. Accesso effettuato in: 28/02/2014; CURTIN, Deirdre M. **States of Secrecy Top Secret Europe**. Disponibile in: http://oratierceks.nl/upload/pdf/PDF-5066weboratie_Curtin.pdf, p.8-10. Accesso effettuato in: 28/02/14.

[17] Cfr. CURTIN, Deirdre M. Official Secrets and the Negotiation of International Agreements: Is the Eu Executive Unbound? In **Common Market Law Review**, vol. 50, n.2, pp. 426-427. 2013.

[18] Cfr. sul punto CURTIN, Deirdre M. **Judging EU Secrecy**. Amsterdam Centre for European Law and Governance, Research Paper n. 07, p.8, 2002.

erano manifestate in sede di accordi tra Parlamento e Consiglio[19]. In particolare, tra gli standard Nato fu riprodotta la disposizione che richiedeva il consenso dello stato autore per la declassificazione del documento sensibile[20]. Inoltre i cosiddetti "treaties on mutual legal assistance" (MLATs) tra Europa e Stati Uniti, che coprono le indagini penali, ma non i programmi di sicurezza nazionale, contengono numerose eccezioni al dovere di cooperazione[21]. Il problema del doppio regime, dunque, investe non soltanto le informazioni sulla sicurezza nazionale ma anche la protezione dei dati privati. In tal senso, è molto significativo l'impulso politico derivante dagli *intergovernmental intelligence networks*, che a livello transnazionale giocano un ruolo decisamente più incisivo dei trattati[22]. Un *intergovernmental network* può essere definito come "a pattern of regular and purposive relations among like government units working across the boarders that divide countries from one another and demarcate the 'domestic' form the 'international' sphere". Attraverso questa pratica adottata indifferentemente al di qua e al di là dell'Atlantico, come osservato da Bignami, gli stati rinunciano al controllo unilaterale sulla politica estera. Un esempio è stato in Europa l'approvazione del Safe Harbor Agreement nel 2000 e di Europol nel 2003. In entrambi i casi vi era stata una forte opposizione da parte del Parlamento, e tali iniziative erano state implementante grazie alla comitologia che assicurava una più diretta cooperazione tra stati nazionali e Commissione Europea. Queste pratiche sono state considerate un esempio di "indirect administration" attraverso la quale le autorità nazionali compiono per prime la decisione che poi viene spesso soltanto confermata a livello europeo dai comitati rappresentanti degli stati nazionali. In particolare, per quel che riguarda la protezione dei dati personali, l'art. 25 della Direttiva 95/46 prevede che il trasferimento dei dati agli stati terzi possa avvenire soltanto quando vi siano determinate condizioni. Innanzitutto, l'adeguatezza dello standard di protezione da parte del paese terzo deve essere determinato alla luce del contesto in cui avviene il trasferimento; deve essere prestata particolare attenzione alla natura, alle finalità e alla durata del trasferimento; il paese d'origine e il paese d'arrivo del trasferimento. Inoltre le

[19] La riflessione sullo spionaggio ha tradizionalmente riguardato il segreto si stato nazionale, il quale aveva come limite principale il territorio statale, cfr. LAQUEUR, Walter. **Un mondo di segreti: impieghi e limiti dello spionaggio**, Milano: Rizzoli, 1986, p. 400 ss.

[20] DE CAPITANI, Emilio. **Unione Europea e segreto di stato: un quadro normativo ancora in piena evoluzione**. Disponibile in: *http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-26/De-Capitani_Unione-europea_segreto-Stato.pdf*, p. 5. Accesso effettuato in: 28/02/14.

[21] BIGNAMI, Francesca. American Liberty Versus European Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining. In **Boston College Law Review**, vol. 48, n.3, p. 667. 2007.

[22] Cfr. sul punto BIGNAMI, Francesca. Transgovernmental Networks vs. Democracy: The Case of the European Information Privacy Network. In **Michigan Journal of International Law**, Vol. 26, p.807, 845. 2005. BIGNAMI, Francesca. Mixed Administration in the European Data Protection Directive: The Regulation of International Data Transfers. In **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, p. 31. 2004.

autorità nazionali e la Commissione hanno il compito di segnalare rispettivamente i casi di non adeguatezza degli standard adottati dai paesi terzi rispetto alla direttiva. La sottoscrizione del Safe Harbor Agreement mirava a superare i limiti posti dalla Direttiva attraverso un sistema di autocertificazione di adeguatezza degli standard di trattamento dei dati rispetto a quanto imposto dalla Direttiva 95/46/CE da parte delle società americane operanti nel territorio europeo. I principi sui quali si fonda il Safe Harbor Agreement ricalcano grossomodo il contenuto della direttiva Europea: notice, choice, onward transfer, security, data integrity, access, enforcement. Tuttavia il sistema dell'autocertificazione del raggiungimento degli standard richiesti è spesso elusivo di tali principi. In base ad essi, i soggetti interessati dovrebbero fornire il proprio consenso al trattamento e al trasferimento dei propri dati, dovrebbero ricevere una notifica da parte delle società che effettuano il trattamento, potrebbero accedere ai propri dati in qualsiasi momento; le società, di contro, dovrebbero assicurare standard adeguati di sicurezza e integralità dei dati, mentre i governi dovrebbero assicurare delle procedure di effettiva protezione e adeguatezza agli standard richiesti. In particolare, tra le policy di sicurezza più diffuse compare sempre l'obbligo di confidenzialità, integrità e accessibilità dei dati.

Il consenso individuale al trattamento dei dati è apparso negli ultimi decenni, in Europa, soprattutto per quel che riguarda il trasferimento dei dati a livello internazionale, uno strumento limitativo della responsabilità dei service provider e delle società che hanno trattato questi dati. Tale questione è ritornata in maniera dirompente nel nuovo regolamento sulla protezione dei dati. Recentemente, peraltro, il Parlamento Europeo ha adottato una risoluzione con la quale ha richiesto la sospensione del Safe Harbor Agreement, alla luce delle connessioni con i programmi di sorveglianza di massa[23].

3. PROTEZIONE DEI DATI: *ONE UNIQUE FLOW*

L'altro effetto evidente del cambiamento di paradigma relativo ai diritti riguarda, per l'appunto, la protezione dei dati personali. A livello esemplificativo, il sistema europeo e il sistema americano rappresentano due differenti modelli culturali che meritano di essere posti a confronto sotto il profilo del significato che il diritto alla privacy ha assunto tradizionalmente in questi

[23] **Motion for a European Parliament on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens'fundamental rights and on translatlantic cooperation in Justice and Home Affairs** (2013/2188INI). Disponibile in: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A7-2014-0139&language=EN. Accesso effettuato in: 20/12/2014.

contesti.

Mentre in Europa, infatti, il diritto alla privacy è considerato un diritto fondamentale collegato al concetto di dignità della persona, negli Stati Uniti la privacy appartiene alla sfera di autodeterminazione individuale contro le interferenze di attori pubblici e privati, che può anche essere rinunciata pattiziamente a livello contrattuale[24]. In Europa, inoltre, la tutela può essere definita di tipo preventivo, tant'è che la tutela viene anticipata al livello dell'acquisizione dei dati, grazie all'intermediazione delle autorità amministrative indipendenti, in America la tutela avviene *ex post*: acquisizione iniziale dei dati non significa trattamento dei dati, di conseguenza la tutela è spostata a un livello successivo rispetto al modello europeo. Ciò si spiega anche grazie alla diversa propensione all'*adversarial legalism* da parte degli americani rispetto agli europei, i quali preferiscono optare generalmente per negoziazioni di tipo amministrativo[25].

I programmi svelati da Snowden non costituiscono una rottura rispetto al passato nella storia americana. La politica della sicurezza negli Stati Uniti è stata sin dalla creazione della NSA nel 1952 durante la guerra Fredda orientata alle tecniche di sorveglianza dei propri cittadini. Basti pensare a programmi come Ukusa e Watergate.

Nel 2000 fu rivelato il programma ECHELON, al quale seguirono, dopo l'11 settembre, lo USA Patrioct Act e gli emendamenti del FISA, volti alla realizzazione di specifiche misure di sorveglianza nei confronti dei cittadini non europei. La novità dei programmi rivelati da Edward Snowden come *Upstream*, *XKeyscore* o *Bullrun* consiste nel fatto che per la loro attuazione la NSA si avvale della collaborazione di network pubblici e privati[26]. Il controllo è capillare e va dall'invio di copie dei dati attraverso cavi internazionali a fibre ottiche a indicizzazioni di indirizzi email, indirizzi IP, liste di nomi, numeri telefonici dai quali gli analisti possono ricavare parametri di selezione (cosiddetti "selectors") rilevanti in base al target di individui oppure comportamenti anomali e sospetti rispetto alla media. I dati, inoltre, possono anche essere integrati attraverso algoritmi in grado di decifrare chiavi crittografiche. Questo fattore costituisce, ad esempio, una criticità nel sistema normativo europeo, tant'è che si è molto discusso se il concetto di metadato potesse

[24] Cfr. sul punto BIGNAMI, Francesca. American Versus European Liberties: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining, p.609; BIGO, Didier - CARRERA, Sergio e altri. **National Programmes for Mass Surveillance of personal data in EU Member States and their compatibility with EU law**. European Parliament, European Union, 2013, p. 12, 20, 28.

[25] Cfr. sul punto KAGAN, Robert A. **Adversarial Legalism. The American Way of Law.** Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 181.

[26] BOWDEN, C. **The US surveillance programmes and their impact on EU's citizens fundamental rights**. p. 13-14.

rientrare nella categoria dei dati personali[27]. Difatti, le tecniche di sorveglianza hanno subito anche in Europa una profonda accelerazione dopo l'11 settembre, che ha portato nel 2006 all'adozione della Direttiva sul Data Retention, dichiarata invalida dalla Corte di Giustizia soltanto nel 2014[28].

La Direttiva 2006/24/CE sul *Data Retention* prevedeva l'obbligo per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica di conservare i dati dei propri utenti per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale. Ciò, in base alla Direttiva, aveva lo scopo di "identificare l'abbonato o l'utente registrato", tuttavia in base al solo trattamento dei metadati, e non dei contenuti.

Altri programmi, come quello relativo al *passenger number record*, utilizzato al fine di prevenire e combattere il terrorismo. Il programma prevedeva che i dati potessero essere conservati per tre anni e mezzo; i reclami da parte dei passeggeri potevano essere proposti soltanto per iscritto; i dati trasferiti al Custom Boarder Protection (CBP) potevano essere condivisi con il Transportation and Security Administration (TSA)[29].

Tuttavia, la recente pronuncia della Corte di giustizia (08.04.2014 n° C-293/12) ha dichiarato invalida la direttiva sul *Data Retention*, la quale avrebbe, infatti, ecceduto i limiti di proporzionalità, considerando che la conservazione dei dati fino al massimo di due anni da parte delle compagnie telefoniche e l'accesso di tali dati consentito alle autorità nazionali competenti, costituisce un'ingerenza particolarmente grave nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale. In particolare, i programmi di sorveglianza di massa su larga scala non sarebbero stati sufficientemente circoscritti e tali da assicurare che l'interferenza fosse limitata a finalità necessarie. "Inoltre – ha osservato la Corte di Giustizia - il fatto che la conservazione ed il successivo utilizzo dei dati avvengano senza che l'abbonato o l'utente registrato ne siano informati può ingenerare negli interessati la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza".

La direttiva, secondo le argomentazioni della Corte, ha, infatti, permesso di identificare comunicazioni di alcuni individui con utenti registrati e abbonati; la durata delle comunicazioni e

[27] Cfr. RUBINSTEIN, Ira S. **Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?**. *Public and Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 12-56, p.1.

[28] Sentenza n° C-293/12, 8-4-2014.

[29] BUSCH, Andreas. **From Safe Harbour to the Rough Sea? Privacy Disputes across the Atlantic**. SSRN Script-Ed, Vol. 3, 2006, p. 312.

del luogo dal quale tali comunicazioni sono state effettuate; la frequenza delle comunicazioni tra gli utenti registrati o abbonati con determinate persone i cui dati sono stati collezionati. I fondamentali motivi in base ai quali la direttiva è stata dichiarata invalida riguardano, in primo luogo, il fatto che essa non distingue tra individui e dati. La Corte afferma, infatti, che la Direttiva ha reso possibile la collezione di tutti i dati di tutti gli individui sottoposti da parte di service providers e compagnie telefoniche, soggetti ai quali l'obbligo di collezione dei dati è rivolto. In secondo luogo, la direttiva non ha previsto alcun criterio oggettivo mediante il quale le competenti autorità nazionali potessero giustificare l'accesso ai dati per finalità di prevenzione, detenzione e indagini penali. Inoltre la direttiva non ha fornito un criterio oggettivo per poter determinare la necessità dei diversi periodi di detenzione compresi tra sei mesi e due anni, e non assicurava al termine del periodo di raccolta la distruzione irreversibile dei dati. Infine, la Corte ritiene che la Direttiva, non richiedendo che i dati rimanessero all'interno dello spazio europeo, avrebbe violato indirettamente la normativa europea, e in particolare la Carta Europea dei Diritti Fondamentali, la Direttiva 45/96/CE sulla protezione dei dati personali e la Direttiva 2002/58/CE sulla protezione dei dati personali e della privacy nel settore delle telecomunicazioni.

Questa sentenza può essere letta come un passo importante nell'insieme delle iniziative che recentemente il legislatore e le corti europee hanno adottato per la salvaguardia dei diritti fondamentali. Negli ultimi tempi in Europa si è assistito al tentativo di arginare la politica americana in materia di *foreign intelligence*. Ciò non è chiaramente avvenuto al livello dei trattati internazionali, bensì al livello giudiziario. Sia la Corte di Giustizia sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno infatti giocato un ruolo propulsivo nel porre un limite alle forme di controllo operate in violazione del diritto alla *privacy*. In particolare, è recente il rinvio pregiudiziale dell'Alta Corte irlandese nei confronti della Corte di Giustizia in merito alla compatibilità del Safe Harbor Agreement con gli articoli 7 e 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[30]. La questione riguarda la legittimità del trasferimento dei dati da *Facebook* alla NSA alla luce del diritto europeo, in quanto coperto dal *Safe Harbor Agreement*[31]. Persino la recente decisione *Google Spain*, sebbene riguardi la diversa questione dell'applicabilità della direttiva comunitaria in materia di protezione dei dati personali (45/96) al trattamento operato da Google, e in particolare del diritto all'oblio, evidenzia una scelta di politica del diritto orientata alla tutela dei diritti

[30] High Court of Ireland, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, n.765JR/2013.

[31] I principi ispiratori del *Safe Harbor Agreement* sono i seguenti: *Notice*, *Choice*, *Onward Transfer*, *Security*, *Data Intergity*, *Access*, *Enforcement*.

fondamentali dei cittadini europei anche rispetto a violazioni grazie ad un'interpretazione ampia del criterio di territorialità dei server provider.

La Corte Europea, da ultimo, è stata destinataria di un ricorso da parte di una società inglese promotrice delle libertà civili (*Big Brother Watch and Others* v. *UK*[32]), la quale lamenta che il programma inglese di *mass surveillance* cd. TEMPORA violerebbe l'art. 8 CEDU. Al momento la Corte non ha ancora emesso una sentenza.

4. LE NUOVE FRONTIERE DEL REGOLAMENTO EUROPEO

La recente proposta di Regolamento Europeo che modifica sensibilmente la Direttiva sulla protezione dei dati personali è stata una chiara risposta da parte dell'Europa nel senso di una rivendicazione del principio di territorialità della giurisdizione.

Il 25 gennaio 2012 la Commissione Europea ha presentato una proposta di riforma della disciplina riguardante la protezione dei dati personali, che comprende sia una bozza di Direttiva sulla protezione dei dati personali in materia di giustizia penale, sia il nuovo regolamento sulla protezione dei dati personali[33]. Il regolamento sostituirà la Direttiva 95/46/CE, sarà direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali al trattamento dei dati personali in attività di stabilimento del responsabile del trattamento dei dati personali (ad esclusione dei metadati), modificando in parte anche la Direttiva 2002/58/CE, che continua a disciplinare gli specifici obblighi dei service provider. La proposta prevede la non obbligatorietà di notificare i trattamenti all'Autorità di protezione dati, poiché i responsabili e gli incaricati del trattamento sono tenuti soltanto a conservare la documentazione di tutti i trattamenti effettuati sotto la propria responsabilità

Tra le novità del nuovo regolamento ne possono essere ricordate alcune tra le più salienti, come il diritto all'oblio, il principio del "one stop shop", l'obbligo della nomina del "data protection officer". Perché il nuovo regolamento entri in vigore, è necessaria l'approvazione sia da parte del Parlamento sia da parte del Consiglio dell'Unione Europea. Entrambi hanno finora presentato, durante la Presidenza Greca e Italiana 2014, diversi emendamenti al testo della Commissione. Il testo proposto dal Parlamento è stato anche approvato dalla Commissione

[32] Application n. 58170 del 4 settembre 2013.

[33] **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation**). Disponibile in: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf. Accesso effettuato in: 20/12/2014

parlamentare Libertà civili, giustizia e affari interni (LIBE). Il Consiglio dell'Unione Europea ha invece reso note il 29 ottobre 2014 le revisioni al Capitolo IV del Regolamento, intitolato "Responsabile del trattamento e Incaricato del trattamento", basate su valutazioni che riguardano il rischio del trattamento[34].

Il nuovo regolamento si propone, dunque, l'obiettivo di assicurare un maggiore controllo dei dati personali da parte dei soggetti interessati mediante meccanismi più efficaci di controllo del flusso informativo. Mira, in secondo luogo, a creare un unico mercato dei dati e una disciplina unitaria direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali, semplificando le procedure e aggiornando i principi già contenuti nella Direttiva 95/46/CE, per adeguarli all'economia digitale.

Esso si pone, dunque, in continuità con la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha assunto il ruolo propulsivo di difesa delle libertà civili mediante un'interpretazione ampia del criterio di territorialità dei server provider.

Tra i problemi aperti del nuovo regolamento vi è quello della giurisdizione extraterritoriale dell'Unione Europea. Il regolamento si applica ai cittadini residenti nell'Unione i cui dati siano oggetto di trattamento da parte di un responsabile del trattamento che non ha il proprio stabilimento nell'Unione, quando ciò riguarda l'offerta di beni e la prestazione di servizi ai cittadini residenti nell'Unione.

In particolare, come anticipato, è stato previsto l'obbligo di nominare la figura un "responsabile della protezione dei dati" per tutte le pubbliche amministrazioni e le aziende che trattano i dati di oltre cinquemila interessati nell'arco di dodici mesi consecutivi, che hanno più di duecentocinquanta dipendenti, e che per loro natura richiedono il controllo regolare degli interessati.

Tra i principi fondamentali del nuovo Regolamento, si ricordano:

- la portabilità dei dati, previsto dall' art. 18, in base al quale l'interessato ha il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento copia dei dati trattati in formato elettronico di uso comune, al fine di poterne fare ulteriori usi;

- principio di accountability, in base al quale l'onere della prova dell'adozione delle misure

[34] Ad esempio, se il responsabile del trattamento non ha lo stabilimento in Europa e vi opera soltanto occasionalmente, in base alle indicazioni del Consiglio, non sarebbe obbligato a nominare un rappresentante. Inoltre, l'obbligo di consultazione con le autorità garanti sarebbe necessario soltanto nella misura in cui vi sia un comprovato rischio per i diritti e le libertà individuali.

preventive è posto in capo al responsabile del trattamento;

– il diritto all'oblio, previsto dall'art.17, che attribuisce all'interessato il diritto alla cancellazione dei dati a prescindere dal luogo in cui sia collocato il server. L'interessato può infatti ottenere la cancellazione dei dati dall'autorità garante in tre casi: quando la raccolta dei dati non sia più necessaria, il procedimento sia avvenuto in maniera non legittima, vi sia un mandato da parte di un'autorità amministrativa o di una corte.

– Gli emendamenti presentati dal Parlamento includono tra i destinatari di tale richiesta anche i terzi, per quanto riguarda la cancellazione dei link e delle copie. Le società non europee che offrono servizi ai consumatori europei, sono soggette al regolamento. Anche in questo caso, vi è un'inversione dell'onere della prova: è la società a dover provare che i dati non possono essere cancellati per qualche ragione. Se il responsabile del trattamento ha autorizzato terzi alla pubblicazione dei dati, questi deve essere considerato responsabile della pubblicazione;

– il principio del "One Stop Shop", in base al quale le società si rivolgeranno all'autorità garante del paese nel quale esse hanno il loro stabilimento principale. Ciò eviterà che i titolari dei dati che vivono in uno Stato membro debbano presentare il ricorso nello stato nel quale si trovi la società che ha commesso la presunta violazione. Secondo le indicazioni del Parlamento, lo sportello unico dovrebbe permettere alle imprese multinazionali di dialogare con un unico interlocutore nell'Unione Europea (l'Autorità privacy del Paese dove hanno il loro "stabilimento principale"), ma il ruolo dell'Autorità (definita, appunto, "Autorità capofila") deve consistere nel coordinamento di un processo di co-decisione in cui tutte le Authority degli Stati membri interessati da un trattamento devono partecipare ed avere voce (principio di coerenza).

– il principio della privacy *by design* e della privacy *by default*, che consiste nella predisposizione da parte del responsabile del trattamento di misure e procedure tecniche e organizzative volte ad assicurare la conformità del trattamento con le finalità del regolamento e di meccanismi volti a garantire che siano trattati soltanto quei dati necessari per ciascuna finalità specifica del trattamento (art. 23).

– l'introduzione della definizione dei dati pseudonimi, cioè di quei dati che non consentono di identificare una persona fisica, riguardo ai quali il responsabile del trattamento non è obbligato ad acquisire ulteriori dati (art.10).

Per quanto riguarda il trasferimento dei dati agli stati terzi, in base al testo presentato dalla

Commissione, occorre alternativamente: a) una decisione della Commissione sull'adeguatezza della protezione offerta dal paese terzo; b) la predisposizione di garanzie adeguate contenute in uno strumento giuridicamente vincolante da parte del paese terzo; c) l'approvazione da parte dell'autorità di controllo di norme vincolanti d'impresa che possano garantire la conformità del trasferimento all'estero ai principi del regolamento. Il Parlamento ha introdotto - oltre alle ipotesi del trasferimento previa decisione di adeguatezza da parte della Commissione, in presenza di garanzie adeguate o in presenza di norme vincolanti d'impresa, contemplate nel testo della Commissione all'art. 42 - l'ulteriore ipotesi del trasferimento non autorizzato dall'Unione Europea (art.43 a). Questo articolo, definito "AntiFisa Clause", inibirebbe il riconoscimento di sentenze o decisioni di autorità amministrative straniere che richiedano ai responsabili o agli incaricati del trattamento la rivelazione e l'invio di dati personali.

Il fenomeno sottostante alla disciplina del *Data Retention*, sfociata da ultimo nel *Datagate*, ha avuto profonde ricadute sulle relazioni tra Europa e Stati Uniti. Dai rapporti del Parlamento Europeo pubblicati nei mesi di settembre e ottobre 2013[35], si evince che vi è stata una massiccia attività di sorveglianza operata dalla NSA attraverso vari programmi di intercettazione e di accesso ai dati dei server provider nei confronti dei cittadini europei. Nei confronti di tali cittadini sembrerebbe, infatti, non trovare applicazione il Quarto Emendamento della Costituzione federale[36]. A rendere la situazione ancor più pregiudizievole per gli europei è il *cloud computing*, dopo l'emendamento del FISA Act nel 2008, che ne estende sostanzialmente l'operatività al di là del territorio degli Stati Uniti[37]. Parallelamente è emersa la complicità di alcuni paesi europei nei programmi di sorveglianza di massa, tra i quali Germania, Svezia e Regno Unito, al di fuori dei propri confini nazionali anche in Europa[38]. Tuttavia, mentre il Governo degli Stati Uniti ha pubblicamente ammesso la responsabilità nell'*affaire NSA*, ciò non è avvenuto da parte degli Stati Europei, i quali non hanno mai pubblicamente ammesso il loro coinvolgimento nei programmi di sorveglianza di massa.

Negli Stati Uniti esistono fondamentalmente tre fonti normative sulle quali si basano i

[35] Cfr. BIGO, Didier e altri. National porgrammes for mass surveillance of personal data in EU Member States and their compatibility with EU law, p. 13; BOWDEN, Caspar. The US surveillance programmes and their impact on EU's citizens fundamental rights. p. 12. p. 28.

[36] Cfr. BIGO, Didier e altri. National porgrammes for mass surveillance of personal data in EU Member States and their compatibility with EU law. p.6

[37] BOWDEN, Caspar. The US surveillance programmes and their impact on EU's citizens fundamental rights. p. 22.

[38] BIGO, Didier e altri. National porgrammes for mass surveillance of personal data in EU Member States and their compatibility with EU law. p. 27, p. 36.

programmi di mass surveillance. La prima è il FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act, emendato nel 2008) che disciplina la sorveglianza elettronica all'interno del territorio americano allo scopo di ottenere informazioni di *foreign intelligence* da parte di poteri stranieri; il termine "foreign power" include non soltanto gli stati, ma anche le agenzie degli stati stranieri, nonché qualsiasi gruppo coinvolto nel terrorismo internazionale[39]. In particolare, il § 702 del FISA obbliga i server provider a fornire immediatamente tutte le informazioni, gli strumenti e l'assistenza necessari ad acquisire materiali di *foreign intelligence*, attraverso la rivelazione di chiavi crittografiche, dati in transito sui *social network*. Inoltre lo scopo di *foreign intelligence* non deve essere esclusivo, ma soltanto significativo. Tale disposizione non menziona alcun riferimento a limiti territoriali e si rivolge a persone fisiche le quali si trovino presumibilmente al di fuori del territorio americano[40]. Esso inoltre non richiede un ordine giudiziario, essendo sottoposto soltanto a un sistema di certificazione annuale con il quale la FISA Court identifica le categorie di informazioni utili ai fini di *foreign intelligence* che devono essere acquisite in base alla decisione dell'Attorney General e del Direttore della NSA.

La seconda fonte normativa rilevante è il § 215 dello Usa Patrioct Act, che permette all'FBI di richiedere all'autorità giudiziaria un mandato per ottenere da parte di società "tangible secret records" rilevanti per un'indagine che abbia ad oggetto attività di *foreign intelligence* e sia rivolta a cittadini non americani o di lotta al terrorismo internazionale e alle attività di *intelligence* clandestine. I cittadini americani godono, infatti, della tutela offerta dal Primo Emendamento per la libertà di religione, di espressione, di stampa, di associazione e di petizione nei confronti del Governo per la riparazione dalle ingiustizie. Il problema consiste, in realtà, nel dover interpretare i limiti del concetto di *foreign intelligence information*, che comprende "information with respect to a foreign-based political organization **or** foreign territory that relates to, and if concerning a United States person is necessary to the conduct of the foreign affairs of the United States"[41]. Tale definizione generica si riferisce, infatti, a *foreign intelligence information* riguardanti cittadini non americani, purché siano tali da essere rilevanti ai fini della *foreign policy* degli Stati Uniti.

Infine esiste l'*Executive Order 12333* del 1978, emendato nel 2008, che prevede specifici

[39] **Liberty and Security in a Changing World. Report and Recommendations of the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies**. 12 dicembre 2013, p. 64. Disponibile in: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf. Accesso effettuato in: 20/12/2014.

[40] **Report on the Findings by the EU Co-chairs of the ad hoc EU-US Working Group on Data Protection**, 27 November 2013. Disponibile in: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/report-findings-of-the-ad-hoc-eu-us-working-group-on-data-protection.pdf. Accesso effettuato in: 20/12/2014.

[41] 50 USC §1801(e)2(B). Disponibile in: http://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/1801

poteri delle agenzie di *intelligence*, tra le quali la collezione di dati di *foreign intelligence*, senza la previsione di alcun limite temporale. Sebbene gli *Executive Order* non possano contrastare con la Costituzione federale, e nel caso di specie con il Quarto Emendamento, tuttavia per essi non esiste un controllo giurisdizionale, rientrando nella piena discrezionalità del Presidente. Inoltre il rapporto *dell'EU-US Working Group on Data Protection* dimostra che l'*Executive Order* menzionato garantirebbe la comunicazione dei programmi di sorveglianza condotti dagli Stati uniti nei confronti di paesi stranieri, il che non è mai avvenuto, stante la segretezza dell'*Executive Order*.

Vi è da osservare che, paradossalmente, il FISA trova maggiore applicazione nei riguardi dei cittadini europei, mentre può rivolgersi a cittadini americani soltanto quando si tratti di attività rilevanti ai fini della *foreign policy*.

Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale sulle attività di *foreign policy*, la FISA Court ha giurisdizione sia per quanto riguarda il FISA sia per quanto riguarda lo USA Patrioct Act, ma non invece nel caso dell'Executive Order 12333. In particolare, in base al paragrafo 215, la Corte deve approvare l'ordine di collezione dei dati imposto alle società. Nel caso della disposizione di cui al paragrafo 702 del FISA, invece, ad autorizzare la collezione dei dati sono l'Attorney General e il Direttore della NSA, mentre il ruolo della Corte è limitato alla conferma di tali ordini in base al mero controllo formale della completezza dei requisiti richiesti. Tuttavia, gli atti emanati dalla FISA Court sono classificati e non vi è diritto per i soggetti titolari dei dati di essere rappresentati dinanzi a essa. La corte opera *ex parte* e *in camera*.

È interessante notare l'argomento utilizzato dal Governo statunitense, secondo il quale occorre distinguere, ai fini della tutela della *privacy*, l'attività di acquisizione dei dati da quella di collezione dei dati. Secondo tale distinzione, la mera acquisizione dei dati non ne implicherebbe necessariamente il trattamento. L'approccio europeo, invece, anticipa la tutela della privacy già nella fase dell'acquisizione dei dati.

Sembra evidente che il fenomeno del Big Data insieme allo scandalo del Datagate investa in maniera profonda il ruolo della concorrenza tra modelli culturali. Il problema è che dinanzi a un fenomeno di dimensioni globali, le risposte non lo sono, o meglio, tentano di non esserlo. Il conflitto fra ordinamenti è, in realtà, soltanto la punta di un iceberg che coinvolge scelte radicali circa le regole che una data comunità riesce a darsi. Il paradosso di tali scelte consiste nel fatto che la dissipazione del potere globale tende a disgregarne i suoi nuclei di produzione, ma se ne avverte sempre di più la forza: il potere è ovunque. Anche questa fase si colloca nella grande parabola dei

diritti. È forse questa che stiamo vivendo la fase nella quale la funzione disciplinante del potere rispetto al sapere ha esaurito la sua funzione. Il diritto si rivela inidoneo a regolare il flusso globale dei dati di tutto il pianeta. Per farlo ricorre a soluzioni parziali, scontrandosi con i limiti della territorialità della giurisdizione. Dinanzi a tale scenario, risulta molto difficile ipotizzare una scala di priorità nella gestione del rischio. Come osservato da Gunther Teubner "i *momenta* costituzionali non si limitano alla sfera politica. Nel corso della differenziazione funzionale, tutti i sottosistemi sviluppano energie di crescita che nella loro produttività e distruttività sono fortemente ambivalenti"[42].

Dall'analisi dei programmi di mass surveillance europei e statunitensi emerge una forte trasversalità nei contenuti, tale da far riflettere sulle effettive differenze culturali tra i due modelli. Seppur alcuni principi ispiratori restino alla base della regolamentazione del diritto alla privacy, basata sulla dignità in Europa e intesa come paradigma libertario negli Stati Uniti, studi recenti mostrano una convergenza nelle pratiche di sorveglianza di massa. Ciò è indice del fatto che la risposta normativa può essere commisurata ad alcuni parametri oggettivi che investono dinamiche globali, ma a livello sovranazionale tali parametri divengono sempre più rarefatti. Nel caso del Datagate, dalla prospettiva comparata, la giurisprudenza europea ha svolto un importante ruolo regolativo dell'equilibrio tra poteri e diritti, difendendo spesso questi ultimi dall'uso indifferenziato dei primi.

[42] TEUBNER, Gunther. Logiche costituzionali del toccare il fondo. In **Sociologia e politiche sociali**, vol. 14, n. 2, p. 11. 2011.

LA MASCHERA CHE DUNQUE SONO.

APPPUNTI PER UNO STUDIO CRITICO SUL CONCETTO GIURIDICO DI "PERSONA"

Antonello Ciervo[1]

"Che vuol dir questa Solitudine immensa ?

Ed io che sono ?"

G. Leopardi, *Canto notturno di un pastore errante dell'Asia*

1. "A CIASCUNO LA PROPRIA PERSONA"

"*Sua cuique persona*" è un olio su tavola di legno che misura 37 centimetri per 50,5: almeno per un paio di secoli, questa opera è rimasta rinchiusa in uno dei depositi della Galleria degli Uffizi di Firenze, perché gli esperti nutrivano molti dubbi non soltanto sulla paternità del dipinto, ma anche sulla sua datazione. A rigore, "*Sua cuique persona*" non è un vero e proprio quadro, ma piuttosto – per utilizzare un termine tecnico – una "coperta" o "bandinella", ossia una tavoletta in legno decorata a mano che veniva utilizzata per proteggere i ritratti di personaggi importanti.

Il disegno che impreziosisce la "coperta" viene descritto in questo modo nell'archivio *on-line* della Galleria degli Uffizi:

> Si tratta di un motivo di grottesche [che] ospita nella parte superiore, alta e in posizione centrale, una fiaccola; ai lati, due delfini rivolti in direzione opposta; al centro, nell'intreccio delle loro code, un piccolo muso di volpe. Nella parte inferiore del dipinto due leoni dalle sembianze di serpenti, rivolti in direzione opposta, poggiano la zampa, ciascuno su una piccola maschera collocata negli angoli. Nella zona centrale, sotto l'impresa con il motto in latino «Sua cuique persona», è dipinta una maschera colorata.

Il termine latino "persona", in calce al motto della "coperta", potrebbe essere tradotto sia "*A ciascuno la propria persona*" – in quanto la "bandinella", come detto, aveva la funzione di proteggere il ritratto di cui era pertinenza –, ma anche "*A ciascuno la propria maschera*", nel senso cioè che l'uomo o la donna che vengono ritratti non mettono mai a nudo la propria persona, il proprio "io" più recondito, neppure di fronte all'artista che ne immortala il volto.

[1] Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia, Avvocato cassazionista, abilitato come Professore di II fascia in Diritto Costituzionale.

Per quanto riguarda l'attribuzione della nostra "coperta", come detto, per molti anni è stata oggetto di un serrato dibattito tra gli esperti, in quanto risultava difficile risalire all'artista che l'aveva dipinta: in un primo momento era stata attribuita a Raffaello, in quanto presumibilmente si pensava fosse stata posta a copertura del ritratto di Giuliano, duca di Nemours, morto nel 1516, oppure del ritratto di Lorenzo di Montefeltro, duca di Urbino, morto nel 1519. Entrambe queste opere, infatti, erano state dipinte dall'artista Urbinate, anche se ai nostri giorni di esse si sono perse completamente le tracce.

Secondo altri, invece, – e sembra questa l'ipotesi più plausibile –, la "bandinella" dovrebbe essere stata dipinta da Domenico Bigordi, meglio noto come "il Ghirlandaio", a protezione di un ritratto femminile – soprannominato dai critici "la monaca" –, che immortalava il volto di Ginevra Benci, moglie in seconde nozze di Luigi di Bernardo di Lapo Niccolini, ricco mercante fiorentino. Il ritratto – e quindi la relativa "bandinella" –, dovrebbero allora risalire alla fine del XV secolo: alcuni studiosi si spingono anche oltre, datando l'opera intorno al 1490, seguendo un'indicazione di Giorgio Vasari.

Se dunque ci si attiene a questa seconda ipotesi, ad avviso degli studiosi molto più credibile della prima, la frase in calce alla "coperta" assumerebbe un significato più particolare, ossia che a ciascuno di noi è assegnata una maschera e che ognuno di noi rappresenta un personaggio nel grande teatro del mondo: il compito dell'artista, allora, è quello di rappresentare visivamente questa maschera che tutti noi portiamo, ogni giorno, in società.

Per restare, nello specifico, all'opera del Ghirlandaio, essa rappresenta la figura di una donna che racchiude simbolicamente in sé tutte le virtù femminili del tempo: Ginevra Benci appare così, agli occhi di noi contemporanei, come un modello di moglie fedele e di madre premurosa, completamente dedita all'educazione dei propri figli, nel rispetto della morale cristiana e di quelle virtù femminili a cui era stata in qualche modo costretta dall'educazione del suo tempo[2].

Problemi di paternità e di datazione non si pongono, invece, per quanto concerne lo "*Studio dal ritratto di Papa Innocenzo X di Velazquez*", dipinto nel 1953 da uno dei più grandi pittori del XX secolo: Francis Bacon. Parlare di ritratto, al riguardo, sarebbe però una vera e propria

[2] Per un'interpretazione di questo quadro e per una sua contestualizzazione storica, con particolare riferimento alla rappresentazione sociale (oltre che artistica) della donna nel Rinascimento, si rinvia a PROSPERI, Adriano, **Dare l'anima. Storia di un infanticidio**, Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005, pp. 285 ss.

forzatura: si tratta piuttosto dell'immagine di un uomo distorta, se non addirittura deformata. Traendo ispirazione dal "*Ritratto di Papa Innocenzo X*", dipinto da Diego Velázquez nel 1650, Francis Bacon esprime in questa opera anche la propria idea di arte che indubbiamente caratterizza e connota tutta la sua produzione pittorica.

Se nel quadro di Velázquez, infatti, Papa Innocenzo X viene rappresentato classicamente in tutto il suo splendore, all'apice del proprio potere e della sua maturità di uomo, in un quadro arricchito da colori che splendono come l'oro ed il bronzo di cui è attorniata la sua figura, quello disegnato da Bacon, invece, è un Papa completamente diverso, dai caratteri fisiognomici indistinguibili, angoscianti, se non addirittura mostruosi. La bocca è spalancata, come se stesse urlando, mentre le mani si aggrappano, in preda ad una qualche misteriosa angoscia, ai braccioli di legno del trono pontificio.

Lo sfondo del quadro è completamente nero e, inoltre, ad aumentare l'inquietudine esistenziale che promana dal ritratto, si aggiungono delle pennellate verticali di colore un po' più chiaro, che rinviano ai tendaggi dorati che si trovavano alle spalle del ritratto originale del Velázquez e che, invece, sono dipinti da Bacon con tinte trasparenti, quasi a voler dare un'ulteriore connotazione spettrale ad una persona la cui fisionomia risulta già del tutto evanescente.

In questo quadro, insomma, in cui l'artista sembra volersi quasi disfare dei canoni pittorici classici della prima modernità – quelli appunto della "monaca" del Ghirlandaio e della raffigurazione di Papa Innocenzo X di Velázquez –, l'immagine della persona rappresentata sembra sopravvivere a stento alla corrosione ed alla cancellazione del proprio corpo. La persona sembra essere ritratta nel punto estremo della propria "dissipazione", del proprio "sfiguramento" identitario, del proprio annichilimento spettrale[3].

2. LA CRISI DEL CONCETTO DI "PERSONA" ED IL DIBATTITO FILOSOFICO CONTEMPORANEO

I dipinti che abbiamo preso in considerazione nel precedente paragrafo, in qualche modo, sono esemplificativi di quella traiettoria concettuale che ha assunto il concetto di "persona" nel

[3] Per un'interpretazione originale di questa opera del pittore irlandese, in particolare per un approccio di tipo strutturalistico alla sua produzione artistica, finalizzato ad individuare nei suoi quadri la crisi irreversibile del soggetto cartesiano, si rinvia alle suggestive riflessioni di DELEUZE, Gilles, **Francis Bacon. Logica della sensazione**, trad. it. a cura di S. Verdicchio, Macerata: Quodlibet, 1995, in particolare, sullo "*Studio dal ritratto di Papa Innocenzo X di Velazquez*", si vedano le pp. 114-116.

corso della modernità occidentale. Se all'inizio del XVI secolo, infatti, il Ghirlandaio e Velázquez potevano rappresentare senza incertezze, in maniera letteralmente realistica, gli uomini e le donne di potere del loro tempo, Francis Bacon invece, artista che si deve annoverare a pieno titolo nella post-modernità, destruttura concettualmente e visivamente i personaggi che rappresenta.

L'analisi di questi dipinti, dunque, è stata un utile espediente per introdurci all'interno di un dibattito filosofico – di cui cercheremo di tratteggiare gli importanti risvolti per la scienza giuridica del XX secolo –, un dibattito che ha interessato la cultura europea, e che ha in particolare caratterizzato quel filone di pensiero affermatosi in Francia, il c. d. "strutturalismo"[4], che già intorno alla metà del secolo scorso, nel mettere radicalmente in questione l' "*ego cogito*" cartesiano, poneva nuovamente al centro della riflessione teorica il tema del soggetto, della sua rappresentazione filosofica e del suo rapporto con il mondo.

Si pensi, soltanto per citare le punte più elevate di questa corrente di pensiero, all'importante opera di Michel Foucault, *Le parole e le cose*, in cui il filosofo, al termine della sua analisi sul mutamento degli "epistemi" culturali nel corso del XVI secolo, in termini anche un po' provocatori, decideva di scrivere una sorta di "*de profundis*" dell'idea di soggetto.

Ad avviso di Foucault, infatti, l'uomo deve essere pensato come una "invenzione recente" all'interno della filosofia occidentale, in quanto

> Non è intorno ad esso e ai suoi segreti che, a lungo, oscuramente, il sapere ha vagato. Di fatto, fra tutte le mutazioni che alterarono il sapere delle cose e del loro ordine, il sapere delle identità, delle differenze, dei caratteri, delle equivalenze, delle parole […], uno solo, quello che prese inizio un secolo e mezzo fa e che forse sta chiudendosi, lasciò apparire la figura dell'uomo. […] L'uomo è un'invenzione d cui l'archeologia del nostro pensiero mostra agevolmente la data recente. E forse la fine prossima[5].

Riflettere sul mondo moderno, insomma, significa cercarne la *Weltbild*, ossia l'immagine che il mondo moderno ha di sé stessa e questa immagine, riprendendo le parole di Heidegger, si concretizza proprio nel fatto che l'uomo, al contrario di quanto avvenuto nell'antichità o nel Medio Evo, si è emancipato dai propri vincoli culturali e religiosi che lo costringevano a vivere

[4] Per un'introduzione a questo importante filone di pensiero che ha caratterizzato, in particolar modo, la cultura filosofica francese del secolo scorso, si vedano, per tutti, DELEUZE, Gilles, **Lo strutturalismo***,* trad. it. a cura di S. Paolini, Milano: SE, 2004, ma anche BARTHES, Roland, **La mort de l'auteur** (1968), in Id., **Le bruissement de la langue**, Paris: Seuil, 1984, pp. 61-67.

[5] Così la celebre conclusione dell'opera di FOUCAULT, Michel, **Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane**, trad. it. a cura di E. Panaitescu, VI ed., Milano: Rizzoli, 2004, pp. 413-414. Sulla crisi del soggetto cartesiano e sulla sua messa in discussione, sempre nel dibattito filosofico transalpino, recentemente ha avuto modo di tornare, da una prospettiva più specificamente marxista, anche BALIBAR, Étienne, **Citoyen, Sujet et autres essais d'anthropologie philosophique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2011. Per un approccio simile, si rinvia anche al saggio di AMENDOLA, Adalgiso, **Persona e soggetto giuridico nello stato di prevenzione**, in **Filosofia politica**, Bologna, n. 3, pp. 411 ss., dicembre 2007.

all'interno di un *cosmos* pre-ordinato dal fato – o dall'oscura autorità del dio cristiano –, per lui immodificabile. La modernità, invece, consiste proprio in questa metamorfosi ontologica dell'essenza dell'uomo, che si costituisce e si rappresenta in quanto "soggetto", ovvero, per restare fedeli alla terminologia del filosofo tedesco, da *upokeimenon* si è trasformato in *subjectum*[6].

Tale trasformazione epistemologica è oggi oggetto di un ampio dibattito anche all'interno del panorama filosofico italiano il quale, nelle sue molteplici declinazioni – proprio a partire dalla riflessione di Foucault e di Heidegger, passando per gli scritti di Walter Benjamin e di Carl Schmitt, autori la cui produzione filosofica è stata ripensata alla luce di quella che, con una formula assai suggestiva, è stata chiamata "*Italian Theory*"[7] – sta originalmente rileggendo la mutazione e la crisi del concetto di "persona", soprattutto in ambito politico ma anche, per quel che qui più ci interessa, in ambito giuridico.

Si è così parlato del concetto di "persona" come di un "dispositivo" filosofico, per sottolinearne il ruolo performativo che si fonderebbe

> ...sulla separazione presupposta, e continuamente ricorrente, tra persona come entità artificiale e l'uomo come essere naturale cui può convenire o meno uno statuto personale. Tale scarto sistematico non costituisce che la prima e originaria distinzione tra categorie astratte, ma concretissime nelle procedure di esclusione cui danno luogo, poste in essere dal diritto romano[8].

In particolare, sarebbe stato proprio il consolidamento di questo "dispositivo" filosofico da parte della tradizione tomistica cristiana, a consentire l'emergere, intorno al XVII secolo, del concetto di *subiectum iuris*. Se fino a quel momento, infatti, tale formula designava l'oggetto di una normativa giuridica, a partire da quello specifico snodo temporale, invece, con il termine *subiectum* non si indica più il destinatario passivo della legge – *rectius*, il suddito che subisce passivamente l'ordine del sovrano –, bensì il soggetto autonomo e razionale che, dotandosi della propria "maschera giuridica" – la "persona per l'appunto –, si trasforma in quella individualità portatrice di un proprio valore particolare (in quanto biologicamente unica ed irripetibile) e, al

[6] Così HEIDEGGER, Martin, **L'epoca dell'immagine del mondo**, in Id., **Sentieri interrotti (Holzwege)**, trad. it. a cura di P. Chiodi, Firenze: La Nuova Italia, 1968, pp. 71-101, ma in particolare, sul costituirsi dell'uomo come *subjectum* della modernità, si vedano le pp. 85 ss. Si rinvia, inoltre, sulla crisi della modernità e del soggetto, alla raccolta di saggi a firma di VATTIMO, Gianni, **Il soggetto e la maschera. Nietzsche e il problema della liberazione**, II ed., Milano: Bompiani, 1996.

[7] Per approfondimenti, si vedano, per tutti, ESPOSITO Roberto, **Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana**, Torino: Giulio Einaudi Editore, 2010; GENTILI, Dario, **"Italian Theory". Dall'operaismo alla biopolitica**, Bologna: Il Mulino, 2012.

[8] Così ESPOSITO, Roberto, **Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale**, Torino: Giulio Einaudi Editore, 2007, p. 13.

contempo, universale"[9].

Se fino a quel momento, dunque, *subiectus* significava, nel linguaggio giuridico e politico, "sottoposto al dominio altrui", alludendo così a qualcosa di presupposto o di sottostante all'ordine politico – lo *upokeimenon* della cultura greca antica – successivamente la "persona" si trasforma nel centro dell'universo giuridico e politico, in quanto soggetto in grado di darsi e di dare una nuova rappresentazione del mondo, come aveva profondamente intuito Heidegger[10].

Del resto, anche la modernità giusfilosofica aveva incominciato a forgiare, quanto meno a partire dal *Saggio sull'intelletto umano* del 1690 di John Locke, quell'idea di "persona" che, in seguito, verrà posta al centro del sistema normativo positivo, grazie alla stesura dei Codici civili continentali da parte della borghesia che – all'inizio del XIX secolo, giunta ormai all'apice della propria egemonia culturale, sociale e politica –, in questo modo celebrava sé stessa[11].

In particolare, si consideri il paragrafo 26 del capitolo XXVII dell'opera del filosofo inglese, dove è possibile trovare due significati molto diversi – ma assolutamente complementari tra di loro – del concetto di "persona", ossia la persona intesa come "sé", insieme all'idea, più specificamente giuridica, di persona intesa come "individuo-proprietario"[12]. Ebbene, questi due concetti sono strettamente legati tra di loro, in quanto è proprio dal loro combinato disposto che viene a formarsi il concetto di persona giuridica di cui oggi registriamo, nel dibattito che stiamo qui ripercorrendo a grandi linee, la crisi.

Ma soffermiamoci proprio su questo passaggio tratto dal paragrafo 26, capitolo XXVII, del *Saggio sull'intelletto umano*, in cui Locke afferma quanto segue:

---

[9] Sull'evoluzione del concetto di "persona" nella teologia medioevale e sulla sua trasposizione nel linguaggio politico e giuridico della modernità, la letteratura è ormai vasta. Per brevità, in questa sede, ci limitiamo a rinviare alle opere più importanti sul punto, ossia AGAMBEN, Giorgio, **Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo**, Vicenza: Neri Pozza, 2007 e, sempre dello stesso autore, da ultimo Id., **L'uso dei corpi**, Vicenza: Neri Pozza, 2014. Per un'incursione nel dibattito specificamente teologico, cfr. SPAEMANN, Robert, **Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"**, trad. it. a cura di L. Allodi, Roma-Bari: Laterza, 2005; DE ANNA, Gabriele, **«Persona»: analisi storico-critica di una babele filosofica**, in BONIOLO, Giovanni-DE ANNA, Gabriele-VINCENTI Umberto (a cura di), **Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo**, Milano: Bompiani, 2007, in particolare pp. 83 ss.

[10] Cfr. ESPOSITO, Roberto, **Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero**, Torino: Giulio Einaudi Editore, 2013, pp. 111-113.

[11] Sul punto si veda, per una ricostruzione generale del tema in una prospettiva critica, KENNEDY, Duncan, **Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato**, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, ma anche GIULIANI, Alessandro, **Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile**, UTET, estratto dal **Trattato di Diritto privato**, vol. 1, diretto da P. Rescigno, Torino: UTET, 1999.

[12] Per un'analisi dell'evoluzione del significato giuridico del termine "persona", a partire dalla riflessione empirista inglese della prima modernità, si rinvia ad un'opera ormai divenuta classica, ossia MACPHERSON, Crawford Brough, **Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke**, trad. it. a cura di S. Borutti, Milano: Oscar Mondadori, 1973.

> Persona, come lo impiego, è il nome per questo sé. Laddove un uomo scopre quello che chiama se stesso, mi sembra che un altro uomo potrà dire che si tratta della stessa persona. È un termine del linguaggio giuridico che assegna la proprietà degli atti e dei loro valori, e in quanto tale appartiene solo ad agenti capaci di legge [...]. Questa personalità estende questo sé dalla sua esistenza presente al passato, solo attraverso la coscienza, e in questo modo diviene preoccupata e responsabile dei suoi atti passati, li confessa e li imputa a se stessa, sulla stessa base e per le stesse ragioni per gli atti presenti[13].

Il passaggio appena citato mi sembra estremamente importante, in quanto rappresenta una svolta epocale nella riflessione giuridica e filosofica sul concetto di "persona". Infatti, è proprio grazie a Locke, che individua nella continuità della propria coscienza e nella sua capacità di memorizzare i ricordi e di rappresentarsi il futuro, che nasce l'idea di individuo moderno la quale si poggia, dal punto di vista gnoseologico, sulla continuità oggettivo-temporale del *self*, in cui ogni singolo essere umano viene identificato completamente.

Ma ciò che emerge da questo passaggio – ed è forse ancora più importante da evidenziare, ad avviso di chi scrive – è lo slittamento teoretico che il filosofo inglese pone in essere quando, proprio a partire da questa continuità oggettivo-temporale su cui fonda l'identità individuale, afferma che è soltanto a questo particolare tipo di soggetto, sempre uguale a sé stesso, che possono essere effettivamente imputati i propri comportamenti all'interno del mondo reale.

In pratica, registriamo in questo brano di Locke, il passaggio dell'uso della parola "persona" dal contesto specificamente giuridico a quello gnoseologico, un passaggio questo, da un campo all'altro del sapere, che formalizzerà definitivamente per i successivi tre secoli – ma non soltanto, quindi, per la scienza giuridica moderna e contemporanea – l'idea di soggetto di diritto, il passaggio cioè da *upokeimenon* a *subiectus*.

Ma la persona di cui Locke ci parla, altri non è, come abbiamo visto, che il nuovo individuo borghese, in ascesa alla fine del XVII secolo nelle società europee, a cui vanno imputati giuridicamente tutti i frutti (ed i profitti) derivanti dal proprio lavoro e dai propri sforzi fisici e intellettivi. In questa ottica, allora, il soggetto giuridico della modernità nasce insieme, in maniera addirittura inscindibile, all'individuo-proprietario borghese, all'uomo che si è fatto da solo, al *self-made man* a cui devono essere imputate – al proprio *self*, per l'appunto – tutte quelle azioni in cui si concretizza la sua attività fisica, che sono poi la fonte principale dell'accumulazione delle proprie ricchezze.

[13] Cfr. LOCKE, John, **Saggio sull'intelletto umano**, trad. it. a cura di F. P. Adorno, Torino: UTET, 1971, pp. 394-405.

In questo modo, pensando cioè questo nuovo concetto di "persona" giuridica, Locke – e con lui l'intera cultura giusfilosofica moderna –, di fatto, opera una vera e propria frattura rispetto alla millenaria tradizione giuridica romana, da cui pure questo termine era stato tratto[14].

Al riguardo, infatti, Yan Thomas sottolinea[15] come, a partire dal XVI secolo, i giuristi europei avessero iniziato a considerare gli esseri umani in rapporto alla posizione che occupavano all'interno della società e rispetto ai singoli rapporti giuridici, di carattere economico-commerciale, che essi contraevano con altri individui, al contrario di quanto avveniva invece nel diritto romano ed in tutto il periodo intermedio, in cui la persona non era un "supporto giuridico permanente" alle attività dei singoli, proprio perché ciascun individuo poteva modificare più volte nel corso della vita il proprio *status* sociale[16].

Lo storico del diritto francese cita, al riguardo, una celebre massima di Donello, giurista transalpino vissuto nel corso del XVI secolo, uno dei massimi esponenti dell'umanesimo giuridico continentale, il quale fu forse il primo studioso che incominciò – al riguardo anticipando di oltre un secolo anche John Locke – a distinguere tra "uomo" e "persona", affermando a chiare lettere che "*La parola uomo si riferisce alla natura, la parola persona al diritto civile*"[17].

A partire da questo sdoppiamento dell'individuo – i cui estremi (biologico e giuridico) tuttavia venivano tenuti insieme ed interamente compresi, come osservato anche da Roberto Esposito[18], in un unico concetto –, nasce quel "dispositivo" filosofico-giuridico della persona la cui traiettoria discendente, come dicevamo, proprio negli ultimi decenni, è stata oggetto anche di riflessione da parte della dottrina italiana e su cui, pertanto, ci soffermeremo nel prosieguo della nostra analisi.

[14] Al riguardo, si veda STOLFI, Emanuele, **La nozione di «persona» nell'esperienza giuridica romana**, in **Filosofia politica**, Bologna, n. 3, pp. 379 ss., dicembre 2007.

[15] THOMAS, Yan - CAYLA, Olivier, **Il diritto di non nascere. A proposito del «caso Perruche»**, trad. it. a cura di L. Colombo, Milano: Giuffré editore, 2004, soprattutto le pp. 114-115.

[16] Per una ricostruzione storica delle diverse accezioni giuridiche con cui è stato impiegato il termine "persona", fino alle soglie della modernità, si rinvia ai lavori di ALBANESE, Bernardo, voce **Persona (storia). a) Diritto romano**, vol. XXXIII in **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffré editore, 1983, pp. 169-181 e di CAMPITELLI, Adriana, voce **Persona (storia). b) Diritto intermedio**, *ivi*, pp. 181-193.

[17] "*Homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*", così DONEAU, Hugues (HUGO DONELLUS), **Commentaria iuris civilis**, vol. I, Napoli, 1763, p. 65.

[18] Si rinvia alla citazione fatta precedentemente, alla nota 7.

3. LA CRISI DEL CONCETTO DI "PERSONA" NEL DIBATTITO GIURIDICO CONTEMPORANEO

Quello della crisi del concetto giuridico (ma come abbiamo visto, anche filosofico) di "persona" è un tema che si pone al crocevia di una serie di filoni di studio che hanno fortemente egemonizzato il dibattito dottrinale italiano, nel corso quanto meno dell'ultimo decennio, anche in ragione delle implicazioni sociali ad esso sottese. Come è stato acutamente osservato, infatti,

> Nessun campo e nessuna problematica meglio della giuridificazione della persona mostrano come se da una parte il diritto è uno strumento di una possibile emancipazione, dall'altra è però invischiato nella costruzione del soggetto di potere. Viene portato così alla ribalta uno dei temi cruciali della società postmoderna e cioè il complesso rapporto di interdipendenza fra realtà sociale e discorso giuridico, in cui quest'ultimo finisce per giocare spesso una funzione costitutiva della prima[19].

Si pensi soltanto al dibattito bio-giuridico sulla questione dell'inizio e della fine della vita umana, in cui il corpo è diventato davvero il "luogo pubblico"[20] in cui si sono scontrate le diverse concezioni della persona, in molti casi diametralmente opposte tra di loro, ed in cui il corpo, in quanto vita biologica, è stato fatto coincidere, *sic et simpliciter*, proprio con il concetto di persona.

In questa prospettiva, quindi, ogni forma di de-ontologizzazione di questo concetto, finalizzata cioè a distinguere e a radicalizzare il dualismo anima/corpo – de-ontologizzazione che sarebbe riconducibile proprio alla distinzione cartesiana tra *res cogitans* e *res extensa* –, altererebbe quella "equilibrata" valorizzazione antropologica e giuridica che avrebbe – il condizionale è d'obbligo – caratterizzato l'idea stessa di persona nella cultura occidentale, per quasi due millenni[21].

Ancora, si consideri il più recente dibattito dottrinale in materia di "beni comuni", in cui l'attenzione degli studiosi italiani non si è soffermata soltanto sul concetto di "comune" e sul superamento della dicotomia "Diritto pubblico/Diritto privato", in una prospettiva di decostruzione del concetto di proprietà, così come positivizzato nei Codici civili borghesi ottocenteschi, ma si è focalizzata anche sull'idea di "soggetto proprietario". La critica, quindi, al concetto codicistico di proprietà privata – ed alle sue più recenti declinazioni permeate dall'ideologia economica "neo-liberista" –, ha inevitabilmente spinto la dottrina più attenta a

[19] Così MARINI Giovanni, **La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità**, in ALPA, Guido-ROPPO, Vincenzo (a cura di), **Il Diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà**, Napoli: Jovene, 2005, p. 383.

[20] Il riferimento è al titolo di un importante lavoro di DUDEN, Barbara, **Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita**, Torino: Bollati Boringhieri, 1994.

[21] Così, nel dibattito bio-giuridico italiano, PALAZZANI Laura, **Il concetto di persona tra bioetica e diritto**, Torino: Giappichelli, 1996, pp. 19 ss.

sottoporre ad un'analisi rigorosa anche il concetto giuridico di "persona", al fine di rimettere in discussione – insieme all'oggetto-proprietà privata – anche l'idea di "soggetto proprietario"[22].

Questi temi riemergono nel presente in forme nuove ed in contesti specifici – se vogliamo settoriali, considerata anche l'ampiezza della discussione dottrinaria –, ma questo non significa che il dibattito attuale si ponga in termini di discontinuità rispetto alla più ampia riflessione giuridica, che si è sviluppata quanto meno nel corso dell'ultimo secolo. Al riguardo, sono proprio gli studiosi di Diritto romano a metterci in guardia dal cedere ad approcci superficiali e, invece, ad analizzare le trasformazioni che stanno assumendo nel presente questi concetti dogmatici in una prospettiva storica, di lungo periodo.

In un suo celebre lavoro sulla questione della pensabilità dei diritti soggettivi, anche quando non si sia in presenza di un soggetto giuridico in carne ed ossa a cui imputare concretamente la titolarità di questi diritti, Riccardo Orestano evidenziava come già il Savigny – e più in generale la "Scuola storica tedesca" nel corso del XIX secolo – tendesse a superare il dualismo tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, in quanto incapace di concettualizzare logicamente una serie di istituti – come ad esempio quello della c. d. "eredità giacente" ovvero la figura del tutore a garanzia del patrimonio e dell'esistenza dei minori e dei folli –, saldamente ancorati alla millenaria tradizione giuridica romanistica[23].

Ed è sempre Orestano che ci ricorda come lo stesso normativismo kelseniano – la filosofia giuridica *mainstream* del XX secolo, almeno in Italia – in quanto dottrina pura del diritto era finalizzata, per manifesta intenzione del suo stesso ideatore a

> dissolvere il cosiddetto diritto soggettivo in tutte le sue forme di manifestazione: obbligo, soggetto del diritto, come entità diversa dal diritto oggettivo e col concepirlo soltanto come forma speciale o rappresentazione personificata del diritto oggettivo [al fine di superare quella] posizione soggettivistica verso il diritto al cui servizio sta il concetto di diritto in senso soggettivo[24].

Di solito, il diritto soggettivo viene inteso come "potere della volontà del soggetto": questa definizione classica è di solito attribuita al Savigny che però non ne parla mai, per lo meno non dandone una definizione così netta, nel suo *Sistema del diritto romano attuale*. Al contrario,

[22] Al riguardo, si rinvia, per tutti a RODOTÀ, Stefano, **Il diritto di avere diritti**, Roma-Bari: Laterza, 2012, in particolare pp. 105 ss. e MARELLA, Maria Rosaria (a cura di), **Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni**, Verona: Ombre Corte, 2012.

[23] Cfr. ORESTANO, Riccardo, **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto**, in ORESTANO, Riccardo, **Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia**, Bologna: Il Mulino, 1978, pp. 115 ss.

[24] Così ancora ORESTANO, Riccardo, **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto***,* p. 161. Ma sempre dello stesso autore, si veda anche il fondamentale lavoro dedicato proprio a questo tema, ossia ORESTANO, Riccardo, **«Persona» e «persone giuridiche» nell'età moderna**, *ivi*, pp. 193 ss.

l'approccio del grande giurista tedesco a questi temi è molto più cauto, basti pensare a ciò che egli scrive, nel paragrafo 4 di questa sua celebre opera, quando parla del diritto soggettivo come di "un potere che spetta a ciascuna persona: una sfera nella quale la volontà di questa regna, e regna col nostro consenso. Siffatto potere noi lo chiamiamo «diritto» di questa persona, nel significato di facoltà: molti invece lo chiamano diritto in senso soggettivo"[25].

Significativo è il fatto che sia sempre Savigny, all'inizio del paragrafo 60 del *Sistema del diritto romano attuale*[26], a specificare che

> Ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formula seguente: ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo è capace di diritto.

Un altro studioso di diritto romano, Umberto Vincenti, ha di recente messo in guardia da questa identificazione, che molti giuristi moderni hanno desunto dal diritto romano classico, tra *homo* e *persona*: il fatto che ai nostri giorni si insegni che tutti gli uomini sono persone, perché ugualmente capaci di essere titolari di diritti e di obblighi in senso propriamente giuridico, in verità, significa semplicemente che gli uomini non sono cose. Viceversa il fondamento della persona – e quindi dell'uomo – e del suo valore consiste in un presupposto sociale e politico – e cioè che gli uomini sono uguali per natura e per diritto –, presupposto che è il punto di arrivo di una secolare battaglia per i diritti, tutta moderna ed assolutamente impensabile per i giuristi romani.

Il diritto romano, infatti ha limitato la qualità della "persona" in relazione ad uno specifico *status* in cui un uomo (ma anche una donna, seppur raramente) poteva trovarsi nel corso della sua vita, in quanto

> Persona di «diritto proprio» erano gli uomini (o, anche, le donne) riconosciuti idonei ad avere un loro patrimonio, e questo riconoscimento conseguiva dal fatto della premorienza degli ascendenti in linea maschile: la persona «sui iuris» era tale in quanto le erano venute a mancare le persone del padre, del nonno, eventualmente del bisnonno (e oltre almeno in ipotesi)[27].

Sono dunque i singoli *status* personali a portare la cultura giuridica romana a classificare in maniera tassonomica le *personae*: per Gaio, come è noto, tutti gli uomini o sono liberi o sono

[25] Von SAVIGNY, Friedrich Carl, **Sistema del diritto romano attuale**, trad. it. a cura di V. Scialoja, vol. I, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1888, p. 36. Per approfondimenti sul punto, si veda anche DIESSELHORST, Malte, **Zur theorie der juristischen person bei Carl Fredrich Von Savigny**, in **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico**, Milano, nn. 11/12, pp. 319 ss., 1982/1983.

[26] Von SAVIGNY, Friedrich Carl, **Sistema del diritto romano attuale**, vol. II, p. 1.

[27] Così VINCENTI, Umberto, **Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali**, Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 40.

schiavi e, così dicendo, egli non fa altro che marcare con enfasi il fatto che gli uomini, proprio in quanto *personae*, non sono uguali tra di loro e che la loro disuguaglianza è definita dallo *status* all'interno del quale possono essere concettualmente sussunti.

L'idea quindi di un unico soggetto universale, a cui imputare diritti ed obblighi giuridici che prende il nome di "persona", non può concettualmente farsi risalire al diritto romano, così come quel *quid pluris* assiologico che noi contemporanei conferiamo alla persona, in quanto tale, ed alla sua dignità di uomo, si fonda su un presupposto valoriale che non è mai stato minimamente messo a tema all'interno della tradizione giuridica romana[28].

Come si vede, è proprio con l'elaborazione dottrinale di Savigny che la categoria giuridica di "persona" comincia lentamente, nel solco della rivoluzione francese, a mutare il proprio carattere funzionale, quale era stato nell'elaborazione dogmatica romana, per diventare il punto di congiunzione tra lo *status hominis naturalis* e lo *status hominis civilis*. La persona, insomma, diventa un tutt'uno con il soggetto, la maschera si identifica definitivamente con colui che la indossa, al punto tale che non è più possibile distinguere il vero volto dell'attore da quello della sua "persona"[29].

Non si *ha* più una persona, dunque, si *è* una persona, ma in questo modo allora quella di "persona" cessa di essere "*… una categoria generale all'interno della quale si può transitare, entrandovi e uscendone, come accadeva a Roma, per divenire un predicato implicito in ogni uomo, essa si rivela diversa e sovrapposta al sostrato naturale su cui si impianta*"[30]. Ne consegue che il "dispositivo" filosofico-giuridico della persona si configura come lo "schermo artificiale" che separa inevitabilmente l'uomo dai suoi diritti, mettendo così in crisi l'idea per cui ontologicamente ciascuno di noi, in quanto persona sia, semplicemente per questo motivo, portatore di una serie diritti direttamente imputabili a sé stesso, dal momento della nascita sino a quello della morte.

---

[28] Al riguardo, si veda PEPPE, Leo, **Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa mancipi**, in CORBINO, Alessandro-HUMBERT, Michel-NEGRI, Giovanni (a cura di), **Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano**, Pavia: IUSS Press, 2010, pp. 435 ss.

[29] Afferma lucidamente ORESTANO, Riccardo, **«Persona» e «persone giuridiche» nell'età moderna**, p. 203: "*Le cose cominciarono a cambiare nel corso del XVIII secolo, quando sotto la spinta ideologica dell'individualismo giusnaturalistico si vollero far coincidere lo «status hominis naturalis» e lo «status hominis civilis», cioè la nozione di uomo come dato naturalistico e la nozione di persona come dato giuridico, sostenendosi che ogni uomo sarebbe di per sé – in quanto tale – portatore di «diritti soggettivi», tutti rapportabili alla sua «potestà di volere», elevata a contrassegno naturale della sua personalità e a elemento motore dei rapporti giuridici a lui facenti capo*".

[30] Così ESPOSITO, Roberto, **Terza persona**, pp. 101-102.

4. ALCUNE BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SULL'USO DEL LINGUAGGIO TECNICO- GIURIDICO CON RIFERIMENTO AL TERMINE "PERSONA"

Forse uno studio sulle trasformazioni – oltre che sulla crisi – del concetto giuridico di persona, potrebbe essere davvero esauriente, soltanto se nel corso della ricerca si spostasse il fuoco dell'indagine anche in quel campo del sapere, intermedio tra la riflessione filosofica e quella più specificamente giuridica, che è quello del linguaggio, soprattutto quello tecnico che i giuristi utilizzano quando parlano di "persona".

In due tra i suoi più importanti scritti, raccolti nel volume intitolato *Problemi di linguistica generale*, Émile Benveniste si interrogava sul modo in cui il linguaggio nomina la soggettività, a partire dalla natura dei pronomi personali[31]. Il linguista francese chiarisce subito che nella definizione comune dei pronomi personali, nelle prime tre forme singolari, non presuppone sempre la nozione di "persona": essa, infatti, appartiene certamente all'*io* e al *tu*, ma non all'*egli*.

L'*io* può essere definito soltanto in termini di «parlare» e non in termini di oggetto, in quanto l'*io* significa "la persona che enuncia l'attuale situazione di discorso contenente «io»"[32]. In questa prospettiva, allora, l'*io non può essere identificato che dalla situazione di discorso che lo contiene e solo da essa. «Io» vale solo nella situazione in cui è prodotto*"[33].

Allora, afferma Benveniste, la definizione di *io* può essere precisata meglio, intendendo per *io* "l'individuo che enuncia la presente situazione di discorso contenente la situazione linguistica «io»"[34]. Si tratta, quindi, di un segno legato all'esercizio del linguaggio che afferma il parlante in quanto tale nell'esercizio linguistico: ciò vuol dire che è nel linguaggio – e soltanto mediante esso – che l'uomo si costituisce in quanto soggetto, perché è "nell'*io* che dice *io*" che troviamo il fondamento della soggettività.

Ciò implica, allora, che la coscienza di sé è possibile soltanto per contrasto, ossia in rapporto ad un *tu*:

> Io non uso «io» se non rivolgendomi a qualcuno, che nella mia allocuzione sarà un «tu». È questa condizione di dialogo che è costitutiva della «persona», poiché implica reciprocamente che «io» divenga «tu» nell'allocuzione di chi a sua volta si designa con «io». [... Ciò significa che] Il linguaggio è

[31] Si tratta, rispettivamente, dei saggi **La natura dei pronomi** (in BENVENISTE, Émile, **Problemi di linguistica generale**, trad. it. a cura di M. V. Giuliani, Milano: il Saggiatore, 1971, pp. 301-309) e **La soggettività nel linguaggio** (*ivi*,pp. 310-320).

[32] BENVENISTE, Émile, **La natura dei pronomi**, p. 302.

[33] BENVENISTE, Émile, **La natura dei pronomi**, p. 302.

[34] BENVENISTE, Émile, **La natura dei pronomi**, p. 303.

> possibile solo in quanto ciascun parlante si pone come «soggetto», rimandando a se stesso come «io» nel suo discorso[35].

Il linguaggio è organizzato in modo tale da permettere ad ogni parlante di appropriarsi della propria lingua designandosi come *io*. Ma è qui che si apre una questione molto interessante, anche per i giuristi: se il "dispositivo" della persona, da un punto di vista linguistico, è riconducibile sia all'*io* che al *tu*, qual è allora la condizione, se così si può dire, personale dell'*egli*, ossia della terza persona ? È proprio a partire da questa domanda che Benveniste ci indica un nuovo percorso di ricerca, in particolare quando sottolinea che il pronome *egli* non rimanda a sé stesso, ma ad una situazione "oggettiva", ad un'idea di "terza persona", ovvero ad un'idea di "non-persona":

> La «terza persona» rappresenta infatti il membro privo di demarcatore della correlazione di persona. È per questo che non è banale l'affermazione che la non-persona è il solo genere di enunciazione possibile per le situazioni di discorso che non devono rimandare a se stesse, ma che predicano il processo di qualsiasi persona o cosa eccetto la situazione stessa, persona o cosa qualsiasi che possono sempre essere dotati di una referenza oggettiva[36].

Ad avviso del linguista francese, allora, la "terza persona" si caratterizzerebbe per quattro elementi distintivi fondamentali: a) la proprietà di combinarsi con qualsiasi referenza oggettuale; b) la proprietà di non riflettere mai la situazione di discorso; c) la proprietà di implicare un numero anche alto di varianti pronominali o dimostrative; ed infine, d) la proprietà di non essere compatibile con il paradigma di termini referenziali come, ad esempio, *qui*, *ora* e così via[37]. La "terza persona" rinvia proprio a quella condizione che, nella lingua greca e latina classica, corrispondeva ai verbi medio-deponenti, ossia ad una particolare classe di verbi che presentavano una coniugazione passiva, ma il cui significato linguistico veniva reso nella forma attiva.

Si tratta cioè di un verbo che esprime una posizione di indistinzione tra soggetto ed oggetto, tra attivo e passivo, ovvero, per utilizzare una locuzione ancora una volta creata da Benveniste, si tratta di un verbo che "*effectue en s'affectant*" l'azione che esprime[38]. Proprio di recente, Giorgio Agamben è tornato su questa definizione di Benveniste dei verbi medio-deponenti e ne ha illustrato il significato concettuale in questi termini:

> Da una parte, il soggetto che compie l'azione, per il fatto stesso di compierla, non agisce transitivamente su un oggetto, ma implica e affeziona innanzitutto se stesso nel processo; dall'altra,

[35] Così BENVENISTE, Émile, **La soggettività nel linguaggio**, p. 312.

[36] BENVENISTE, Émile, **La natura dei pronomi**, p. 306.

[37] BENVENISTE, Émile, **La natura dei pronomi**, p. 307.

[38] Cfr. BENVENISTE, Émile, **Attivo e medio nel verbo**, in BENVENISTE, Émile, **Problemi di linguistica generale**, p. 204.

> proprio per questo, il processo suppone una topologia singolare, in cui il soggetto non sovrasta l'azione, ma è egli stesso il luogo del suo accadere[39].

Quanto tutto questo ragionamento ha a che fare con il diritto e, per quello che qui più ci interessa, con il problema della crisi del concetto giuridico di "persona" ?

Ad avviso di chi scrive, la questione centrale della scienza giuridica contemporanea è quella di riuscire a ripensare le proprie categorie dogmatiche andando al di là delle grandi dicotomie che hanno segnato i confini del diritto moderno, come "Diritto pubblico/Diritto privato", "Diritto soggettivo/Diritto oggettivo", "Individuo/Proprietà", "Persona/Cosa". Il superamento di queste dicotomie non è finalizzato ad un decostruzionismo fine a sé stesso che si limiterebbe, in maniera anche un po' estetizzante, a ricondurre nell'alveo della scienza giuridica una serie di riflessioni maturate nell'ambito del dibattito filosofico, quanto piuttosto ad un'esigenza che nasce proprio dalla crisi delle categorie dogmatiche del diritto.

In sintesi, è l'esperienza dei limiti che i concetti tradizionali della dogmatica mostrano nel nostro presente – a cogliere e spiegare cioè fino in fondo i cambiamenti sociali –, che ci sollecita a ripensare queste categorie, provando ad andare oltre i tradizionali assi dualistici su cui si è strutturata per molti secoli la scienza giuridica. E la questione di che cosa intendiamo noi oggi con il concetto di "persona", ci appare come il campo della ricerca in cui questo sforzo analitico sembra poter dare i suoi frutti migliori.

Del resto, la crisi del soggetto giuridico è una crisi che da sempre è insita nella scienza giuridica moderna che – come abbiamo visto – ha fatto proprio della "mondanizzazione del soggetto", la caratteristica peculiare della propria esperienza. La "grande illusione" della Pandettistica tedesca, che ha forgiato il concetto di "persona" – assumendo inconsciamente la riflessione lockiana al riguardo –, fu quella di voler trasportare dal piano filosofico-giusnaturalistico al piano giuridico-positivo l'idea dell'individuo come soggetto di diritto e di poter costruire, in questo modo, sulla innata potestà di volere del soggetto, il sistema giuridico.

Da qui la contraddizione insanabile in cui ricade la Pandettistica, e con essa anche la "Scuola storica del diritto", che consiste, ancora una volta, in una visione dualistica del problema della soggettività giuridica, formalizzabile in questi termini:

> …o i diritti soggettivi si considerano posti al di sopra e indipendenti del diritto obiettivo e come tali assoluti, universali, veri e propri attributi dell'essenza del «soggetto di diritto» […], oppure la

[39] AGAMBEN, Giorgio, **L'uso dei corpi**, p. 53.

> considerazione del diritto obiettivo come un'entità che si ponga quale un prius rispetto al diritto soggettivo vanifica e distrugge il significato stesso di questa categoria logica e rende impossibile costruire con essa un «sistema giuridico coerente»[40].

Bisogna allora concludere, sempre con Orestano, che sino ad oggi nella scienza giuridica positivista si è soltanto parlato dei diritti soggettivi, cioè a dire si sono formulati semplicemente una molteplicità di concetti, ma dietro a questi concetti "..non c'è null'altro di reale, di effettivo, di concreto, se non il modo in cui i vari concetti sono stati volta a volta formulati, impiegati, discussi, esaltati, negati"[41]. Essi, invece, devono essere considerati per quello che sono e cioè mere definizioni, storicamente condizionate e determinate dal tempo in cui sono state concepite, un semplice dato nominativo dell'esperienza giuridica (*rectius,* delle esperienze giuridiche) che le hanno formulate.

Questa molteplicità di definizioni, tuttavia, se non può essere apprezzata per la propria effettività normativa, deve però essere considerata per il loro intrinseco valore storico. Pertanto, risulta chiaro che se vogliamo "mondanizzare il soggetto" di cui si occupa il diritto, allora è necessario andare oltre quell'idea tutta positivista che vuole la norma al centro del sistema giuridico, poiché una simile concezione si limita a registrare semplicemente "..l'impossibilità di mantenere all'uomo una posizione «logica» differenziata rispetto alla categoria puramente formale di tutti i possibili «oggetti» di qualificazione giuridica"[42].

Parlare di crisi del concetto di "persona" allora, in conclusione, significa parlare della crisi del positivismo giuridico e, quindi, della crisi del diritto inteso come "sistema", capace di sussumere in sé stesso e di dare conto, in maniera esaustiva, di ogni nuovo fenomeno sociale e questo perché i dualismi costitutivi del proprio apparato epistemologico non riescono più a "fare attrito" con la realtà.

Non si tratta, quindi, di destrutturare un concetto per il solo piacere critico di mandare in frantumi un "dispositivo" filosofico-giuridico, ma di ripensare un concetto così importante, per provare allo stesso tempo a ripensare la realtà che ci circonda e per estendere le garanzie giuridiche ad un più vasto numero di soggetti.

---

[40] Così ORESTANO, Riccardo, **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto***,* p. 167.

[41] ORESTANO, Riccardo, **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto***,* p. 188.

[42] ORESTANO, Riccardo, **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto**, p. 189.

LA GIUDIZIALIZZAZIONE DEL DIRITTO (E DEL POTERE): PATOLOGIA O EVOLUZIONE FISIOLOGICA DELLO STATO COSTITUZIONALE?

Sofia Felicioni[1]

INTRODUZIONE

Non è difficile riscontrare come, specialmente negli ultimi decenni, si stia manifestando, non soltanto in Europa[2], la tendenza a trasformare il diritto costituzionale da diritto eminentemente politico in diritto prevalentemente giudiziario, in un'ottica di rideterminazione dell'equilibrio dei poteri che propende, più o meno marcatamente, verso il rafforzamento e la valorizzazione di quello giudiziario.

Nel momento stesso in cui alla razionalità formale si affianca l'esigenza di razionalità materiale del diritto, il potere giudiziario, «dall'essere l'anello debole del sistema» si è ritrovato a diventare «l'anello più forte»[3]. In particolare, la sovraordinazione gerarchica della Costituzione e la sua valorizzazione in quanto fonte, una fonte che è organizzata secondo principi piuttosto che secondo regole, determinando la diffusione di una forte disaffezione nei confronti del formalismo della legge e dell'ordinamento, ha parallelamente realizzato una profonda dilatazione della funzione interpretativa la quale, lungi dall'essere identificata con una mera attività di ricognizione, si vede oggi attribuita un'indubitabile indole creativa.

Riconoscere alla giurisprudenza delle potenzialità creative, d'altra parte, significa mettere in seria crisi l'assunto cardine della tradizione eurocontinentale secondo il quale la produzione del diritto sarebbe prerogativa esclusiva del legislatore; vuol dire ammettere che anche i giudici, entro certi limiti, concorrano alla determinazione dell'ordinamento giuridico.

Il rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale è una questione che incrocia nodi fondamentali del diritto costituzionale, mettendone in discussione i fondamentali assunti, imponendone una sostanziale riconsiderazione, se non una vera e propria ridefinizione. Ci si

[1] Sofia Felicioni è Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche (curriculum Diritto pubblico) presso l'Università degli Studi di Perugia.

[2] SHAPIRO, Martin. "The Gobalization" of Judicial Review. In: FRIEDMAN, Lawrence M., SCHEIBER, Harry N. (cur). **Legal Culture and the Legal Profession***,* Boulder, Westview, 1996.

[3] DAHRENDORF, Ralf. **Dopo la democrazia.** Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 65.

interroga, così, sull'attualità del principio della separazione dei poteri, sulla opportunità di dare una diversa configurazione al sistema delle fonti, sulla necessità di identificare dei criteri che consentano di distinguere ciò che è diritto e ciò che non lo è, sul bisogno di ricercare nuovi tipi di legittimazione, diversi da quella politica.

Non si tratta, a dire il vero, di un problema nuovo, giacché l'intera esperienza giuridica è pervasa da questo paradosso: il giudice non dovrebbe "fare" diritto, eppure, quando giudica, pone il diritto per il caso concreto. D'altra parte, le problematiche che oggi solleva la rilevanza di tale questione sono talmente profonde da mettere in discussione le stesse fondamenta delle democrazie contemporanee.

Ripercorrendo l'evoluzione che questo rapporto ha conosciuto nel corso degli ultimi secoli di storia, si cercheranno di analizzare i termini in cui si presenta la sua attuale configurazione, attraverso l'esame di alcuni di quei fattori che hanno contribuito – e che contribuiscono – alla ridefinizione dell'equilibrio tra le posizioni assunte dal legislatore e dai giudici nella tutela dei diritti, nel tentativo di comprendere se la valorizzazione del diritto giurisprudenziale rappresenti un'eversione o, al contrario, un'evoluzione fisiologica del modello dello Stato di diritto costituzionale.

Al fine di offrire un riscontro concreto alle dette considerazioni – che possa tendere ad avvalorarle o, al contrario, a metterle in discussione – si analizzerà un caso pratico che, recentemente, ha visto come protagonista la Corte Costituzionale italiana, e che l'ha portata a sindacare sulla legge "politica" per eccellenza: la legge elettorale.

In ogni caso, cercando di non perdere di vista il fatto che

> dal mito illuministico-giacobino della *bouche de la loi* all'assimilazione di aspetti importanti della tradizione anglosassone di *common law,* il cammino è stato lungo e complicato ed è ancora lungi dall'aver raggiunto una meta precisa. [Ma] una cosa è certa: le semplificazioni gius-positivistiche mostrano sempre più la loro insufficienza a fornire risposte adeguate alla domanda di giustizia dell'epoca contemporanea[4].

2. PROSPETTIVE STORICHE DEL SUPERAMENTO DELLA CONCEZIONE LEGICENTRICA DEL DIRITTO

La nascita del concetto moderno di Stato di diritto, che nella sua sostanza si identifica con la

[4] SILVESTRI, Gaetano. Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali. In: SCALISI, Vincenzo (cur). **Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa.** Milano: Giuffrè, 2007. p. 68.

forma di governo liberale che ha caratterizzato i principali Stati nazionali dell'Europa continentale dalla fine del XIX secolo, ha costituito il contesto nel quale hanno potuto dispiegare tutta la loro forza le varie e diverse concezioni in cui si è storicamente declinato il positivismo giuridico[5]. Quest'ultimo, nelle seppur diverse forme che ne hanno caratterizzato l'attuazione nel corso della storia, si è contraddistinto per aver prodotto, in ogni caso, un fondamentale effetto: la diffusione di una presunzione assoluta di legittimità a favore della legge, unico strumento in grado di rappresentare per intero un ordine politico autosufficiente. L'ideologica sovradeterminazione della legge e del suo valore hanno consentito di identificare tale fonte normativa con il concetto di sovranità, qualificandola (come già veniva lapidariamente espresso dall'art. 6 della Dichiarazione dei diritti del 1789) come l'unica ed autentica espressione della volontà generale.

Nella cultura giuridica diffusasi nell'Europa continentale fra il XIX ed il XX secolo si riscontrava, dunque, una sostanziale coincidenza fra i concetti di Stato e legge, nonché tra quelli di legge e diritto. Secondo quella stessa cultura, la legge rappresentava l'espressione della sovranità popolare, dalla quale traeva la propria legittimità e la propria forza. In tal senso, dunque, la legittimità del diritto veniva fatta discendere dalla sua identificazione con la legge e, quindi, con la volontà popolare, l'unica in grado di esprimere un modello unitario e razionale di società, l'unica ad avere il diritto, oltre al dovere, di governare secondo quel modello.

L'assoluta centralità assunta dalla legge nella struttura normativa dello Stato legislativo di diritto ha trovato la propria garanzia nell'affermazione del principio di legalità formale, in forza del quale una norma viene ad esistenza ed acquista validità semplicemente in virtù della forma legale della sua produzione.

Nel sistema giuridico-politico caratteristico dello Stato legale, che vedeva contrapporsi al "governo degli uomini" il "governo della legge" come l'unico in grado di far valere il principio dell'isonomia e di limitare l'arbitrio del potere politico[6], la legge assumeva un ruolo non soltanto di vertice, bensì di centro focale dell'intero sistema delle fonti; la sua tipica efficacia formale, infatti, non soltanto attribuiva alla legge una forza attiva che le consentiva di abrogare, sostituire o modificare qualsiasi altro atto normativo ed una forza passiva che le permetteva, parallelamente,

[5] BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico.** Torino: Giappichelli, 1996.

[6] ZOLO, Danilo. **Teoria e critica dello Stato di diritto.** In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (cur.). **Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica.** Milano: Feltrinelli, 2002. L'Autore osserva che lo Stato di diritto si fonda su due principi: «1) il pessimismo potestativo, cioè l'idea della pericolosità del potere politico; 2) l'ottimismo normativo, e cioè la convinzione che sia possibile contrastare la pericolosità del potere attraverso lo strumento del diritto», p. 35.

di resistere all'abrogazione, deroga o sostituzione ad opera di qualunque altra fonte, ma faceva di essa addirittura il parametro di riferimento rispetto a tutte le fonti non legislative, che sulla legge dovevano trovare il proprio fondamento giuridico.

Inevitabile portato del formalismo giuridico otto-novecentesco, la cui missione consisteva nell'assicurare il principale valore della certezza del diritto attraverso la garanzia della prevedibilità della sua applicazione, è stata la riduzione del ruolo del giudice a quello di un mero applicatore della lettera della legge, imbrigliato nei ristretti spazi delimitati dalla sua necessaria esclusione dal processo democratico[7]. La carenza di legittimazione democratica del potere giudiziario implicava la sua necessaria astensione dal processo che vedeva trasformare in legge la volontà popolare, riducendo le facoltà di cui quello poteva disporre fino a qualificarle nei termini di un potere "nullo", in quanto scevro da qualunque possibilità di valutazione politica.

In un simile scenario, che vedeva il legislatore come colui che pone i limiti ed il giudice come l'autorità a cui spetta il compito di applicarli, in virtù del principio di legalità legislativa, si creava uno Stato di diritto in cui tra la legge e l'amministrazione non vi era spazio per null'altro; soprattutto, non vi era alcuno spazio per l'interpretazione. Il potere giudiziario si configurava, perciò, non come un potere autonomo, bensì come un corpo del tutto assimilabile a quello della burocrazia statale nella misura in cui condivideva con quest'ultima, oltre alla funzione di fedele applicatore delle norme legislative, altresì la posizione di subordine rispetto al potere legislativo, coerentemente ad una concezione della separazione dei poteri che vedeva tanto quello esecutivo quanto quello giudiziario, nella loro posizione di reciproca indipendenza, accomunati nella missione di servire in maniera "ancillare" la volontà degli organi rappresentativi.

La teoria del sillogismo giuridico, in base alla quale il giudice avrebbe dovuto limitarsi ad individuare la norma legislativa pertinente al caso concreto portato al suo cospetto ed a ricondurvi quest'ultimo così da trarne un conclusione logica, rappresenta e riassume la completa sfiducia nutrita nei confronti dell'attività interpretativa, a fronte della volontà di rafforzare il potere coercitivo del testo della legge, che non poteva esser messo in discussione dalle soggettive convinzioni dell'interprete.

Questa concezione del ruolo del potere giudiziario, se si confaceva a degli ordinamenti nei

[7] Come ha scritto Rousseau, «il giudice non deve partecipare in alcuna misura né al potere dell'esecutivo né a quello del legislativo: ma è proprio in questo che il suo potere è grande: poiché pur non potendo far nulla, può impedire tutto. Come difensore delle leggi è più sacro e più rispettato di quanto non lo sia il principe che le applica, e il sovrano che le promulga»; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contract social.** Bari: Laterza, 1992. p. 192.

quali tutto il diritto veniva espresso, in sostanza, per il tramite della legge formale del parlamento, ha subito una profonda crisi con l'avvento dello Stato costituzionale, alla cui diffusione è conseguita una vera e propria rivoluzione dell'ordinamento fino ad allora vigente.

L'effetto che, dopo il secondo conflitto mondiale, in molti Stati europei hanno realizzato tanto l'entrata in vigore di costituzioni rigide quanto l'introduzione del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, ha costituito un vero e proprio cambiamento di paradigma nel modo di concepire il diritto[8]. Le "nuove" costituzioni, infatti, non si sono semplicemente limitate ad ampliare il previgente sistema delle fonti, ma lo hanno sostanzialmente rivoluzionato, ponendo al suo vertice una fonte, per l'appunto quella costituzionale, che non si limita ad indicare le procedure regolanti l'attività di produzione normativa, ma provvede, soprattutto, a fissarne i limiti sostanziali.

L'assemblamento di un sistema di limiti, non più meramente formali ma altresì materiali, che investono ogni livello di produzione giuridica, e perciò anche il livello legislativo, ha prodotto delle conseguenze rilevanti in ordine alla possibilità di qualificare la validità di una norma giuridica[9]; dal momento che alla potestà normativa si richiede, oramai, non soltanto di atteggiarsi in modo conforme a determinate procedure ma anche di dare attuazione o, quantomeno, di rispettare i limiti sostanziali prescritti dalla costituzione, la validità giuridica delle norme non può più ricondursi meramente al carattere della positività. Nel parametro di questo giudizio, infatti, confluiscono anche, e soprattutto, i valori incorporati nella costituzione.

La previsione della superiorità gerarchica della costituzione, con la conseguente predisposizione di limiti invalicabili all'attività del legislatore ordinario, ha prodotto l'effetto di "trasferire" una buona parte di quella rilevanza che nel pensiero liberale assumeva in termini assoluti il momento politico di produzione del diritto, all'attività posta in essere dai giudici, ed *in primis* dai giudici costituzionali, ai fini di assicurare il rispetto di quegli stessi limiti.

Come è stato autorevolmente affermato, dal momento dell'entrata in vigore della costituzione

> svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo (…) e subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema "in movimento" soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove

[8] ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite.** Torino: Einaudi, 1992.

[9] FERRAJOLI, Luigi. Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (cur.). **Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli.** Torino: Giappichelli, 1993. p. 465-477.

> discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi[10].

3. LA FORZA GENERATIVA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

In realtà, ai fini dell'effettivo superamento del dogma positivistico della forza di legge (non soltanto con riferimento all'ordinamento italiano, essendo tali considerazione estensibili agli altri paesi europei che con l'Italia condividono ed hanno condiviso queste tendenze) è risultata essenziale l'introduzione di una Corte Costituzionale, in quanto solo da quel momento è stata riconosciuta alla Costituzione quella forza che, per la sua natura di norma di principio, fino ad allora si era stentato a riconoscerle.

L'attribuzione esplicita ad un organo giurisdizionale del compito di valutare la legittimità di una legge attraverso l'accertamento della sua conformità al dettato costituzionale ha sancito, una volta per tutte, l'impossibilità di mantenere distinto il piano della legalità legislativa da quello della legalità costituzionale, preludendo ad una inesorabile attenuazione delle distanze intercorrenti tra politica e diritto, tra produzione e applicazione del diritto, nonché tra Stato e società civile.

La valorizzazione della Costituzione come fonte del diritto, custode di una serie di principi di notevole rilevanza morale, ai quali viene riconosciuta una forza giuridica superiore a quella propria della legge positiva, ha consentito di apporre dei limiti sostanziali all'esercizio della sovranità, presupponendo chiaramente una radicale riconsiderazione non soltanto del ruolo del legislatore, ma addirittura della stessa nozione di sovranità[11].

D'altra parte, il processo di costituzionalizzazione che ha conosciuto la nostra cultura giuridica a partire dagli anni '60 del secolo scorso, è andato di pari passo ad una progressiva "scoperta" della Costituzione, intesa come norma idonea a vincolare giuridicamente l'attività di tutti gli operatori giuridici, chiamandoli all'obbligo di contribuire alla sua realizzazione. E' chiaro come, in un simile contesto, il peso e l'importanza dell'interpretazione, in particolar modo di quella costituzionale, abbiano conosciuto un'espansione considerevole.

Peraltro, l'opera di positivizzazione di valori morali portata a compimento dalle costituzioni

[10] PALADIN, Livio. **Le fonti del diritto italiano.** Bologna: Il Mulino, 1996. p. 110.

[11] «Prima che nel diritto, trasformazioni decisive sono avvenute (…) nella natura della sovranità». PALOMBELLA, Gianluigi. **Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia.** Bari: Dedalo, 2006. p. 7.

contemporanee, delegittimando, da un lato, la forma legale nell'accezione che l'aveva fatta assurgere a fonte di legittimità dello Stato liberale borghese, dall'altro ha condotto alla rivelazione di una vera e propria forza generativa ed espansiva insita nei principi, sulla cui scia la funzione di innovazione normativa ha manifestato, in maniera sempre più evidente, la tendenza a trasferirsi dal diritto di produzione politica a quello di produzione giurisprudenziale[12].

Vero è che la proclamazione stessa di valori riferibili alla persona umana, assunti come postulati immutabili di ogni comunità politica, come fondamento dell'unità materiale del sistema giuridico, contiene già di per sé un'implicita svalutazione della forza direttiva della legge, estendendo il concetto di diritto agli aspetti di correttezza "morale" che derivano dalla presenza di quegli stessi principi e dei diritti che vi si ricollegano, così da rendere obsoleta l'idea per cui il diritto sarebbe riconducibile esclusivamente a quello formalmente valido[13]. In termini generali, può essere osservato come il pluralismo, il carattere indeterminato ed aperto delle moderne costituzioni, nelle quali «sono stati riposti valori, interessi, programmi dichiarati in termini assoluti, contrapposti gli uni agli altri, senza la possibilità di fissare già il punto della loro mediazione», abbiano prodotto l'inevitabile esito di rimettere l'opera di conciliazione alle future decisioni dei giudici, facendo del dettato costituzionale una «*open texture*»[14].

In ogni caso, è stato il concreto atteggiamento assunto nel corso degli ultimi decenni dalla giurisprudenza, costituzionale e non, a rivelare definitivamente ed in modo, oramai, inequivoco le summenzionate potenzialità delle norme costituzionali di principio, in particolare il loro caratterizzarsi nei termini di materiale normativo di cui i giudici possono e devono disporre direttamente ai fini della risoluzione delle controversie dinnanzi ad essi prospettate, non soltanto in via integrata da norme di rango legislativo[15], bensì, laddove si rivelasse necessario, anche in via esclusiva[16].

---

[12] SILVESTRI, Gaetano. **Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali.** p. 56-57, in cui l'Autore sostiene che «la razionalità del giurista, specie nel campo del diritto costituzionale, non appare più orientata allo scopo fissato in modo arbitrario e insindacabile dal legislatore (…) ma ai valori che, tramite le costituzioni, vengono positivizzati in modo generico, ma già in questa veste si impongono a tutte le forme di produzione giuridica dell'ordinamento».

[13] BONGIOVANNI, Giorgio. **Costituzionalismo e teoria del diritto.** Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 64.

[14] BIN, Roberto. La costituzione tra testo e applicazione. **Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica.** 14, 2009, I.

[15] Un esempio su tutti, Cass. 7 giugno 2000, n. 7713; in questo caso la Suprema Corte, menzionando per la prima volta la "nuova" categoria del danno esistenziale, ha affermato la diretta applicazione dell'art. 2 Cost. ai rapporti tra privati, precisando che tale articolo, letto in correlazione all'art. 2043 c.c., intende assicurare lo strumento risarcitorio in relazione a tutti i danni "che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana".

[16] La necessità di ricorrere ad una applicazione diretta ed esclusiva del combinato disposto di principi costituzionali ai fini del rinvenimento della norma da applicare al caso concreto si è manifestata prevalentemente in presenza di una vera e propria lacuna normativa. Esemplare a tal proposito è il caso Englaro: nella sentenza che concluse il complesso percorso processuale che ha caratterizzato questa nota vicenda, la Cassazione affermò che nei casi che implicano la tutela del diritto alla salute e del diritto

Per il vero, l'indeterminazione connaturata alle disposizioni di principio ha costituito il presupposto per un'incredibile espansione dalla tutela dei diritti ad opera della giurisprudenza, innescando un fenomeno di produzione, per così dire, "spontanea", dal momento che ha messo il giudice – oggi non più soltanto quello costituzionale – nella condizione di dover cogliere nell'evoluzione sociale gli elementi necessari ad integrare il quadro costituzionale. Come è stato autorevolmente affermato, la formulazione di disposizioni di principio costituisce "la porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nel sistema normativo"[17].

Attraverso l'attenta osservazione dello scenario che è venuto configurandosi non è difficile trovarsi a riscontrare quanto il diritto eurocontinentale europeo si sia avvicinato al *common law;* un avvicinamento che si è realizzato, anzitutto, attraverso l'attribuzione al primo di quella dimensione "diacronica" caratteristica del secondo, in base alla quale "la validità e l'effettivo contenuto di qualsiasi norma sono affidati alla loro continua sperimentazione nella vita sociale e processuale[18]".

L'operare del diritto in questa sua "nuova" dimensione, in virtù della quale gli stessi diritti costituzionali non possono essere concepiti come un sistema chiuso e dato, essendo al contrario suscettibili di continue ridefinizioni in sede giudiziaria, fa sì che "il giudice destinatario e il costituente emittente formino una coppia indissolubile di pari, la cui unione concorre allo sviluppo della sovranità costituente[19]".

4. L'INCIDENZA SUL RUOLO DEL GIUDICE DELLA COSTRUZIONE DELLO SPAZIO SOVRANAZIONALE EUROPEO

La concezione legicentrica del diritto, già messa a dura prova dall'avvento delle costituzioni rigide e del controllo giurisdizionale di legittimità delle leggi, nella progressiva realizzazione dell'ordinamento comunitario ha visto segnare la strada verso il suo ineluttabile e definitivo superamento.

---

alla vita, il fondamento giuridico, e quindi la norma applicabile, vada desunto direttamente dall'interpretazione congiunta di norme di rango costituzionale, in particolare dagli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., dalla quale emergerebbe l'affermazione della libertà di autodeterminazione terapeutica e quindi della libertà di scelta per il paziente, a seguito di consenso informato, di rifiutare o interrompere la terapia in tutte le fasi della vita. Cfr. Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

[17] PUGLIATTI, Salvatore. La giurisprudenza come scienza pratica. In: PUGLIATTI, Salvatore. ***Grammatica e diritto.*** Milano: Giuffrè, 1978. p. 171.

[18] SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione.** Torino: Giappichelli, 2008. p. 18.

[19] CAYLA, Oliver. Les deux figures du Juge. **Le Débat,** n. 74, 1993, p. 172.

La formazione dello spazio sovranazionale europeo, nei tratti che attualmente lo caratterizzano, ha infatti portato alla luce in tutta la loro evidenza le potenzialità dell'opera posta in essere dagli organi giurisdizionali, rappresentando, quello, un ordinamento "giuridico" ancor prima che "politico", dal momento che i termini della sua evoluzione sono stati principalmente, e per certi versi addirittura esclusivamente, dettati per il tramite dell'attività pretoria espletata dalla Corte di Giustizia.

A tal proposito basti considerare che l'affermazione del principio del primato del diritto comunitario, in virtù del quale i giudici nazionali sono onerati dal compito di disapplicare ogni normativa nazionale – persino di natura costituzionale – che risulti essere in contrasto con il diritto comunitario, non discende da un'esplicita previsione dei Trattati istitutivi dell'Unione, bensì da una pronuncia della Corte di Giustizia in cui, per la prima volta, veniva affermato che "a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare"[20].

Sin dall'inizio del cammino comunitario, a fronte delle profonde incertezze caratterizzanti un ordinamento che attribuiva alla Corte di Giustizia il preciso compito di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione" dei trattati (art. 164 Trattato CEE, oggi art. 19 TUE) pur non provvedendo a definire in cosa quel diritto effettivamente consistesse, la Corte comunitaria si è ritrovata a rivestire un ruolo decisivo in ordine all'individuazione del tessuto normativo del sistema giuridico europeo, rilevandone i principi qualificanti e facendo di esso un sistema coerente e sistematico, così da connotarlo come un ordinamento giuridico autonomo e dotato di una specifica individualità.

Non è possibile in tal sede approfondire in maniera puntuale i termini e le modalità attraverso cui si è determinata l'azione della Corte, ma vale la pena sottolineare come l'opera di individuazione – definita spesso tra l'altro, più o meno impropriamente, di "creazione" – del sistema giuridico dell'Unione da quella realizzata abbia trovato la sua linfa vitale nell'esperienza e nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri, dalle quali l'elaborazione delle norme e dei principi dell'ordinamento comunitario ha tratto una fondamentale ispirazione.

Nella sua autorità di interprete supremo nonché di effettivo garante del diritto dell'Unione,

[20] Sentenza del 15 luglio 1964, Flaminio Costa contro Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Costa contro Enel).

tra l'altro, la Corte ha esercitato un ruolo determinante nel conferire un carattere dinamico e una natura dialettica ai rapporti intercorrenti con i vari Stati membri, in un'ottica di reciproca influenza e di collaborazione, in particolare attraverso la valorizzazione del coinvolgimento dei giudici nazionali nell'azione di garanzia del diritto comunitario.

L'attività della Corte di Giustizia si è rivelata determinante soprattutto rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Nonostante oggi, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, possa dirsi che questo principio abbia trovato non soltanto una piena affermazione, bensì una vera e propria formalizzazione nel diritto dell'Ue[21], non può restare sottaciuto che l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali era già penetrata nell'ordinamento giuridico sovranazionale come principio costitutivo di quello stesso sistema proprio per il tramite della giurisprudenza della Corte.

Peraltro, il rapporto di stretta collaborazione con i giudici nazionali[22], fortemente incentivato dall'azione della Corte di Giustizia col proposito di realizzare un'efficace integrazione tra i rispettivi ordinamenti, ha comportato una considerevole complicazione nel panorama nell'ambito del quale quelli sono ormai chiamati ad operare. La complessità propria di un sistema multilivello di salvaguardia dei diritti, nel quale si ritrovano a "convivere" una molteplicità di fonti, nazionali e sovranazionali, i cui rapporti possono essere risolti soltanto attraverso il ricorso ad una difficile opera di coordinamento, ha conferito ai giudici nazionali un ruolo di importanza centrale, con tutti gli oneri e gli onori che ne conseguono. Infatti, se, da un lato, questa complessità mette l'interprete nazionale di fronte al rischio concreto di rivelarsi inadeguato rispetto alla realizzazione di quel necessario coordinamento tra norme diverse e in continua evoluzione, dall'altro gli attribuisce una funzione che va ben al di là dei confini entro i quali l'attività giurisdizionale, quantomeno nel modo in cui la concepisce (o la concepiva) la tradizione giuridica eurocontinentale, ha potuto sino ad ora dispiegarsi.

In un contesto di interlegalità come quello che si è sommariamente tratteggiato, nel quale non è rinvenibile un paradigma normativo unitario, il giudice diviene, in sostanza, colui che decide il diritto. Se, in passato, nell'ambito di un sistema legicentrico era sufficiente rivolgersi a quanto disposto dalla legge al fine di individuare il diritto vigente, data la sostanziale coincidenza ed assimilazione tra i due termini, nella dimensione attuale il giudice è costretto ad evadere dai

[21] L'art. 6, par. 2, TUE dispone che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

[22] Che si è concretamente instaurato, in special modo, per il tramite del meccanismo della c.d. competenza pregiudiziale.

ristretti confini della legislazione nazionale, ampliando l'orizzonte del suo sguardo fino a ricomprendere al suo interno ogni altra fonte suscettibile di determinare il diritto vigente valido.

Ma c'è di più. Come è stato osservato

> il potere giudicante, quando si trova a decidere quale norma applicare o quale interpretazione privilegiare nel caso concreto, assolve a una funzione che, ancor prima di essere quella di "giudice della legge", è eminentemente politica: in un quadro spesso conflittuale, il giudice assurge ad attore chiave di quella che [è stata definita] *politics of definition of law*[23].

La caratterizzazione in senso politico dell'attività degli organi giurisdizionali, d'altra parte, costituisce la conseguenza necessitata della circostanza che vede attribuire agli stessi il compito di coordinare la pluralità di sistemi giuridici nell'ambito dei quali sono chiamati ad operare, non potendo la loro opera limitarsi alla mera constatazione delle diversità, bensì dovendo spingersi fino al tentativo di comporre la complessità, protendendo verso la ricostruzione di un "ordine".

In un quadro simile, sostenere che i giudici dovrebbero tornare a ricoprire il tradizionale ruolo che li vedrebbe come dei semplici burocrati, chiamati ad applicare il diritto sulla base di un potere legal-razionale, diviene impossibile. E questa impossibilità è puramente riconducibile al fatto, non difficilmente riscontrabile, che oggi ad essere venuto meno è anzitutto lo scenario rispetto al quale gli stessi giudici sono chiamati ad operare: quel *corpus* normativo perfetto e conoscibile che il diritto legicentrico otto-novecentesco, avendone l'attitudine, pretendeva di realizzare, oggi manca di tutti i fondamentali presupposti utili ai fini di una sua rivendicazione. La stessa complessità e la frammentazione che caratterizzano le società contemporanee richiedono un più ampio margine d'intervento da parte degli organi giudicanti, rendendo evidenti l'inadeguatezza e l'incapacità delle formulazioni normative astratte e generali di provvedere alla loro regolamentazione, e spostando, perciò, il momento della composizione degli interessi a quello dell'intervento giudiziale.

Il disorientamento degli individui che vivono la crisi di legittimazione delle moderne società democratiche richiede la vigenza di un diritto che risponda non tanto ad una mera razionalità formale, quanto a quella che viene percepita come razionalità sociale: un diritto che sappia comporre le differenze, pur preservandone le rispettive identità; un diritto che venga percepito come "accettabile" in quanto rispettoso del pluralismo identitario; un diritto che intervenga a regolare le diverse situazioni concrete tenendo conto degli interessi e dei valori che vengono da

[23] SANTORO, Emilio. **Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione.** p. 25.

quelle di volta in volta coinvolti, senza la pretesa di una aprioristica validità generale.

In questa situazione occorre semplicemente "rassegnarsi" all'idea che il *judicial activism* di cui oggi si parla, lungi dal rappresentare un'eversione del costituzionalismo contemporaneo, una patologia contingente dello stato di diritto costituzionale, costituisca piuttosto un'inevitabile e strutturale portato del passaggio da una democrazia monistica ad una democrazia pluralistica (prima), da una democrazia nazionale a una democrazia sovranazionale (poi).

5. FINO A CHE PUNTO PUÒ SPINGERSI IL GIUDICE? L'ESAME DI UN CASO CONCRETO: LA SENTENZA N. 1/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Con la sentenza n. 1 del 2014[24] la Corte Costituzionale, in estrema sintesi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005 nella parte in cui prevede l'attribuzione del premio di maggioranza alla lista o alla coalizione che abbiano ottenuto il maggior numero di preferenze valide, a prescindere dal raggiungimento di una soglia minima di voti, ed il meccanismo del voto di lista bloccato.

Innumerevoli sono le problematicità sollevate dalla pronuncia in esame; problematicità che toccano almeno tre questioni fondamentali, vale a dire l'ammissibilità del ricorso, il merito della decisione, nonché le ricadute che questa concretamente andrà ad esercitare sulla predisposizione di una nuova legge elettorale da parte del Parlamento. In ogni caso, non essendo possibile in tal sede effettuare una compiuta trattazione di tutti gli aspetti degni di nota, si concentrerà l'attenzione su quelli che più da vicino attengono al tema oggetto della presente dissertazione, e che più si prestano a rivelarsi funzionali ad offrire una risposta a tale quesito: fino a che punto può spingersi il giudice costituzionale senza che il suo intervento segni una palese ed irrimediabile ingerenza nella sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore?

Al di là della preliminare ma dovuta precisazione che porta ad affermare che la Corte, con questa sentenza, abbia senz'altro "voluto" decidere sulla questione prospettatale dalla Cassazione, bypassando gli istituti procedurali relativi al giudizio di costituzionalità nonché la sua stessa

[24] Come noto, la Corte Costituzionale era stata investita della questione di legittimità riguardante gli artt. 4, comma 2, 59 e 83, comma 1, n. 5 e comma 2 del d.P.R. n. 361/1957, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005, nonché dell'art. 14, comma 1, 17, commi 2 e 4, dello stesso testo normativo, in riferimento agli artt. 3, 48, comma 2, 49, 56, comma 1, 58, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, dalla Corte di Cassazione con ordinanza n. 12060/2013.

consolidata giurisprudenza in tema di incidentalità del ricorso[25], occorre anzitutto mettere in luce quella che, a modesto parere di chi scrive – un parere, peraltro, avvalorato da quello espresso da ben più autorevole dottrina[26] – risulta costituire la parte più significativa della sentenza, vale a dire il frammento in cui il giudice delle leggi, immediatamente dopo aver precisato che "non c'è (…) un modello di sistema elettorale imposto dalla Carta costituzionale", aggiunge che "il sistema elettorale, tuttavia, pur costituendo espressione dell'ampia discrezionalità legislativa, non è esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità, quando risulti manifestamente irragionevole".

Secondo la Corte, dunque, la legislazione elettorale, incidendo direttamente sul fondamentale diritto di voto e sull'affermazione del principio costituzionale di rappresentatività democratica, non può costituire una zona franca del sistema di giustizia costituzionale. E non può risultare esente dal sindacato di costituzionalità anche laddove l'espletamento di tale controllo implichi non soltanto la rilevazione di eventuali contrasti della legislazione suddetta con un parametro costituzionale puntualmente individuato, bensì si estenda fino al punto di legittimare la Consulta a valutare la "ragionevolezza" della normativa sottoposta al suo giudizio.

Invero, nel caso di specie la Corte ha proceduto a dichiarare l'incostituzionalità del premio di maggioranza previsto dalla l. 270/2005 in quanto, a suo giudizio, la disposizione in questione non avrebbe superato il test di ragionevolezza e di proporzionalità al quale è stata sottoposta.

Nello specifico, la Corte ha ritenuto che l'applicazione di un metodo così sproporzionato di assegnazione del premio di maggioranza, svincolato dal raggiungimento di alcuna soglia minima di voti, abbia condotto ad una "oggettiva e grave alterazione della rappresentanza democratica" provocando, perciò, una conseguente "alterazione degli equilibri istituzionali, tenuto conto che la maggioranza beneficiaria del premio sarebbe in grado di eleggere gli organi di garanzia che restano in carica per un tempo più lungo della legislatura". Nell'affermare ciò, la Corte ha ritenuto di dover "valutare se la norma oggetto di scrutinio (…) sia necessaria ed idonea al conseguimento

[25] Nella sentenza in esame, infatti, la Corte ha superato l'impostazione costantemente affermata dalla sua giurisprudenza in tema di ricorso incidentale, vale a dire che la coincidenza tra il *petitum* del giudizio principale e quello del giudizio di costituzionalità porti necessariamente ad escludere «il carattere di incidentalità della questione. Quest'ultimo presuppone che il *petitum* del giudizio, nel corso del quale viene sollevata la questione, non si identifichi con l'oggetto della questione stessa (ordinanza n. 175 del 2003; sentenze n. 17 del 1999 e n. 127 del1998)». Fino ad oggi, infatti, la Corte costituzionale ha costantemente concluso nel senso di ritenere inammissibile la questione ogniqualvolta in cui la caducazione della norma censurata conseguente alla sua decisione avesse reso superfluo ogni ulteriore provvedimento da parte del giudice *a quo* ai fini della prestazione della tutela richiesta (cfr. sent. n. 65 del 1964; n. 256 del 1982; n. 349 del 1985; n. 214 del 1986; n. 291 del 1986; n. 127 del 1998; n. 49 del 2000, ecc.).

[26] AZZARITI, Gaetano. La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura. **Nomos***,* 3-2013.

di obiettivi legittimamente perseguiti in quanto, tra misure proporzionate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi".

L'incostituzionalità, dunque, non è stata ravvisata nel premio di maggioranza di per sé considerato, bensì nella sua effettiva conformazione; anzi, secondo quanto espressamente affermato dalla stessa Corte, quello a cui aspira il correttivo oggetto di contestazione costituirebbe un obiettivo legittimo, ravvisabile nel tentativo di "agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale". L'assenza di una qualche previsione che andasse a subordinare l'attribuzione del premio a chi avesse raggiunto una soglia di voti tale da poter rendere "ragionevole" l'operatività di tale meccanismo, però, avrebbe condotto ad una "illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare".

In sostanza, il tentativo di assicurare la governabilità del Paese è senz'altro un obiettivo politico legittimo, ma il suo perseguimento deve essere strutturato in modo tale da non sacrificare in maniera eccessiva e, perciò, sproporzionata, il valore costituzionale della rappresentatività parlamentare.

Secondo quanto affermato nella sentenza, le norme oggetto di censura detterebbero "una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, ponendosi in contrasto con gli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma e 67 Cost.". La disciplina in questione, dunque, non risulterebbe "proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, posto che determina una compressione della funzione rappresentativa dell'Assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente"[27].

Alla luce di tali considerazioni resta, pertanto, da chiedersi quali siano le conseguenze di questa decisione sull'attuale assetto della forma di governo parlamentare. In particolare, tenendo a mente l'interrogativo che ha condotto la presente – e necessariamente sommaria – disamina della sentenza, occorre riflettere sul più intimo significato che questa assume rispetto alla

[27] Le stesse considerazioni valgono con riferimento alla disciplina elettorale prevista per il Senato, aggiungendosi a tal riguardo l'ulteriore osservazione per cui, in tal caso, le disposizioni previste dalla l. 270/2005 non sarebbero idonee neanche ad assicurare il perseguimento dell'obiettivo della governabilità, dal momento che l'assegnazione dei seggi a livello regionale recherebbe con sé l'inevitabile rischio di creare in seno ai due rami del Parlamento delle maggioranze diverse.

configurazione dei rapporti intercorrenti tra giudice costituzionale ed assemblee legislative.

Entrando nel merito della valutazione della ragionevolezza della legislazione elettorale, la Corte ha posto in essere un'indubitabile ingerenza nell'ambito della sfera di discrezionalità riservata al legislatore; una discrezionalità che dovrebbe presumersi massima in riferimento alla predisposizione della legge politica per eccellenza.

Quello sulla ragionevolezza come proporzionalità, infatti, è un giudizio relativo alla "misura" di un testo normativo, e non può non suscitare una qualche perplessità il fatto che sia stato il giudice delle leggi a dover sindacare su tale "misura". D'altra parte, è stata la medesima Corte a ribadire, nella sentenza in esame, quanto dalla stessa già affermato in precedenza, vale a dire che la "determinazione delle formule e dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicità della scelta legislativa"[28]. Nonostante questa premessa, che a rigor di logica avrebbe dovuto implicare un intervento, per così dire, attentamente riguardoso della discrezionalità di cui la legge ordinaria gode in tale materia, la Corte ha, invece, proceduto ad effettuare un sindacato estremamente incisivo, nel quale ha rivestito un ruolo determinante l'applicazione del principio di ragionevolezza.

Il fondamentale aspetto che si vuole osservare, in sostanza, è che, secondo le dinamiche che fisiologicamente dovrebbero animare la forma di governo caratteristica del nostro ordinamento, il meccanismo più consono attraverso il quale poter addivenire ad una conformazione della legislazione elettorale al dettato costituzionale avrebbe dovuto essere quello della contrattazione politica. Soltanto il Parlamento sarebbe dovuto intervenire al fine di ricondurre il sistema elettorale ad una fattezza tale da renderlo "costituzionalmente razionale", non la Consulta.

I dubbi sorgono con evidenza ancor maggiore se si passa ad interrogarsi circa la seconda questione, quella relativa alle liste bloccate[29]. Se, infatti, rispetto alla questione dello "sproporzionato" premio di maggioranza la Corte – seppur attraverso l'applicazione dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità – si è espressa con una classica sentenza di accoglimento, a proposito delle liste bloccate, invece, è assai dubbio il carattere da doversi attribuire alla pronuncia con la quale la Consulta ne ha dichiarato l'incostituzionalità. Trattasi di un'additiva secca

[28] Vedi anche sent. n. 242/2012; ord. n. 260/2002; sent. n. 107/1996.

[29] Le quali, nella loro effettiva conformazione, si porrebbero in contrasto con i principi costituzionalmente garantiti del voto personale, libero e diretto.

o di un'additiva di principio? Il discrimine tra i due tipi di pronuncia, difatti, risulta essere estremamente influente al fine dell'individuazione del sincero atteggiamento assunto dalla Corte nei confronti del Parlamento. In particolare, il fatto che la sentenza in questione debba (o possa) qualificarsi come come additiva secca o come additiva di principio costituisce un importante indice rivelatore della propensione o, al contrario, della ritrosia della Corte Costituzionale ad intraprendere un dialogo con il legislatore[30].

A ben vedere, andando al di là di quanto alcuni abbiano voluto, in qualche modo, "far dire" alla Corte – che è forse molto di più rispetto a quanto essa abbia effettivamente detto – l'attenta analisi della sentenza in esame lascerebbe intendere che si sia in presenza di un'additiva di principio, con la quale la Corte si è collocata in una prospettiva di confronto con il legislatore a proposito delle problematiche connesse alla legge elettorale.

Nella sentenza, infatti, nonostante la Consulta abbia preliminarmente sottolineato che gli inconvenienti relativi alla possibilità per gli elettori di esprimere la preferenza siano, in realtà, soltanto apparenti, potendo "essere risolti mediante l'impiego degli ordinari criteri di interpretazione, alla luce di una rilettura delle norme già vigenti coerente con la pronuncia di questa Corte" – configurando, con ciò, la possibilità dell'introduzione della preferenza unica – si evince chiaramente la sua predisposizione all'apertura ed al confronto con l'organo legislativo, dal momento che, più volte, è la stessa Corte a sottolineare l'opportunità di un intervento del Parlamento che sia finalizzato a correggere, a modificare o, comunque, ad integrare la disciplina residua.

D'altra parte, l'introduzione del voto di preferenza costituisce un'opzione che è necessariamente condizionata dalla scelta di un certo sistema elettorale, piuttosto che di un altro. L'estromissione dal *corpus* della l. 270/2005 del premio di maggioranza ha dato luogo ad una normativa di risulta istitutiva di un sistema elettorale proporzionale, e perciò di per sé compatibile con il voto di preferenza. Ciò non toglie, però, che si tratti in ogni caso di un'opzione, e che questa opzione non possa che essere rimessa all'organo costituzionalmente deputato al compimento delle scelte politiche fondamentali.

[30] E' stato autorevolmente osservato, infatti, che le «c.d. additive di principio (o dichiarative), sono pronunciate quando – affinché la legge si conservi legittima – è necessario introdurre una norma che manca, sì, come in tutte le additive, ma che non può dirsi […] "a rime obbligate", essendo invece possibile una pluralità di soluzioni normative diverse affidate alla libera discrezionalità del legislatore. Se la Corte scegliesse "una" fra le norme possibili (idonee a sanare il vizio di legittimità), finirebbe ovviamente per invadere il campo del Parlamento: in questi casi, allora, pur giudicando nel merito, di solito preferisce dichiarare inammissibili le richieste di additive». RUGGERI, Antonio. SPADARO, Antonino. **Lineamenti di giustizia costituzionale.** Torino: Giappichelli, 2009. p.150.

Nel tentativo di giungere ad una qualche conclusione che sia in grado di fornire una risposta soddisfacente al quesito posto in precedenza, pare si possa ravvisare, nel contesto qui sommariamente tratteggiato, uno spiraglio di puro pessimismo, insieme, però, ad un altro di più rincuorante ottimismo.

Il sentimento di profondo pessimismo risiede nel fatto che, nonostante i meccanismi elettorali introdotti con la l. 270/2005 fossero, già da tempo, circondati da un profondo discredito diffuso sia nell'opinione pubblica che tra le stesse forze politiche, nonostante la Corte Costituzionale avesse già colto l'occasione di ammonire il Parlamento circa l'intrinseca irrazionalità di quegli stessi meccanismi[31], il legislatore non è stato in grado di affrontare l'importante sfida che quei moniti e quelle diffidenze gli ponevano davanti, restando inerte di fronte ad una situazione che, richiedendo inutilmente un pronto intervento risolutore, si è ritrovata ad assumere l'infausto merito di rivelare drammaticamente tutta la sua incapacità.

In questa prospettiva la Corte Costituzionale è stata letteralmente messa con le spalle al muro, invocata con l'evidente intenzione di sopperire – attraverso un rimedio estremo – alla protratta inerzia delle camere parlamentari.

La questione assunta ad oggetto del presente esame, d'altra parte, ha conferito evidenza ad un dato già ampiamente noto alla dottrina giuspubblicistica, vale a dire la profonda problematicità inerente al rapporto intercorrente tra Corti Costituzionali e politica. Le Corti, infatti, venendo generalmente chiamate ad operare nell'ambito di ordinamenti retti dalla concezione liberal-democratica fondata su principi cardine quali quello della separazione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali, se, da un lato, vengono concepite come gli organi depositari del massimo potere di garanzia, dall'altro, però, si scontrano con il pervadente rischio di contrapporsi alle scelte assunte dagli organi rappresentativi della volontà popolare, chiamando in causa il ricorrente interrogativo che pone in dubbio la loro stessa legittimazione.

La contraddizione insita nel rapporto tra legislazione e giurisdizione può trovare una fisiologica risoluzione in ordinamenti in cui tutti i poteri, in un'ottica di collaborazione, partecipino al fine di rendere operativi i principi sanciti nella Costituzione. Laddove, al contrario, questa forma

[31] Vedi le sentenze n. 15/2008 e n. 16/2008, in cui la Corte Costituzionale ha segnalato al Parlamento "l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi". Analoghe perplessità sono state nuovamente manifestate nella sentenza n. 13/2012, oltre ad essere successivamente riprese nell'ambito della relazione annuale del Presidente della Corte, tenutasi in data 12 aprile 2013.

di leale collaborazione manchi, prevalentemente a causa di una connaturata inefficienza del sistema politico, risulta molto più complicato riuscire a scorgere un punto di equilibrio.

L'attività concretamente posta in essere dalle Corti Costituzionali, in sostanza, va contestualizzata rispetto a quello che è l'effettivo funzionamento della forma di governo. Tacciare la Consulta dell'illegittima appropriazione di un improprio ruolo di supplenza politica, infatti, non può costituire un'operazione automatica, dovendo necessariamente esser tenute da conto le circostanze che hanno condotto all'assunzione di quel ruolo.

A fronte della evidente impossibilità, da parte del nostro Parlamento, di favorire una convergenza tra le diverse forze politiche, di rinvenire un accordo sulla legislazione elettorale che potesse riassumere e contemperare le diverse esigenze concorrenti, alla Corte Costituzionale non è residuata altra via se non quella dell'intervento. Un intervento indubbiamente coraggioso, che l'ha portata a rifuggire dall'*escamotage* offertole da una eventuale (e plausibile) pronuncia di inammissibilità, conducendola a sindacare sullo "scomodo" merito della questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione.

Nel raccogliere questa sfida, però, la Corte ha dato prova di non aver dimenticato l'importanza e l'assoluta necessità di un intervento da parte delle Assemblee legislative, ed è in ciò che può scorgersi uno spiraglio di ottimismo. Pur richiamando il Parlamento ad un doveroso ossequio delle esigenze imposte da una rappresentatività che non può prescindere dall'essere democratica, pur mettendolo di fronte al fatto compiuto dell'illegittimità delle sue scelte, la Corte Costituzionale ha dato una grande possibilità alla politica. Quella di riscattarsi.

SPUNTI PER SUPERARE LA PAURA DELLA LETTERATURA

Alessandro Provera[1]

1. DALLA BROCARDICA AL 'CITAZIONISMO' LETTERARIO

Volenti et consentienti non fit iniuria. Quando però il consenso può dirsi libero? Cosa significa "volontà" e come può essere accertata? *Qui suo utitur neminem laedit*. Fino a che punto si può, tuttavia, 'usare' il proprio diritto? In che misura l'esercizio di un diritto limita la sfera soggettiva di un altro individuo? *Qui in re illicita versatur etiam tenetur pro casu*…

L'elenco dei brocardi potrebbe essere lungo, anche se certamente non noioso e non fine a se stesso. Il brocardo racchiude, infatti, una ricchezza letteraria, essendo specchio di un modo di vedere il mondo e di una cultura[2]. Inoltre, in epoche anteriori alle codificazioni, si è fatto spesso uso dei brocardi[3] poiché, seppur parzialmente, garantivano la generalità e l'astrattezza del principio di diritto, funzione che successivamente sarà propria della norma[4]. Basta poi una breve visita nelle aule di giustizia per poter constatare la 'vitalità' di queste ed altre formule, più o meno antiche, più o meno riprese letteralmente[5].

Se però ci si fermasse ad analizzare ciascuno degli elementi che compongono qualsiasi brocardo, si riscontrerebbe una notevole vaghezza concettuale. Il che è grave nella materia giuridica: se un concetto è impreciso, non può che portare ad accertamenti che lasciano margine a una pericolosa discrezionalità.

---

[1] Assegnista di Ricerca in Diritto Penale, Facoltà di Giurisprudenza, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

* Assegnista di Ricerca in Diritto Penale, Facoltà di Giurisprudenza, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

[2] In questi termini RICCOBONO, Salvatore. Voce Brocardica. In **Nuovo digesto italiano**. Milano, XVI,1937, p. 548.

[3] Si sono, nel tempo, distinte tre forme di brocardi: la prima derivata dal *Corpus iuris civilis*, specialmente dal libro 50, tit., 17, *De regulis iuris antiquis*, oggetto di raccolta da parte di Azone e Gotofredo; un'altra originatasi dalla pratica giudiziaria; l'ultima scaturita dalla 'saggezza' popolare. Cfr. FIORELLI, Piero. 'Ragione' come 'diritto' fra latino e volgare. In AA. VV., **Nozione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo**. Napoli: Jovene, 1997, pp. 105 ss. In tema MORTARA GARAVELLI, Bice. **Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani**. Torino: Einaudi, 2001, pp. 183 ss. e FIORELLI, Piero. Tra il proverbio e la regola di diritto. In BANDINI, Michele - PERICOLI, Federico G. (a cura di), **Scritti in memoria di Dino Pieraccioni**. Firenze: Istituto papirologico "G. Vitelli", 1993, pp. 189 ss.

[4] RICCOBONO, Salvatore. Brocardica. p. 548.

[5] Sul '*latinorum*', non solo tribunalizio, BECCARIA, Gian Luigi. **Sicuterat**. Milano: Garzanti, 1999. Sull'utilizzo negli atti giudiziari delle citazioni latine, MORTARA GARAVELLI, Bice. **Le parole e la giustizia**, pp. 185, la quale cita, come esempio, la sentenza emessa al termine del "processo Priebke".

Basti pensare all'azione premeditata, sovente descritta come comportamento tenuto *frigido pacatoque animo*, formula che lascia del tutto senza risposta i problemi circa il lasso di tempo necessario tra la decisione di uccidere e l'omicidio e l'elemento soggettivo del reo.

Il brocardo deve essere, quindi, interpretato non solo letteralmente, ma anche storicamente, collocandolo nel contesto in cui nacque e, soprattutto, sistematicamente, ossia nell'ambito del singolo ordinamento giuridico in cui viene utilizzato.

In varie epoche storiche, tra cui quella attuale, si constata, invece, un costante utilizzo 'disinvolto' del brocardo, considerato una sorta di *deus ex machina*. Nasce così il "brocardismo", tendenza a utilizzare formule retoriche decontestualizzate, stilemi pressoché 'muti' dal punto di vista giuridico. È, inoltre, riscontrabile una tendenza a creare brocardi di origine letteraria. Si è, infatti, sviluppato nel tempo il c.d. 'citazionismo letterario'[6] in campo giuridico, una sorta di filiazione del 'brocardismo'. Il testo letterario viene 'sezionato' in numerose *sententiae*, frasi a effetto, che si vorrebbero anche portatrici di una verità assoluta in ogni contesto. La selezione della frase, o del verso è, però, assai superficiale e quasi mai specchio consapevole dell'opera da cui viene tratta. Un atto di 'violenza' al testo e al suo significato.

Il 'citazionismo letterario' nel testo giuridico si sviluppa su due direttrici. Da un lato, serve per arricchire il discorso e mostrare una 'notevole' cultura[7], dall'altro, crea o concorre a creare una 'verità' processuale, il più delle volte tutt'altro che assoluta.

2. LE PAROLE CREANO FATTI

Sovente le citazioni, tanto colte e ripetute quanto superficiali, travisano il senso del testo da

[6] Un primo tipo di citazionismo è certamente una forma d'arte, un anacronismo voluto, non necessariamente dichiarato, ossia l'inserimento in un contesto letterario o pittorico, di elementi anacronistici, che possiedono un significato simbolico, sovente di critica alla contemporaneità. Forse i Preraffaelliti furono i primi citazionisti di questo tipo nella storia dell'arte. Un citazionismo come forma d'arte e portatore di significato, dal momento che era finalizzato al perseguimento di un ideale di bellezza ed era portatore di un messaggio critico nei confronti della società vittoriana. Si pensi, inoltre, ad alcune correnti artistiche degli ultimi decenni del Novecento, anch'esse profondamente citazioniste. Per approfondimento FINIZIO, Luigi Paolo. **Moderno antimoderno. L'arte dei preraffaelliti nella cultura vittoriana**. Napoli: Liguori editore, 2004, pp. 98 ss. Sulle varie strategie retoriche, si rinvia a MORTARA GARAVELLI, Bice. **Manuale di retorica**. Milano: Bompiani, 2008, pp. 113 ss. Vi è poi il citazionismo dell'"assurdo", volto a indicare collegamenti e analogie apparentemente improbabili o a sciogliere legami di senso razionale, strumento retorico che può farsi portatore di significato. In campo giuridico ottimo esempio di questo tipo di citazionismo è quello di GIUNTA, Fausto. Il reato colposo nel sistema delle fonti. In DONINI, Massimo E ORLANDI, Renzo (a cura di). **Reato colposo e modelli di responsabilità**. Bologna: Bononia University Press, 2013, p. 75 che, per spiegare la figura dell'agente modello, così come interpretata da certa giurisprudenza, ricorre alla celebre e nazionalpopolare canzone di Morandi, Tozzi e Ruggeri, *Si può dare di più*.

[7] Fino ad arrivare a vere e proprie opere rapsodiche, in cui l'autore si limita a un lavoro di cesello o, più realisticamente, a un "taglia e cuci", unendo citazioni e destreggiandosi nell'utilizzo di congiunzioni per rendere il "proprio" testo armonico.

cui sono tratte, come avviene nel caso di utilizzo della letteratura in *funzione meramente ornamentale*. Studiando, per esempio, un particolare tipo di delitto, ossia l'omicidio premeditato in contesto sentimentale, ci si imbatte in molte citazioni letterarie. *Vis gratae puellae*, per esempio, ripresa, come è noto, dall'*Ars amatoria* di Ovidio[8]. Ogni ragazza bramerebbe, secondo il poeta, essere vittima di violenza. Conferma, a tal proposito, si troverebbe in Ariosto[9] e, persino, in Tasso[10]. Anzi, in tutta la letteratura, fino all'epoca contemporanea.

Una tale concezione, così pervicace, non poteva che riverberarsi anche sulla prassi giurisprudenziale. Quante volte si poteva leggere, in passato, nelle arringhe dei difensori *vis grata puellae* o *similia*? Lo stereotipo era, inoltre, talmente radicato che difficilmente potevano essere pronunciate sentenze di condanna per violenza sessuale[11]. La ripetizione della citazione ha concorso quindi a fondare un giudizio e a creare uno stereotipo[12], la cui forza di orientamento nella società è indiscussa e notevole anche in sede giurisprudenziale. Il problema è che, come accennato, queste citazioni sono tutt'altro che fedeli al significato dell'opera da cui sono tratte. Ovidio, infatti, non è certo un fautore della violenza sessuale, come non lo sono Ariosto e Tasso[13].

3. LA 'PAURA' DELLA LETTERATURA. CONSIDERAZIONI SULL'ART. 414-BIS C.P.

Il citazionismo porta a una conseguenza molto preoccupante: la 'paura' della letteratura. La mancanza di conoscenza non può, infatti, che far pensare alla letteratura come a un oggetto estraneo al diritto, pericoloso e portatore di inammissibili pregiudizi, quando, al contrario, è strumento per superare questi ultimi. L'apertura nei confronti della letteratura dovrebbe essere quindi senza riserve, non temendo la complessità del testo letterario e il continuo stimolo alla riflessione che esso determina nel lettore.

Il legislatore penale sembra, tuttavia, essere molto lontano, perlomeno nell'epoca attuale,

[8] **«**Vim licet appelles: grata est vis ista puellis: quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt**»** (*Ars amatoria*, Libro I, 673-674).

[9] «Ancorché se ne mostri sdegnosa» (*Orlando Furioso*, XXVIII).

[10] «Fugge e fuggendo vuol che altri la giunga» (*Aminta*, atto II, v. 90).

[11] VIAZZI, Pio. **Sui reati sessuali. Note e appunti di psicologia e giurisprudenza**. Torino: Bocca, 1896, pp. 12 ss.

[12] Sulla rilevanza dello stereotipo nella prassi giurisprudenziale CAZZETTA, Giovanni, «Colpevole col consentire». Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'ottocento. In **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano, I, pp. 424 ss. 1997.

[13] Se solo si avesse l'accortezza di leggere per intero l'opera, si comprenderebbe che il poeta utilizza *vis* perché parla della conquista di una donna in termini metaforici, come quella di una città durante una guerra. È una scelta poetica, alla quale non corrisponde alcun plauso al ratto o alla violenza nei confronti delle donne. Come ovviamente in Ariosto il gioco di corte non può essere certo confuso con la violenza a una donna. Anche l'*Aminta* è un poema pastorale che segue un proprio schema preciso, in cui le figure rivestono nei secoli i medesimi caratteri.

dall'aderire all'impostazione tratteggiata, mostrando paura verso la potenza 'dionisiaca' della letteratura, simile a quella che dilania Penteo, reo di non aver confrontato le sue convinzioni con la 'diversità dal volto allarmante'.

A dimostrazione dell'attuale diffidenza del legislatore penale nei confronti della letteratura vale la pena soffermarsi su una norma paradigmatica: l'art. 414-*bis* c.p.

Com'è noto, dalla metà degli Anni Novanta in poi il legislatore ha provveduto a modificare profondamente il sistema penale dei c.d. reati "sessuali". L'intervento si è sviluppato in due fasi, che s'inseriscono nella più vasta azione legislativa volta a garantire una maggiore tutela alle c.d. "vittime deboli". La prima, risalente al 1996, ha comportato la modifica complessiva dell'impostazione adottata dal codice Rocco in materia[14]. Più conformemente al dettato costituzionale, il bene giuridico leso dalle aggressioni sessuali non è più la morale pubblica, bensì la libertà individuale.

Recentemente il legislatore, con diversi interventi, non sempre del tutto coordinati tra loro, ha poi inciso profondamente sul sistema dei reati sessuali, apportando numerose modifiche volte a stabilire un aggravamento della responsabilità. Quest'ultima fase dell'intervento legislativo in materia si caratterizza, tuttavia, anche per un altro aspetto: essere, a tratti, espressione della logica del "diritto penale del nemico"[15]. Molto si è scritto, per esempio, sull'art. 600-*quater 1* c.p. che, secondo alcuni, sarebbe una fattispecie senza offesa[16]. Considerazioni parzialmente analoghe potrebbero essere svolte anche riguardo alla fattispecie di atti persecutori[17], la cui formulazione permette un'eccessiva discrezionalità, che può condurre a ritenere reato anche condotte caratterizzate da scarsa lesività[18]. Di recente, inoltre, il legislatore è intervenuto per contrastare

[14] Sulla riforma BERTOLINO, Marta. Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale, in **Jus**, Milano, I, pp. 51 ss. 1997.

[15] DONINI, Massimo. Il diritto penale di fronte al nemico, in FORTI, Gabrio - BERTOLINO, Marta (a cura di). **Studi per Federico Stella**, Napoli: Jovene, 2007, pp. 79 ss. Di recente, il legislatore penale ha, infatti, inteso intervenire inasprendo il trattamento sanzionatorio per alcune categorie di persone 'pericolose', ponendo l'accento più sul tipo di autore che sul disvalore del fatto. In materia, si rinvia a VIGANÒ, Francesco. La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano. In PAVARINI, Massimo - STORTONI, Luigi (a cura di), **Pericolosità e giustizia penale**. Bologna: Bononia University Press, 2013, pp. 43 ss. e a PADOVANI, Tullio. Fatto e pericolosità, in PAVARINI, Massimo - STORTONI, Luigi (a cura di), **Pericolosità e giustizia penale**, pp. 117 ss.

[16] Sul punto FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo (a cura di). **Diritto penale. Parte speciale**, II, 1, Bologna: Zanichelli, 2012, pp. 180-181, PISTORELLI, Luca. Attenzione spostata sulla perversione del reo, in **Guida al diritto**, 9, pp. 51 ss. 2006, e, in generale, ROIATI, Alessandro. La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza. In **Cassazione penale**, IV, pp. 1412 ss. 2011.

[17] Sull'art. 612-*bis* c.p. si veda CAPUTO, Matteo. Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori, in BERTOLINO, Marta - EUSEBI, Luciano - FORTI, Gabrio (a cura di). **Studi in onore di Mario Romano**. Napoli: Jovene, 2011, pp. 1373 ss.

[18] La Cassazione costantemente (*ex plurimis*, Cass., sez. V pen., 20 giugno 2014, n. 33196), dal canto suo, ha ritenuto che anche solo due condotte soddisfino il requisito dell'abitualità richiesto dall'art. 612-*bis* c.p. Tale esegesi, pur essendo certamente conforme

l'aumento dei casi di c.d. "femminicidio", creando una sorta di doppio binario sostanziale e processuale[19].

Simili fattispecie dimostrano una volontà di iper-criminalizzazione che certamente è condivisa da larga parte dell'opinione pubblica, ma che rischia di non rispettare i principi fondamentali del diritto penale.

In questo contesto di tutela delle vittime deboli, nel 2012, con la legge di ratifica della Convenzione di Lanzorote, è stato introdotto l'art. 414-*bis* c.p., rubricato "*Istigazione alla pedofilia*". Da notare, in primo luogo, che tale fattispecie incriminatrice non era prevista nella Convenzione e che la sua introduzione è dipesa unicamente da una scelta del nostro legislatore[20].

Il sistema penale prevede una generale irrilevanza dell'istigazione, come emerge dall'art. 115 c.p., qualora la stessa non sia accolta, o comunque il reato non venga commesso. Fa eccezione a tale disposizione l'art. 414 c.p., che punisce l'istigazione a delinquere, laddove sia compiuta *pubblicamente*[21]. Quest'ultimo è un requisito essenziale del reato e non una condizione obiettiva di punibilità[22]. In altri termini, è il carattere pubblico della condotta a rendere effettiva la lesione al bene giuridico tutelato dalla norma, essendo più probabile la commissione di reati da parte degli istigati. Il legislatore intende quindi punire l'istigazione solo quando superi una certa soglia di offensività. Altrimenti il diritto penale presenterebbe significativi profili di contrasto con i principi cardine dell'ordinamento liberale, come la libertà di pensiero e di critica, ma anche con la libertà delle arti, tra cui la letteratura, la pittura, la scultura e il teatro.

È, però, difficile individuare una lesione al bene giuridico nelle condotte criminalizzate

---

alla costante interpretazione in tema di reati abituali, rischia tuttavia di portare a un'eccessiva estensione dell'applicazione della fattispecie in parola.

[19] BASILE, Fabio. Violenza sulle donne: modi e limiti dell'intervento penale. In **Diritto penale contemporaneo**. Milano, 2013. Disponibile su www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 11 gennaio 2015 osserva che la normativa presenta numerose "ombre", date dall'intento rassicuratore della collettività e dal carattere simbolico di alcune disposizioni. Sulle modifiche al sistema penale di due estati fa si veda anche PAVICH, Giuseppe. Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per le vittime vulnerabili. In **Diritto penale contemporaneo**. Milano, 2013. Disponibile su www.penalecontemporaneo.it. Accesso effettuato in: 11 gennaio 2015. Da ricordare che il legislatore sembra aver individuato un altro nemico, diverso dal recidivo. Infatti, in materia di esecuzione della pena, l'art. 656 c.p.p. non prevede più limiti per la sospensione della pena per il recidivo e stabilisce il divieto di sospensione per l'autore di maltrattamenti o di atti persecutori.

[20] Si veda GUIDI, La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori. In **Rivista penale**, Milano, 3, p. 239. 2014. Difficilmente la norma italiana può essere attuazione del comma secondo dell'art. 8 della Convenzione, laddove quest'ultimo si limitava a prevedere la criminalizzazione della diffusione di materiale che *pubblicizzasse* le pratiche pedopornografiche.

[21] Sul reato, in generale, FORTI, Gabrio. Commento *sub* art. 414 c.p., in FORTI, Gabrio - CRESPI, Alberto - ZUCCALÀ, Giuseppe (a cura di). **Commentario breve al codice penale**, Padova: Cedam, 2008, pp. 961 ss.

[22] FORTI, Gabrio. Commento *sub* art. 414 c.p. p. 963.

dall'art. 414-*bis* c.p. Di certo, come osserva puntualmente parte della dottrina[23], alcune pratiche rese possibili dalle nuove tecnologie possono essere allarmanti, come per esempio quelle dei c.d. "pedofili culturali"[24], ma rimangono comunque di scarsa offensività.

Occorre poi sottolineare che istigare significa far sorgere il proposito criminoso in altrui persona[25], mentre per "apologia" si intende solitamente in giurisprudenza l'elogio[26] di un fatto previsto dalla legge come reato[27]. Entrambe le condotte, che si pongono tra loro in progressione di lesività, devono in concreto essere idonee a far commettere un reato.

L'art. 414-*bis* c.p. è quindi in primo luogo una norma a tutela dell'ordine pubblico e, solo indirettamente, posta a presidio della libertà sessuale del minore. Già così si potrebbe avanzare qualche riserva sul fatto che sia funzionale a perseguire lo scopo per cui è stata approvata e ratificata la Convenzione di Lanzarote. In assenza di tale norma, tra l'altro, le medesime condotte sarebbero punibili ai sensi dell'art. 414 c.p. Pertanto, si può dubitare di un'utilità pratica della fattispecie incriminatrice in esame. La norma possiede dunque un carattere simbolico. Solo in una logica di anticipazione della tutela e di iper-criminalizzazione tali fattispecie possono essere previste.

Quel che più preoccupa è, però, la "clausola di irrilevanza" della letteratura e dell'arte, davvero una modalità legislativa atipica, non essendo frequente l'esclusione esplicita di possibili scriminanti.

---

[23] GUIDI, La Convenzione di Lanzarote. p. 240.

[24] Locuzione con la quale solitamente vengono indicati gruppi di persone che, utilizzando soprattutto la tecnologia internet, diffondono informazioni circa i rapporti sessuali con minori.

[25] Sul concetto di istigazione FORTI, Gabrio. Commento *sub* art. 414 c.p., pp. 962 ss.; DE VERO, Giancarlo. **Tutela penale dell'ordine pubblico**, Milano: Giuffrè, 1988, pp. 225 ss.; SEMINARA, Sergio. Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato. In **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano, III, pp. 1125 ss. 1983; ROMANO, Mario - GRASSO, Giovanni. **Commentario sistematico del codice penale**, II, Milano: Giuffrè, 2013, pp. 170 ss. Si rinvia altresì a PELLISSERO, Marco. Delitti di istigazione e apologia. In ID. (a cura di). **Reati contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico**, Torino: Giappichelli, 2010, pp. 238 ss.

[26] In generale, PELLISSERO, Marco. **Delitti di istigazione e apologia**. pp. 238 ss. Sull'apologia come forma di istigazione indiretta, ossia di "esaltazione" del reato FORTI, Gabrio. Commento *sub* art. 414 c.p., pp. 965 ss.; ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale. Parte speciale**, II ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 235 ss.; MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale**, IV, Torino: Utet, 1982, p. 333. CONTIERI, Enrico. **I delitti contro l'ordine pubblico**, Milano: Giuffrè, 1961, pp. 34 ss. ritiene che sia necessaria, per configurare l'apologia, la lode suggestiva. Diversa è invece la propaganda, che consisterebbe nella mera diffusione della propria idea.

[27] Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65. In **Giustizia costituzionale**, pp. 955 ss. 1970 che interpreta l'apologia come istigazione indiretta, la quale deve possedere necessariamente l'idoneità concreta a far commettere reati. Si veda sul rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'ordine pubblico PULITANÒ, Domenico. Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico. In VASSALLI, Giuliano (a cura di). **Diritto penale e giurisprudenza costituzionale**. Napoli: Esi, 2006, pp. 244 ss. Più risalenti, ma essenziali BARILE, Paolo. **Libertà di manifestazione del pensiero**. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 79 ss.; ESPOSITO, Carlo. **La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano**. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 31 ss.

Il codice del 1930, pur essendo frutto di una temperie storico-culturale di certo molto lontana dalla concezione liberale del diritto, si premurava di escludere che uno spettacolo teatrale potesse considerarsi osceno[28]. Il che evitava e tuttora impedisce che un organo giudiziario si cimenti nella valutazione artistica, giudizio che non rientra nelle sue competenze[29]. Anche l'etimologia stessa del termine "osceno" sembra suggerire una tale interpretazione, laddove il lemma probabilmente deriva da "*ob-scaena*", cioè fuori dalla scena del teatro, sulla quale in epoca antica non era consentito rappresentare spettacoli turpi. L'arte sarebbe dunque completamente incompatibile con l'oscenità e, comunque, con qualsiasi lesione a beni giuridici penalmente rilevanti. Certamente il problema non è semplice da affrontare. Il confine tra l'oscenità e l'arte potrebbe essere in alcuni casi non così definito. In altri casi, l'argomento difensivo del carattere artistico, per esempio di certe immagini, potrebbe essere utilizzato senza un preciso fondamento. Tali temi, di stretta attualità, sono stati da ultimo affrontati nell''Affaire Edathy', scandalo che ha coinvolto un noto esponente politico tedesco, accusato di detenzione di materiale pedopornografico[30], su cui si pronuncerà a breve il Tribunale di Verden.

Il legislatore del 2012, seguendo la logica del "diritto penale del nemico", ha deciso di escludere ogni possibile liceità di condotte che, seppur in modo indiretto, ledono il bene della libertà sessuale del minore.

Tant'è che, se non fosse maturata per alcuni autori la prescrizione, per altri verificatasi la causa di estinzione di cui all'art. 150 c.p., probabilmente vedremmo alla sbarra Cormac McCarthy[31] o, persino, lo stesso Dante di cui è celebre l'amore[32] con la giovane Beatrice. E poco gioverebbe al sommo poeta spiegare al giudice la concezione stilnovista della donna angelicata, poiché l'art.

[28] Per una sintesi delle varie interpretazioni dottrinali, si veda GALLISAI PILO, Maria Giuseppina. Voce Oscenità e offese alla decenza. In **Digesto discipline penalistiche**, Torino, 1986, pp. 212-213. Sul punto, si aderisce all'impostazione di NUVOLONE, Piero. **Reati di stampa**. Milano: Giuffrè, 1951, secondo cui l'opera d'arte non può essere giudicata secondo il parametro dell'osceno perché trascende il canone morale.

[29] Il che è tutto dire, visto che l'intenzione del legislatore del 1930 era la tutela della moralità pubblica. Sull'osceno e il buon costume, FIANDACA, Giovanni. **Problematica dell'osceno e tutela del buon costume**. Padova: Cedam, 1984.

[30] RENZIKOWSKI, Joachim. Ein nackter Po ist doch keine Pornografie. In **Die Zeit**. Disponibile su www.zeit.de. Accesso effettuato in: 14 novembre 2014. Sul punto è interessante menzionare la vicenda che ha visto coinvolto Sebastian Edathy, politico tedesco del partito social-democratico, accusato di aver scaricato dalla rete internet immagini di minorenni nudi. Edathy si è difeso sostenendo che le immagini fossero artistiche e che dunque nessun reato fosse integrato. Sul punto, si vedano Es gibt kein Strafrecht der Moral. In **Der Spiegel**. Disponibile su www.speigel.de. Accesso effettuato in: 11 gennaio 2015. ARNO, Frank. Und das soll Kunst sein? In **Der Spiegel**. Disponibile su www.spiegel.de. Accesso effettuato in: 11 gennaio 2015 e Sebastian Edathy muss vor Gericht. In **Die Zeit**. Disponibile su www.zeit.de. Accesso effettuato in: 18 novembre 2014. Il processo inizierà il 23 febbraio 2015 a Verden.

[31] In *Città della pianura* il protagonista s'innamora di una prostituta sedicenne conosciuta in un bordello.

[32] Mi si perdoni l'utilizzo del concetto un po' grezzo, di cui si conoscono le deficitarietà in relazione all'esempio proposto.

414-*bis* c.p. escluderebbe qualsiasi rilevanza di tale "giustificazione" letteraria[33].

La norma presenta, quindi, un profilo d'illegittimità, nella parte in cui tende a limitare la libertà di esercizio di un'arte, diritto previsto dall'art. 33 Cost.[34], senza che sia possibile ravvisare alcuna lesione effettiva di un bene giuridico.

4. ALCUNE CONSIDERAZIONI SUI RAPPORTI TRA DIRITTO E LETTERATURA

Stando almeno all'art. 414-*bis* c.p., la letteratura non sembra godere di uno statuto privilegiato rispetto ad altre forme di comunicazione ed espressione quando si tratta di valutare la turpitudine di certi contenuti, di distinguere il lecito dall'illecito. Anzi, la nuova disposizione trasmette l'idea che il disvalore di questi fatti possa concentrarsi interamente nel testo letterario. Se, infatti, il carattere artistico di un'opera non esclude la sussistenza dell'apologia, anche la letteratura può integrare un reato di opinione. Quasi paradossalmente, inoltre, la letteratura, esercitando generalmente una notevole fascinazione nei confronti del lettore, potrebbe presentare un'accresciuta idoneità istigatoria rispetto ad altri testi apologetici.

Si tratta di un orientamento che appare antitetico rispetto alle nuove sensibilità che la stessa dottrina giuridica[35] esprime in misura crescente rispetto alla letteratura. Sempre più avvertita è, infatti, la consapevolezza di quanto la letteratura possa essere uno strumento essenziale per comprendere la realtà e, di conseguenza, per interpretarla e giudicarla.

Grazie agli studi sui rapporti tra giustizia e letteratura, si è giunti anzi a ritenere che l'esperienza letteraria permetta fortemente di "coltivare l'umanità" [36], educando alla comprensione e al rispetto di una visione complessa dell'uomo e della sua vita. La letteratura, non fornendo mai soluzioni facili e immediate ai problemi dell'esistenza, è arte del dubbio ed è quindi ben lontana dall'essere un elogio senza problematizzazione, dal presentare quell'idoneità concreta a far commettere reati richiesta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 65 del 1970 e quindi a ledere in qualche modo l'umanità delle persone.

Nella progettazione e applicazione specialmente delle norme penali che presentano un più

[33] Chiaramente l'elenco potrebbe continuare a lungo, passando per Pasolini, la mitologia greca etc.

[34] Considerazione suggerita dalla lettura di CONSULICH, Federico. Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore. In **Studium iuris**, Padova, 7-8, p. 802. 2013.

[35] FORTI, Gabrio - MAZZUCATO, Claudia - VISCONTI, Arianna (a cura di). **Giustizia e letteratura – I**. Milano: Vita e pensiero, 2012 e FORTI, Gabrio - MAZZUCATO, Claudia - VISCONTI, Arianna (a cura di). **Giustizia e letteratura – II**. Milano: Vita e pensiero, 2014.

[36] NUSSBAUM, Martha. **Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea.** Roma: Carocci, 2006.

stretto rapporto con la morale[37], è maggiore il rischio di perdere di vista la peculiarità delle singole vicende umane. L'art. 414-*bis* c.p. sembra voler considerare astrattamente lesiva ogni espressione che abbia a oggetto, anche se solo indirettamente, la sessualità del minore, illecita, a prescindere dal testo e, soprattutto, dal con-testo in cui tale espressione trovi collocazione.

Sviluppare l'"immaginario giuridico"[38] facendo sì che la letteratura diventi il terreno su cui esercitare la facoltà di giudizio e la sensibilità di ogni operatore del sistema giuridico è strumento per tentare di superare anche questo problema. È molto importante trovare, però, un significato preciso alla relazione *Giustizia e letteratura*, espressa soprattutto dalla congiunzione "e"[39], che racchiude un millenario rapporto tra i due saperi[40]. Giustizia e letteratura come *Justice through Literature*. L'analisi del testo letterario deve fungere da continuo momento di riflessione per giungere ad "affinare il senso di giustizia" degli operatori del diritto[41], permettendo così di cogliere le differenze, operare distinzioni precise, abbandonare la rigidità del pregiudizio[42]. Tutto ciò può avvenire grazie allo sviluppo di una maggiore empatia con ciascun protagonista della vicenda criminale.

> La narrativa [ha] l'attitudine di far "immaginare come sarebbe vivere la vita di una persona che potrebbe essere, fatti i debiti mutamenti, un altro se stesso o uno dei propri cari", sollecitando dunque i lettori a "mettersi al posto di persone di vario tipo e di assimilarne le esperienze". In tal modo le opere letterarie, favorendo l'identificazione e la partecipazione, "comunicano la sensazione che esistano dei legami possibili, almeno a un livello molto generale, tra i personaggi e il lettore[43].

In questa prospettiva gli individui coinvolti in una vicenda criminale riacquistano la loro 'fisionomia' personale e peculiare, non essendo appiattiti su generalizzazioni. Ogni singolo elemento viene apprezzato nella sua idoneità a rendere il giudizio più vicino alla situazione concreta e a non travisarla.

Sostenere che la letteratura aiuti a sviluppare la facoltà di giudizio di ogni persona è tutt'altro che un'affermazione astratta e non provata. Anzi, grazie a recenti studi, è emerso che la

[37] Su tale rapporto FORTI, Gabrio. **L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale**. Milano: Raffaello Cortina, 2000, pp. 72 ss.

[38] Espressione ripresa da OST, François. **Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico**. Bologna: il Mulino, 2007.

[39] FORTI, Gabrio. Introduzione. In FORTI, Gabrio - MAZZUCATO, Claudia - VISCONTI, Arianna (a cura di). **Giustizia e letteratura – I**, Milano: Vita e pensiero, 2012, pp. XIV ss.

[40] FORTI, Gabrio. Introduzione. p. XVI.

[41] FORTI, Gabrio. Introduzione. p. XVII.

[42] Sul rapporto tra verità e narrazione, si veda MAZZUCATO, Claudia. La 'poesia della verità' nella ricerca della giustizia. Poesia, parresia, esemplarità, giustizia. In FORTI, Gabrio - MAZZUCCATO, Claudia - VISCONTI, Arianna (a cura di). **Giustizia e letteratura – I**, Milano: Vita e pensiero, 2012, pp. 507 ss.

[43] FORTI, Gabrio. **La letteratura e la riconoscibilità dei sentimenti nelle forme giuridiche**, p. 16 ss. del dattiloscritto, di prossima pubblicazione sui quaderni ISSL.

pratica costante della letteratura, non necessariamente di quella 'alta', faciliti l'abbandono dei pregiudizi da parte dell'individuo[44]. Non c'è da stupirsi, visto che è ormai un dato accertato che la letteratura abbia la capacità di far percepire più nettamente le emozioni e far capire il motivo che le genera[45]. Impersonarsi nell'altro, riduce pertanto la distanza che inizialmente separa gli individui[46]. La letteratura, inoltre, modifica progressivamente la personalità, facendola maturare e garantendo una maggiore sensibilità[47]. Se ciò avviene in generale per qualsiasi situazione in cui ci si trova a vivere, la pratica della letteratura ha poi una diretta e specifica incidenza sulla facoltà di giudizio nell'ambito giuridico. Già Aristotele, nella *Poetica*, sottolineava che la letteratura avesse la capacità di far pensare non solo all'"esistente", ma anche al "possibile", essendo quindi il motore che spinge ad approfondire ogni elemento e a vagliare ogni ipotesi ricostruttiva di un fatto, non solo quella apparentemente certa e a volte persino scontata. La letteratura diventa pertanto strumento principale per l'*anagnorisis*: incontrare un personaggio significa entrare gradualmente nella sua vita fino a comprendere il suo agire e quindi *riconoscerlo* nella sua precisa individualità[48]. È un riconoscimento che avviene attraverso lo sviluppo dell'empatia, cioè della capacità di immedesimarsi nelle storie degli altri[49].

Lo sforzo d'immedesimazione nell'altro e di comprensione delle sue motivazioni, garantito dalla sensibilità letteraria, permette, infatti, per esempio in tema di reati sessuali, di abbandonare il pericoloso stereotipo del *monstrum* e di operare un giudizio completo che tenga conto di tutte le circostanze che hanno condotto ad agire, individuando un confine più certo e netto tra lecito e illecito. Tale migliore conoscenza non ha certamente come finalità quella di giustificare o di sminuire la gravità di alcune condotte, ma quella di comprendere in modo più preciso le cause del

[44] Si veda, per esempio, STATHI, Sofia - GIOVANNINI, Dino - CAPOZZA, Dora - TRIFILETTI, Elena. The greatest magic of Harry Potter. Reducing prejudice. In **Journal of Applied Social Psycology**, p. 436. 2014.

[45] Sul punto si rinvia agli studi condotti dalla New School for Social Research, su cui **Reading Literary Fiction Improves "Mind-Reading" skills finds a Study from the New School for Social Research**. Diponibile su www.newschool.com. Accesso effettuato in: 12 gennaio 2015.

[46] ANDERSON, Ephzibah. **Bibliotheray: Can you read yourself happy?** Disponibile su www.bbc.com/culture. Accesso effettuato in: 6 gennaio 2015.

[47] DJIKIC, Maja - OATLEY, Keith - ZOETERMAN, Sara - PETERSON, Jordan B. On Being Moved by Art: How Reading Fiction Transforms the Self. In Creativity Research Journal, 21(1), pp. 24-29. 2009, citato da VISCONTI, Arianna nel seminario introduttivo del Ciclo Giustizia e letteratura (Law and Literature), Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2014-2015, dal titolo *L'esperienza letteraria nella formazione giuridica*, Università Cattolica, Milano, 23 ottobre 2014.

[48] Sul tema del riconoscimento nella letteratura BOITANI, Piero. **Riconoscere è un Dio. Scene e temi del riconoscimento nella letteratura**. Torino: Einaudi, 2013, pp. 24 ss.

[49] KIDD, David Corner e CASTANO, Emanuele. Reading Literary Fiction Improves Theory of Mind. In **Science**, p. 342 ss. 2013, citato da VISCONTI, Arianna nel già menzionato seminario introduttivo del Ciclo Giustizia e letteratura (Law and Literature), Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2014-2015, secondo i quali è possibile provare (si vedano i dati riportati nell'articolo) che la pratica della letteratura faccia evolvere la capacità di immedesimazione e quindi di giudizio e di comprensione dell'individuo.

reato, anche al fine di prevenire tale tipo di criminalità.

Come è stato di recente osservato[50], la letteratura aiuta poi a sviluppare la capacità di pensiero di ogni individuo, non solo degli operatori del diritto. Ogni consociato, abituato a confrontarsi con opere letterarie, sarà quindi più portato a rispettare la norma giuridica, sviluppando progressivamente la propria capacità immaginativa. Lo studio della letteratura, imponendo la riflessione e la problematizzazione, getta così le basi per un'adesione alla norma nata dalla condivisione e non dall'obbedienza per paura della sanzione[51].

> La "coltivazione dell'umanità" […] e dell'immaginazione nei destinatari dei precetti giuridici, quale condizione perché questi siano motivati (e convinti) all'osservanza, presuppone però che analoga "educazione" dei sentimenti sia acquisita anche da chi è chiamato a creare e applicare tali precetti. È una tale educazione che permette di avvedersi dei diversi effetti delle decisioni e avere quindi anche piena cognizione delle responsabilità derivanti dall'esercizio delle proprie libere scelte professionali, istituzionali e personali, senza lasciarsi rinchiudere nei *frame* cognitivi imposti dall'organizzazione di appartenenza[52].

Lo studio della letteratura consente dunque di instaurare un circolo virtuoso in cui il legislatore detta una norma più attenta alla realtà umana e il consociato è portato a rispettarla per una comunanza di sentimento. L'apertura del giurista come di ogni individuo alla riflessione letteraria fa assumere il compito morale di interpretarla e giudicarla tenendo conto della sua complessità[53]. È un'esperienza del reale che permette di compiere un giudizio consapevole e di assumersi una responsabilità per l'intera società[54].

Per utilizzare un'immagine calviniana, ogni individuo, in special modo il giurista, attento alla letteratura e alla dimensione narrativa dell'esistenza umana, è come Cugino che, al termine dei *Sentieri dei nidi di ragno*, avendo vissuto la cruda e brutale esperienza della guerra, comprende la necessità di *ricostruzion*e e, pertanto, si prende cura di Pin, tenendolo per mano nella notte che è, al contempo, fine di una società e inizio di una nuova.

---

[50] FORTI, Gabrio. **La letteratura e la riconoscibilità dei sentimenti**. pp. 1 ss.

[51] FORTI, Gabrio. **La letteratura e la riconoscibilità dei sentimenti**. p. 15.

[52] FORTI, Gabrio. **La letteratura e la riconoscibilità dei sentimenti**. p. 16.

[53] L'argomento della rilevanza della letteratura nella scienza giuridica è stato approfondito nel seminario, tenutosi in Università Cattolica il 13 marzo 2014, dal titolo *La 'necessità' della letteratura nella scienza giuridica*, a cui, tra gli altri, hanno partecipato François Ost e Arturo Cattaneo.

[54] Sulla funzione della letteratura come presupposto per la riflessione e quindi per il giudizio, si veda FORTI, Gabrio - MAZZUCATO, Claudia - VISCONTI, Arianna (a cura di). **Giustizia e letteratura – II**, Milano: Vita e Pensiero, 2014, Parte quinta, **Se questo è un uomo: narrare la resistenza al disumano**, pp. 522 ss. Si vedano specialmente i saggi di BARENGHI, Mario. **La complicità, l'omissione, il perdono, il rimorso. Aspetti della giustizia nell'opera di Primo Levi**. pp. 534 ss. e di VISCONTI, Arianna. **Narrare per testimoniare, narrare per giudicare**. pp. 616 ss. Per esempio, in Levi, il ricordo lucido, non incrinato dal dolore o offuscato dal desiderio di vendetta permette di attribuire specificamente e puntualmente la responsabilità a ciascuno, fuggendo dalla facile scappatoia della responsabilità collettiva e individuando precisamente le responsabilità anche delle vittime.

THE APPROACH OF LAW AND LITERATURE AND THE OVERCOMING OF "ANTILINGUA" IN THE ADMINISTRATIVE LAW

Donato Vese[1]

INTRODUCTION

Law and literature are sciences that share a particularly fertile ground for interdisciplinary studies. The law in its normative essence is structured attempt to order the world through language, literature in its dimension of linguistic laboratory is appropriate narration of reality. What makes it possible to apply the comparative method in these two areas so disparate at first glance is their common interest to the problems inherent in the use of language. The law and literature have as common objective to strive to an humanist purpose. Thus, there is a strong affinity between the expressive and conceptual processes of two knowledge that makes one need each other in a *do ut des* of knowledge. For this reason, the relationship between the two sciences is important: both the law and the literature illustrate, each in its own way, the social dimension in which they have a common foundation. If, however, the literature is exploring the possibilities of life, the law imposes constraints, restricts the possibilities within the rules. The law has, as system, that is humanly possible and seeks the truth while the literature seeks the verisimilitude: although there are large differences, the literature and the law support, as mentioned, an human approach to our condition: share a narrative way of reflection, the attitude with which we understand the human condition. The limit that distinguishes law from the literature is also the context within to explore relationships that can bind and unite the legal and literary sensibility, and to rediscover the *humanitas* of this social science. The technique is that of the story, of the narration carried out according to structures of linguistic perception that the narrator is able to steer properly. The stiffening of expression must be passed without any embarrassment proceeding to the renewal of language from atavistic scale communication that over time have helped to exacerbate the rift that continues to wear out between the science of law and human material. Therefore, literature stands as an antidote to the drifts of legal language and the compromise of antilingua (anti-

[1] Dottorando di ricerca presso l'Università Superiore Sant'Anna di Pisa e Iuss di Pavia.

language) in which, according to Italo Calvino, the «meanings are constantly turned away, relegated to the bottom of a perspective of words that by themselves do not want to say nothing or want to say something vague and elusive[2]»

1. LAW AND LITERATURE: A HISTORICAL AND METHODOLOGICAL FRAMING

1.1 The Beginning. Law in Literature: The Legal Imagination

The current called “Law and Literature" makes its debut in the United States in 1908 with the work of John Wigmore “A list of legal novels”. In this work are chosen some steps of fiction related to legal issues with the aim to popularize literary works that affirm fundamental legal values of American culture. With this purpose in subsequent years are published other works of this kind, which reinforce the idea that the *giusletteratura* helps to form an ethical conscience of lawyers and judges. In 1925 was published the monograph “Law and Literature” by Benjamin Cardozo with which begins to define the two orientations that traditionally characterize the movement: the Law in the Literature (*il diritto nella letteratura*) and Law as Literature (*il diritto come letteratura*). The first allows to read and interpret the sentences as examples of literature useful to the education of the legal profession, the second, assuming the analogy between law and literature as texts is aimed at developing a methodology that employs the techniques of literary criticism to address some classical problems of the theory of law, especially with regard to the interpretation and analysis of legal reasoning. These two areas of study find their most complete treatment in the work *The Legal Imagination*[3] of James Boyd White. White’s work, in fact, highlights how the study of literature is important for the cultural background of the jurist as the study of literature would have something distinctive to propose to the law and the interpretation of legal texts. According to White, “the law is a complex system of thoughts and expressions of social definitions and practices, and the greatest power of the law is not in the rules or decisions, but in his language”. Originally the movement was essentially a school of thought devoted to the analysis of the legal content of the classics of literature as evidenced by the famous analysis in *giusletteraria* key, of The Merchant of Venice by William Shakespeare[4]. Scholars such as Weisberg,

[2] CALVINO, Italo. **Per ora sommersi dall’antilingua**. In «Il Giorno», 3 febbraio 1965; In **Una pietra sopra**, Torino: Einaudi, 1980. CALVINO, Italo. **Six memos for the next millennium**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

[3] WHITE, James Boyd. **The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression**, Boston: Little, Brown & Co., 1973.

[4] SHAKESPEARE, William. **Il mercante di Venezia**, Milano: Garzanti, 2003.

Phillips and Koffler analyze the most important events of the characters that revolve around certain legal facts: so is the contract[5] with which Shylock forces - with a special penal - the merchant to make a pound of his flesh if this latter will default. So it is for the marriage between Bassanio and Portia, where the transaction is celebrated with the purpose of obtaining the inheritance of the young of Belmonte; so it is finally, in the scene of the Act V where Portia, wearing the clothes of the lawyer, ably defends Antonio from the infamous blood pact with the moneylender Shylock[6]; also rich in ideas is the legal fiction of Fedör Dostoevsky *The Brothers Karamazov*[7] that Gustavo Zagrebelsky defines as "one of the most brilliant pages of constitutional theory" where the long description of a process deepens and expresses a dominant theme of the work[8]. Dostoevsky narrating, in great detail, a preliminary investigation analyzes a fascinating aspect of European criminal procedure. The Russian author uses a structure on three levels to tell the reader the criminal action by sacrificing the dramatic force of the process, concentrated in one scene, to describe with great accuracy the subtle falsifying trends of criminal proceedings.

1.2 (New) Law As Literature: The Second White

In the following years the thesis on the current of "Law and Literature" are centred on demonstration of the relationship existing between the study of literature and the activity of legal interpretation and the same White will support as «law and literature are intrinsically linked to a view of language as a community of discourse of particular cultural worlds and literature combines the jurist to the wider community of which is part »[9]. Will essentially be two the lines on which this approach will develop: the study of literature as a valuable element to analyze the ethical importance of the law; law and literature are united by the use of language, therefore, by not dissimilar exegetical practices and, therefore, closely linked. According to White, «the life of the

[5] SHAKESPEARE, William. **Il mercante di Venezia**, pp. 33 ss. To help Bassanio to win the hand and dowry of the rich heiress Portia, sovereign of Belmonte, Antonio, a Christian merchant, turns to Shylock, a usurer jew, to get a loan. Antonio enters into a contract according to which, if it can not compensate for the amount received within three months, the jew would have the right to demand a pound of his flesh.

[6] SHAKESPEARE, William. **Il mercante di Venezia**, pp. 169 ss. Portia, wearing the clothes of the late jurist, will not allow Shylock to abuse of the law as an instrument of revenge against a citizen, nor can she afford to break it to save Antonio. It will be only his ability to reinterpret the meaning of hermeneutics in bizarre clause in the contract - willing, in the words of Shylock, "in a merry sport" (1. 3,146) - to assure victory in the process.

[7] DOSTOEVSKIJ, Fedör, **I fratelli Karamazov**, Torino: Einaudi, 2005.

[8] LAKŠIN, Vladimir. **Il giudizio su Ivan Karamazov, Introductory Essay to "I fratelli Karamazov"**, trad. A. Villa, Torino: Einaudi, 2003. p. XXXVII.

[9] FISCHER, John. Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?. **Tex. L. Rev.**, p. 72, 1993. FARBER, Daniel - SHERRY, Suzanna, Telling Stories Out of School: An Essay on Legal Narratives. **Stan. L. Rev.**, n. 45, p.807, 1993.

law is now, therefore, the life of an art: the art of creating meaning in the intersubjective language»[10]. The law is a cultural system and it is in his work that we find the action of the imagination and creativity typical of the literary universe. So the legal discourse would develop through the skills of persuasion of rhetoric: the law therefore does not coincide simply with a system of rules and principles, and neither is reducible to political choices or class interests, rather corresponds to a number of ways of thinking, expectations, in what is commonly called "legal culture". Rich and complex system in terms of contents and forms, the law sees his power, according to White, in his own language, in the coercive appearance of its rhetoric. It may represent the two spheres of law and literature as parallel, both trying to give shape to reality through language and, likewise, requiring a task that goes beyond the mere recognition of the given literal text. In this sense, Law and Literature must become part of the formation of the jurists: that is to say, unlike the first phase, in which it sought through literature to inform the student in a system of values, it is believed that the combination law-literature can provide the cultural awareness of the nature of the law, thus overcoming the excessive technicality that since the middle of last century had prevailed in legal studies. In ambiguous matters, in the choose of a meaning, it is clear according to the authors of the movement as the legal forms are useful in deepening of literary texts and vice versa literary point of view can broaden the study of Law.

1.3 Future Developments. Law As a Literary Activity, As Narrative Practice, As interpretative Action

After White are Robert Cover[11], Richard Weisberg[12], Martha Nussbaum[13], Robin West[14], Jeremy Bruner[15], Richard Posner[16], to keep alive the debate, also opening new lines of research:

[10] WHITE, James Boyd. **Heracles' Bow: essays on the Rhetoric and Poetics of the Law**, Madison: University of Wisconsin Press, 1985. Two examples from sociology are Richard Brown, A Poetic for Sociology, and Michael Mulkay, The Word and the World. Some of the essays in The Rhetoric of the Human Sciences, ed. Nelson, Megill, and McCloskey, reflect similar views, but some present more balanced analysis and recommendations for rhetorical self-consciousness within the disciplines of the social sciences. Two of the contributors to that volume have published noteworthy books developing balanced views of language in the social sciences: Donald N. McCloskey, "The Rhetoric of Economics", and James Boyd White, "Heracles' Bow".

[11] COVER, Robert. Nomos and Narrative. In **Harvard Law Review**, pp.4 ss. 1983; COVER, Robert. **Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 2008, pp. 17-83.

[12] WEISBERG, Richard**.** Wigmore's Legal Novels Revisited. **North-western University Law Review**, pp.17 s.,1976.

[13] NUSSBAUM, Martha. **Poetic Justice. The Literary Imagination and the Public Life**, Boston: Beacon Press, 1995 ; NUSSBAUM, Martha. **Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile**, Milano: Feltrinelli Editore, 1996.

[14] WEST, Robin. Jurisprudence as Narrative. **New York University Law Review**, pp.145 s., 1985.

[15] BRUNER, Jeremy. **Making Stories. Law, Literature, Life**, Cambridge: Harvard University Press. 2003; BRUNER, Jeremy. **La fabbrica delle storie: diritto, letteratura, vita**. Laterza: Roma-Bari, 2006.

[16] POSNER, Richard. **Law and Literature**, Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1988.

law as literary activity; law as narrative practice; law as hermeneutic-interpretative action. Particularly significant is the contribution of Weisberg[17] who notes that the use of the law in literary texts is fruitful also in relation to the legal standards and in the work Billy Budd of Herman Melville[18] examines the legal and moral responsibility demonstrating how a literary text may be an example of "communication-oriented". By the author the study of literature applied to the law provides a "poetics" of justice, that is "the way in which language and rhetoric are used in law to translate the legal meaning of justice". The narrative theory of law, however, primarily captures this as a story to be read in relation to others. In this sense, the words of Delgado are paradigmatic according to which

> stories, parables, chronicles are powerful means for the destruction of the mental structure: namely the accumulation of assumptions, prevailing opinions and shared interpretations that constitute the background within which takes place the legal and political discourse[19].

The interpretive theory of law was created with the aim of casting doubt on the official interpretations of legal texts to propose and promote the exploration of new meanings. Stanley Fish believes that «the meaning of a text is created by the community of interpreters that share social and aesthetic practices»[20]. So according to this author the source of authority of the text would be the set of readers. On the other hand is famous in this sense the thought of Sanford Levinson who in an essay of 1982 states that there are many interpretations of the law how many poems exist[21]. Can be asserted, moreover, that the interpretive theory has ignited a lively academic debate on the right hermeneutic practice to be applied in case law, constituting a curious starting point for reflections (as it is this work) around the law - created and to create - and politics. Particularly significant is the contribution of Martha C. Nussbaum, who speaks precisely of a "poetic justice", assimilating the literature to an exercise of the imagination, a "put themselves in the shoes of the other"[22] which emphasizes the indispensable role of emotions, even and

[17] MARRA, Realino. Una giustizia senza diritti: Billy Budd di Herman Melville. In **La religione dei diritti. Durkheim – Jellinek – Weber**. Torino: Giappichelli, 2006, pp.159-184; WEISBERG, Richard. **Il fallimento della parola**. Bologna: Il Mulino, 1990.

[18] MELVILLE, Herman. **Billy Budd, Sailor**. Chicago:University of Chicago Press, 1962.

[19] DELGADO, Richard. Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative. **Mich. Law Rev.**, n. 87, p. 2414.1989.

[20] FISH, Stanley. **Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. FISH, Stanley. **C'è un testo in questa classe? L'interpretazione nella critica letteraria e nell'insegnamento**. Torino: Einaudi, 1980.

[21] LEVINSON, Sanford. Law as Literature. **Tex. L. Rev.**, 1982, p.60.

[22] NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership**. Cmbridge: Harvard University Press, 2006, p. 36. Could we not go a step further and assert that Martha Nussbaum conceives of democratic life within the framework of a deployment of the critical spirit, in the name of the constitution and upholding of a community that has embraced different forms of participation? In such a view, literature is then given a magisterial position as being that which introduces some disturbance and distance to the usual functioning of social order. Referring to the ethical role of literature, as Martha Nussbaum

especially in the legal dimension. Since the nineties post-structuralism, post-modernism, neo-pragmatism, will build the new strategies that will give expression and strength to the movement. Scholars such as Stanley Fish and Richard Rorty have recourse to the literature in order to "contest foundational interpretations of the literature and law"[23]. An important contribution is precisely to Rorty[24] that used literary criticism and classical literature to conceive a particular philosophy: scholars Martha Minow and Elizabeth Spelman[25] glimpsed in his works the tool to establish a theory of language in human cultures. A further outcome of this theory goes to the approaches of a legal analysis based on "practical reason", which requires a contextual approach to the legal interpretation: a method that give the best answers to the problem based on experience, context and common sense. The lines of research of the current "Law and Literature", which today promote new thesis, so to speak, interdisciplinary, give the impression to claim a place for ethic-moral reflection within the legal dimension.

1.4 The movement of Law & Literature in Italy

In Italy the study of Law and Literature are mainly made by some authors devoted to the comparative analysis of the two materials. Among these John Brunelli, who in the essay of 1906 "*Il fatto illecito e il fatto immorale di fronte al diritto positivo*" examines Shakespeare's The Merchant of Venice; then there is Peter Cogliolo, who in his essay of 1940, "*La lingua giuridica*", focuses on the beauty of the forms of law and the use of figures of speech in the legislative language; there are contributions from Alfredo Ascoli and Cesare Levi, who in 1914 released the book *"Il diritto privato nel teatro contemporaneo francese e italiano"* playing a long examination of the relationship between literary scholarship and legal matters related to opera. In 1924 Piero Calamandrei published "*Le lettere e il processo civile*" in which the author carries out an acute reflection on how «from reading certain pages of novels, in which is described with profane

likes to do, means thinking about it as a reflexive activity that is able to improve human beings by offering them the possibility of projecting themselves into other lives, of finding models and counter-models in books.

[23] FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. **Critical Inquiry**, vol. IX, 1982; FISH, Stanley. Fish v. Fiss. **Stan. L. Rev.**,1984, p. 36; FISH, Stanley. Dennis Martinez and the Uses of Theory. **Yale Law Journal**, 1987, p. 96.

[24] RORTY, Richard. **Contingency, Irony and Solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989; RORTY, Richard. **La filosofia dopo la filosofia: contingenza, ironia e solidarietà**. Roma-Bari: Laterza, 1989; RORTY, Richard. **Consequences of Pragmatism**, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982; RORTY, Richard. **Conseguenze del pragmatismo**, Milano: Feltrinelli, 1986.

[25] MINOW, Martha - SPELMAN, Elizabeth. In Context. **S. Cal. L. Rev.**, 63, 1990.

language the machinery of justice in action, it is very often possible to draw a clear idea, better than by a critique in technical jargon, the way in which reality reacts on the laws and their inability to achieve in practical life the purposes for which the legislator believes have created them »; is also important the work of Leopoldo Tumiati, "*La poesia nel diritto*" which focuses on the artistic and aesthetic dimension of law; Roberto Vacca, who in his book "*Il diritto sperimentale*" of 1923 states that the literary work should not be limited only to describe reality, but should outline the psyche of the characters, so that the works of Dickens, Balzac, Tolstoy show as «certain ways of acting and thinking inherent in human nature are better than some old treatise on philosophy of law, and even some modern manual of judicial psychology». A systematic work is "*La letteratura e la vita nel diritto*"[26] of A. D'Amato, published in 1936: a long reflection on the relationship between law and literature, in which the author notes that since ancient times the literary production plays an important role in the legal context, constituting «a precious material for itself capable of explaining the origins and evolution of the various legislative institutions». D'Amato reviews the previous studies on law and literature published in Europe and America and considers the combination of literature in the law as a way to enhance the same component of the law, which reflects «the desire of the jurists to make something beautiful and harmonious». D'Amato intends literature as authentic interpreter of the needs and aspirations of the community: «whenever the law, including regulatory or constituted, is in full harmony with the general spirit of humanity and responds to the rhythm of collective knowledge, literature follows it in its phases; and whenever temporizes before evolve and succeed in a norm of social life, the literature fails to anticipate it as a thermometer of the legal sensitivity of a people». The other work that aims to provide an organic arrangement of the matter is that of Ferruccio Pergolesi, whose extensive production on the theme begins in the early years of the twentieth century with "*Il diritto nella letteratura*" of '27, but it has the final development in the years 40s and 50s with "*Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*". For the author the law in literature can be viewed from two perspectives: that of legal sociology, which allows us to consider the living law, not codified, but also the positive law in its actual practice; that of philosophy of law, which is aimed at the rediscovery of the sense of justice and ethical ideals.

[26] D'AMATO, Antonio. **La letteratura e la vita nel diritto**, Milano: Ubezzi e Dones,1936.

2. CALVINO'S "ANTILINGUA" AND THE LANGUAGE OF THE ADMINISTRATIVE LAW

> Il sottoscritto, essendosi recato nelle prime ore antimeridiane nei locali dello scantinato per eseguire l'avviamento dell'impianto termico, dichiara d'essere casualmente incorso nel rinvenimento di un quantitativo di prodotti vinicoli, situati in posizione retrostante al recipiente adibito al contenimento del combustibile, e di avere effettuato l'asportazione di uno dei detti articoli nell'intento di consumarlo durante il pasto pomeridiano, non essendo a conoscenza dell'avvenuta effrazione dell'esercizio soprastante[27].

The main feature of *'antilingua'* (anti-language), Calvino says, is «the semantic terror, the escape in front of every word that has a meaning in itself, as if fiasco, wood or coal were obscene words, as if to go, find, know would indicate shameful actions». This use of language, the writer continues, denounces «the lack of a true relationship with life». Calvin called "antilingua" the awkward and artificial language used by the sergeant, and, unfortunately, by many others: «Every day, for an automatic process, hundreds of thousands of our fellow citizens mentally translate with the speed of electronic machines the Italian language in antilingua. Lawyers and officials, ministerial cabinets and boards of directors, editors of newspapers, they write, think and speak in antilingua». From this point of view the approach of Law and Literature is particularly useful for linguistic analysis of (administrative) law as an antidote to the excesses that the uncontrolled use of language leads. It is important to measure, in a comparative perspective, the negative impact and the positive one that the language of the law can have, in terms of effectiveness and efficiency of the public administration. First, the language of administrative law is to be considered a specific language (or special language), or a variety of diaphasic language that is conditioned by the function and by the context of communicative interaction: used in specific disciplinary and professional areas, distinct from the base language for some of its rhetorical-stylistic and lexical features. In short, the administrative language is split into many sub manifolds. For this reason, it is often poorly understandable not only for citizens but also for officials belonging to another administration than the one that has written the document. The language of the bureaucracy does not seem to possess a specialized lexicon, but draws from the vocabulary of other languages depending on the subject from time to time addressed. It is undeniable, however, that it, like all sub codes, is provided with a technical vocabulary of which the legal language is certainly the

[27] CALVINO, Italo. **«L'antilingua»** pp. 122-126. The new language, which Calvino called *antilingua*' ('anti-language') was perhaps well suited to the neocapitalist society Italy had become, but Pasolini thought it would be a duller language. He did not like the shape things had taken, but he recognised that this was the first time Italy really had a national language that was not merely a literary language. His prognosis for expressivity in Italian was probably too drastic, and he overestimated the influence of technical language. He was right, however, that Italian at least seemed to have arrived as a national language, although it was too soon to predict the extent of any increased spirit of unification this would encourage. POZZATO, Maria Pia. Dall'antilingua al linguaggio efficace. in Grandi, Roberto. **La comunicazione pubblica. Teorie, casi, profili normativi**. Roma: Carocci Editore. 2007.

predominant source. Therefore it can be concluded that the administrative language is the sum of two components: a general, mostly legal, common to all administrations; and a specific, related to the single sector administrated. The simplification, clarification and improvement in terms of effectiveness of the administrative language, therefore, involve the acquisition of complex linguistic-communicative skills. For this reason it is necessary to refer to theoretical models which can be very useful for our work on public textuality.

2.1 Sabatini's Linguistic Model

According to the model proposed by Sabatini[28] the administrative texts fall into the category of the texts "very strict" or "with very binding speech" in the sense that are binding for reader's interpretation, as well as for author's stylistic choices. The decoding of the message by the receiver does not have to be creative and subjective, but strictly adhering to the communicative intentions of the issuer.

2.1.1 Very Binging Texts

a) Scientific: Scientific essays and treaties;

b) Juridical and prescriptive: Laws and Decrees Law/Legislative; Administrative acts; regulations; Official Communications; Notice to the public.

c) Technical: Technical manuals; Technical reports.

2.1.2 Texts on the Average Binding

a) Informative: Treaties and Manuals of study; Encyclopaedias.

b) Expositive: Essays on social, historical, political, economic, philosophical topics.

c) Informative: Newspaper articles and magazines;

d) Generally informative: Guidebooks; Descriptive texts

[28] SABATINI, Francesco (adapted from). Analisi del Linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi. In: D'Antonio, Mario. **Corso di studi superiori legislativi 1988-1989**. Padova: Cedam, pp. 675-724.

2.1.3 A Little Binding Texts

a) Literary Prose: Fiction; Diaristic; Fables; Dramas; Literary nonfiction

b) Literary poetry: Poems

This model does not privilege a cognitive and functional perspective, it is based on the relationship between sender and recipient. Sabatini, through a communicative agreement with the recipient, determines an interpretative constraint more or less strong, with clear consequences for the linguistic formulation of the message. This category is divided into three intermediate categories or subgroups, each of which covers a specific function and provides for certain consequences on the pragmatic level in case of refusal or breach of the communicative covenant. The structure of these texts has a rigid form. The legal text is formulated according to the scheme: Subject (ex. President of the Republic) - Motivation (references to laws and regulations) - Performative verb (decrees, provides grants, etc.) - Arrangement.

In particular, in the legal textuality are activated linguistic mechanisms aimed at explicitness as follows:

• The significance of the verbs are fully saturated and, in particular, has always indicated the subject of the sentence;

• Conjunctions are used only as phrasal connectives;

• Do not use interrogative or exclamatory sentences.

2.2 Textuality and Language for the Public Administrations

The bureaucratic textuality not only shares in many cases the strongly binding character of the legal textuality, but inherits from this various textual, grammatical and syntactical aspects (nominalization, double negation, complex syntax even with subordinate high-grade, large presence of participles and gerunds) and lexical and stylistic characters (archaisms, latinisms, formulations periphrastic). On the other hand the language of bureaucracy has a nucleus quite limited of specific technicalities; part of its vocabulary is drawn from the common language or from other sub-codes much more specialized, such as the legal language or sub-codes of economy and technology. If we think back to the model proposed by Sabatini, we see that the legal textuality and the administrative one are associated to a similar type of issuer, when not identical,

and to the same channel, the writing. Instead are different the referent and even more the recipient and the context. This combination of elements is well summarized in the Manual of Style edited by Fioritto[29]. To facilitate the communicative efficacy of the text and therefore an easier fulfilment of the provisions will be preferable an appropriate focus of the author and the recipient; a structure of the document according to the scheme subject-available-motivation, using, if possible, an accessible conversational style[30].

2.3 Simplification, Purification, Reduction of Administrative Language

Since the early nineties was born in Italy a new sensibility for the quality and transparency of public communication, and has started a movement to reform the administrative language, which aims to make it clearer and more accessible to citizens. Why simplify the administrative language? The reasons are manifold. Firstly, this corresponds to an obvious need for democracy. The Article 97 of the Italian Constitution enshrines the principles of «good performance» and «impartiality» of the administration, and art. 98 Cost. provides: "Public servants are at the exclusive service of the Nation": an administration that explains itself in an obscure way can not have a good performance, because it meets difficulties that make it inefficient; can not be impartial, creating an unjust discrimination between citizens based on their level of education; especially, can not be truly at the service of the nation. There are also economic reasons: many studies have highlighted the substantial economic savings realized by organizations that have adopted a policy of plain language. Finally, there is a question of image. The discursive choices

[29] FIORITTO, Alfredo. **Manuale di stile**, **Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche**. Bologna: Il Mulino, 1997, p. 41. The Author, in the chapter entitled Writing Simple and Linear Sentences, states: "Simple and linear sentences are monoclausal, i.e. they consist of a single clause with a subject, verb and some complements". A heading makes the recommendation more explicit, suggesting "Prefer coordinate sentences to subordinate sentences". Although a concession is made to soften this suggestion where appropriate ("Even if it is not always possible to write monoclausal sentences, they should be kept as short and simple as possible"), it is nonetheless contrary to the stylistic tradition of Italian prose. This recommendation may be viewed as an example of recovering naturalness in comparison to the codified syntactic complexity of writing in Italy as seen historically. But in a language which expresses the logical relationship between sentences largely through subordinate nexuses, there is a risk that excessive coordination will require the reader to infer and reconstruct the logical links between the sentences (this is therefore a typical example of simplification which, in the end, results in a more complex decoding process for the text).

[30] Fioritto, Aflredo, (edited by), **Manuale di stile**, **Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche**. p. 44. makes the following suggestion: "To avoid ambiguity and difficult comprehension on the part of the reader, the subject of the sentence should always be specified". The recommendation in the Italian version of the How to Write Clearly pamphlet prepared by the Directorate General for Translation of the European Commission is more nuanced and more correct: "Name the agents of each action if they cannot be clearly identified". A strict interpretation of the first suggestion would, in fact, result in the construction of emphatic sentences, given that Italian does not require the subject to be stated. Stating the subject in a sentence places emphasis on it, which naturally increases if the same subject is repeated in subsequent sentences (that is, using the rhetorical device of anaphora).

contribute to the construction of the identity of those who make them. Adopting a clear language, the public administration becomes an entity that has consideration and respect for the citizen, rather than as an authoritative government organization. Well-structured texts, graphically treated, purified from dusty bureaucratic formulas, feed the image of a modern and efficient administration. The clarity of the texts enhances the perception that the readers have of their authors. The reasons of simplification have been expressed with particular effectiveness by Sabino Cassese[31], in the preface to the Code of style according to which «Acts, forms, modules that reject the citizen. Expressions out of common usage. These are also the causes of the gap between citizens and the state, which is debating in high-sounding terms, without remedy them. And to repair it, we must also begin from the style of language that the public offices use to communicate with their customers».

2.4 Regulatory Developments: Legislative Reforms to Simplify the Language of Administrative Law

The movement for the simplification of the administrative language was driven by a series of regulatory innovations that have given rise to what has often been called a "Copernican revolution" in relations between public administration and citizens, because it has determined a shift from a conception that saw the administration as a closed, inaccessible authority to an idea of open, accessible, transparent public administration: a "glass house". The Italian initiatives never evolved into a fully-fledged, systematic and ongoing campaign. To tell the truth, a wide-ranging project was launched in 2002 by Minister Franco Frattini the "Chiaro!" (Make it clear!) project, but the led to an equally rapid closure of the project and the abandonment of any government commitment to the so-called simplification of administrative language, with the exception of a sporadic initiative under Minister Mario Baccini in 2005. Many of the improvements in institutional writing in Italy were brought about precisely by this cooperation between lawyers, linguists and civil servants. The most recent result is the publication of a Guide to Drafting Administrative Acts: Rules and Suggestions[32], sponsored by the National Research Council's

[31] CASSESE, Sabino. Prefazione. In: **Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche**. a cura del Dipartimento della funzione pubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri. Roma. 1993, p. 9; CASSESE, Sabino. **Lo Stato introvabile**. Roma: Donzelli. 1998. p. 59.

[32] Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti (2011), edited by the working group established by the Institute of Legal Information Theory and Techniques and the Accademia della Crusca, Florence, Ittig-Cnr [cited as Guida (2011)].

Institute of Legal Information Theory and Techniques (ITTIG) and by the Accademia della Crusca (the Italian Language Institute). The double impetus originating from the world of research and from those who actually draft texts in the public institutions was also expressed through the establishment in 2005 of a Network for Excellence in Institutional Italian (REI) at the behest of the Italian department of the Directorate General for Translation. This is a voluntary group of translators and drafters of institutional and academic texts, and particularly of linguists and lawyers, who are studying legal and administrative language. Once this process had run its course, however, Tullio De Mauro, another professor who had also been a minister, pointed out that 'much of the analysis, preparatory work and proposals was started at the time that Cassese[33] was the Minister for Public Administration, in the early nineties. A lot of work was put into teaching the administrations to communicate in a comprehensible way (...) but the results are more modest than we had hoped those many years ago[34]. In fact, it is apparent in the way that laws are drafted that the recommendations for using more understandable language have barely been absorbed, despite the series of documents with suggestions on drafting legal texts published over the years[35]. However, given that the results are more meagre than we hoped, we must ask ourselves whether any of the constituent parts of the campaigns to reform administrative language had inherent limits or, at least, limits when applied to a language such as Italian, which has its own history and internal structure.

3. SOME FINAL CRITICAL THOUGHTS

It is of great interest the debate on freedom of the interpretability of a text, on translation of the methodical interpretation of the literary text to the legal system. In this sense, a position that puts the author as the sole authority adept at interpreting a text may make impracticable the previous translation, but also invalidate the possibility to give the value of critical module over the legal context to the literary text. On the other hand, a position that involves the limitlessness in the area of interpretation can lead to cancel the differences between a legal text and a literary

[33] CASSESE, Sabino. Il linguaggio della burocrazia. In: **Il linguaggio della divulgazione**. Atti del II convegno (Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 14-15 aprile 1983), Milano: Selezione dal Reader's Digest, pp. 42-48.

[34] AA. VV., **Dalla legge alla legalità: un percorso fatto anche di parole**. Proceedings of the Conference held on 13 January 2006, Florence, Tuscany.

[35] For example: Suggestions for Drafting Regulatory Texts, Tuscany Regional Council, 1984; Parliament, Senate and Prime Minister's Circulars stating the rules for technical drafting of legislative texts, 1986; Rules and Suggestions for Technical Drafting of Regulatory Texts of the Conference of the Presidents of the Regional Assemblies, 1992, reissued in 2002 and 2007; Prime Minister's Circular, Rules and Recommendations for Technical Drafting of Legislative Texts, 2001.

one. It is confirmed the need to examine in greater detail the theoretical assumption that recognizes a cognitive value of literature and its ability to act as a critique of legal institutions. In the Italian legal culture, beyond the prejudices, some authors see the disciplinary agenda of the studies of law and literature not reassuring in both variants in which these studies are presented, namely "law in literature" and "law as literature". Of course, also the law, like any sector of human culture that produces text is literature, but specific literature, with its own rules. Until now this literary self-consciousness has produced especially metaphors of dubious heuristic value such as the chain novel applied by Ronald Dworkin to the jurisprudence of the common law[36]. In short, if the specialist study has a certain and undoubted value, the literature can become a moment of enrichment that fertilizes and enriches these studies, where the aim should not be the success of a study in itself, but the success of enriching and advancing the research on human knowledge. The interdisciplinary interpenetration can be understood as a new lymph for the research. The law as well as the literature on the basis of certain investigations, find their foundation in the realm of transcendental properties of language that ensures the transition from the world of the unsaid to that of the said[37]. Law and literature cohabit together in their distinction, and the distinction between them is guaranteed by their own units. Because if they were totally different would be the same, but in fact they are distinctly similar, and similar in their distinction. The analysis proposed in the present study has focused the attention on the fact that the interest for the study of the relationship between law and literature is a field of study in its own right, within which were discussed the questions of foundation, dignity, method, content and limits of the new research. It seems that the most fruitful field of the relationship between law and literature is the field of the profile of human rights. The analysis of the values proposed by the literary works presupposes a measure of the cognitive faculty of literature that makes it able to get closer to understanding the representation of ethical-legal truth. The authors belonging to the Law and Literature Movement have articulated their argument about the specificity of the role of narrative and the literary imagination, highlighting the ability of the literary work to develop feelings of empathy of the reader respect to the events narrated and the characters of the stories. "Why literature can tell, with peculiar efficacy, the values of the law?". The response suggests some reflections concerning the nature of poetry and the notions of truth and of literary universal; the possibility of art to

[36] DWORKIN, Ronald. Diritto come letteratura. In: **Questioni di principio**. Milano: Il Saggiatore, 1985, pp. 179- 205.

[37] ZARTALOUDIS, Thanos, Ars Inventio, Poetic Laws: Law and Literature - The And. **Cardozo Law Review**, n. 29, pp. 2431-2459, 2008.

promote the availability of the reader to think about the issues of human, social and existential condition, including birth, death, peace and war; the role of emotions; the force of the example, offered by the literary representation of characters devoted to the practice and the right costume. Therefore, the literature has the ability to direct the vision of the world, to define shapes and styles of living, to enter into the space of the collective values, to lead the reader in all possible worlds.

MOLTEPLICITÀ

Jacopo Paffarini

Nelle «*Lezioni americane*» il tema della molteplicità viene introdotto attraverso l'esempio di una serie di romanzi la cui struttura si (dis)articola in una varietà di temi, voci narranti, storie che rompono l'unità del racconto. Nell'ambito dell'esperienza letteraria, Calvino[1] individua i seguenti approcci narrativi:

1. In alcuni romanzi il flusso della narrazione «si rivela interpretabile su vari livelli», in modo tale che dal testo emergono una **pluralità di storie** che possono anche essere «completamente diverse».

2. In altri libri la scissione non riguarda la storia, bensì la soggettività narrante: emerge, pertanto, una **molteplicità di voci** così come «di sguardi sul mondo». In questo caso, richiamandosi al pensiero di Bachtin, Calvino definisce il testo plurimo, «polifonico» o «dialogico».

3. «C'è poi l'opera che», volendo contenere tutta la **molteplicità del reale**, «non riesce a darsi una forma e a disegnarsi dei contorni» e, pertanto, rimane incompiuta.

4. In ultimo, c'è il romanzo che è il corrispondente letterario «di ciò che in filosofia è il pensiero **non sistematico**, che procede per aforismi per lampeggiamenti puntiformi e discontinui».

La suddivisione operata da Calvino apre due prospettive di riflessione sul panorama letterario attraverso le quali viene messa in risalto, da un lato, la complessità della *materia* della narrazione, dall'altro, quella dei processi *conoscitivi* che guidano la sua comprensione. Mentre la prima prospettiva valorizza l'ambiguità (in atto o potenziale) dell'oggetto del discorso, la seconda coglie il carattere inevitabile e determinante del particolare punto di vista del «*self*» che narra la storia[2]. In altre parole, distinguiamo un *elemento oggettivo* ed un *elemento soggettivo* nel romanzo, i quali si intrecciano moltiplicandone il contenuto in una varietà, potenzialmente infinita, di percorsi narrativi.

[1] CALVINO, Italo. ***Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*.** Milano: Oscar Mondadori, 2011, p. 115-6.

[2] «[…] magari fosse possibile un opera concepita al di fuori del *self*, un'opera che ci permettesse di uscire dalla prospettiva limitata d'un io individuale […]»,CALVINO, Italo. ***Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*.** p.122.

Esiste una similitudine sorprendente tra la proposta calviniana del «romanzo come grande rete»[3] e la recente perdita di unità del sistema delle fonti del diritto. Nel diritto contemporaneo, infatti, un'idea simile di molteplicità emerge con frequenza su due piani di studio in particolare, ossia nelle riflessioni relative ai *poteri* da cui emanano le norme ed in quelle sui *significati* attribuibili agli enunciati del linguaggio legislativo. Nel primo caso la ricomposizione del quadro della fenomenologia giuridica è complicato dalla pluralità e dalla diversità dei soggetti che intervengono nella sua formazione. Il progressivo frazionamento dell'*auctoritas* ha fatto venir meno la centralità delle Costituzioni statali ed ha portato ad un incremento quantitativo e qualitativo delle regole prodotte dalle organizzazioni internazionali e dell'autonomia contrattuale privata. In questo senso, un "diritto multilivello" moltiplica le potenzialità semantiche del linguaggio giuridico, determinandone al tempo stesso la relatività delle soluzioni identificate in via interpretativa. In altre parole, nella misura in cui alle nuove forme istituzionali vengo associate nuove progettualità normative, emerge la necessità di ricomporre l'"unità di senso" dell'ordinamento, dalla quale è derivata l'apertura di una nuova fase delle indagini della scienza giuridica in tema di validità ed un nuovo protagonismo della giustizia costituzionale.

Si potrebbe sostenere che, da un punto di vista pragmatico, la percezione della molteplicità contribuisce a mantenere costantemente "aperta" la soluzione normativa delle fattispecie[4]. Così, ad esempio, l'apparente univocità del linguaggio normativo può essere contraddetta dall'interpretazione della dottrina giuridica o dalla prassi istituzionale degli organi di applicazione; l'uniformità del linguaggio costituzionale può infrangersi davanti alle differenti priorità imposte dai processi di integrazione sovranazionale; la ponderazione degli interessi, in situazioni di particolare complessità, può spingere gli organi di applicazione ad una soluzione totalmente diversa da quella prospettata dall'ordinamento giuridico, se non alla ricerca delle soluzioni adottate dagli ordinamenti stranieri in casi analoghi.

Tutto ciò contribuisce a smentire la tradizionale teoria della conoscenza del diritto come processo che parte dalla formulazione scritta e che solo in ultima istanza si interessa del contesto materiale in cui opera la norma. Allo stesso tempo, tuttavia, si dovrebbe fare attenzione a non cedere ad eccessive semplificazioni: sebbene potrebbe sembrare la relazione più intuitiva, non è possibile suggerire un nesso di causalità diretta tra la "*molteplicità del reale*" e la "*molteplicità del*

[3] CALVINO, Italo. ***Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*.** p.121.

[4] GUASTINI, Riccardo. ***Il diritto come linguaggio***. ***Lezioni***, Torino: Giappichelli, 2006 p. 183.

giuridico". Non c'è alcun nesso di inferenza, ma c'è una varietà di relazioni (in atto e potenziali) la cui spiegazione necessita di nuovi approcci metodologici e di ricerca, così come di nuovi apparati concettuali.

Calvino sostiene che il *trait d'union* delle opere narrative moderne e post-moderne sia l'affermazione di un ideale di conoscenza come molteplicità: i libri sono un'introduzione alla cultura del tempo; nel nostro tempo, sostiene Calvino, «non è più pensabile (conoscibile) una totalità che non sia potenziale, congetturale, plurima»[5]. Riportando questa osservazione agli studi giuridici si potrebbe sostenere che non è soltanto la molteplicità del reale che contribuisce alla diversificazione degli assetti normativi possibili, bensì anche il *self* dell'organo dell'applicazione, che è il vero depositario della scelta finale. L'applicazione della norma giuridica, dunque, è il risultato di una sommatoria di conoscenze di cui è formato il giurista stesso.

I contribuiti che seguono nel presente capitolo offrono altrettanti casi di studio a proposito della percezione della «*molteplicità*», sia della realtà materiale sia del linguaggio normativo. In primo luogo, verranno prese in considerazione le ipotesi in cui la comprensione di una disomogeneità nella realtà sociale è accompagnata da una spinta trasformatrice delle politiche legislative. In questa prospettiva, il contributo di Maria Giulia Bernardini offre una panoramica molto amplia delle problematiche concernenti l'integrazione nella vita e nelle scelte politiche della collettività dei soggetti comunemente definiti "disabili". Dopo un lungo periodo segnato da un approccio meramente assistenziale, viene finalmente posto all'ordine del giorno il tema della effettiva partecipazione e della valorizzazione delle differenze, anche in virtù di una serie di accordi internazionali volti ad ampliare la capacità di agire delle persone con disabilità, specialmente nel campo del diritto di famiglia. In una differente prospettiva, Lorenzo Cavalaglio evidenzia i "molteplici aspetti" del processo interpretativo, rilevando il ruolo fondamentale che la «*traditio canonica*» svolge nel sistema giuridico ecclesiale, non solo per il suo apporto sostanziale, ma anche sotto il profilo metodologico, in quanto offre «un modello integrato di scienza e prassi» capace di donare elasticità al comando giuridico. Anche per questa sua caratteristica, e non semplicemente per le vicissitudini storiche che hanno legato lo Stato della Chiesa a molti ordinamenti europei, la *traditio* rappresenta una parte di diritto canonico (ancora) *vivente* al di fuori dei suoi attuali confini territoriali. Sul versante processuale, Lara Ferla e Marcio R. Staffen offrono due riflessioni simmetriche, afferenti ad esperienze geograficamente e culturalmente

[5] CALVINO, Italo. ***Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*.** p.114.

lontane, rispetto all'insufficienza di soluzioni generali e uniformanti che non rendono giustizia della complessità dei diritti, fonti, rapporti giuridici esistenti nell'attuale contesto di vita plurale. In tal senso, Lara Ferla auspica una "visione" più complessiva della società da parte del diritto penale italiano, a partire dai potenziali conflitti morali che, non di rado, sono alla base di alcuni comportamenti criminali. L'apertura del diritto processuale alle nuove istanze che sorgono nella società brasiliana è, invece, l'auspicio espresso da Marcio R. Staffen nel suo contributo, nel quale, nondimeno, troviamo una chiara contrarietà a qualsiasi forma di autoreferenzialità giudiziaria. Infine, il contributo di Nicola Pettinari si concentra sull'aspetto attualmente più visibile della molteplicità del diritto dal punto di vista costituzionale, ossia la comparsa di nuovi centri di potere normativo che sfidano la tradizione centralista del Millennio precedente, sia sul "livello verticale" dei poteri istituzionali («*multilevel governance*») sia sul "livello orizzontale" degli attori socio-economici («sussidiarietà orizzontale»). In particolare, viene posto al centro dell'attenzione il «carattere essenzialmente operativo» della democrazia partecipativa, portandone alla luce l'imprescindibile ruolo di ausilio che, nelle società plurali, può svolgere in favore degli organi rappresentativi.

L'importanza di questi contributi risiede nel tentativo di esplorare prospettive di analisi e di ricerca inusuali per la scienza giuridica, offrendo previsioni e auspici sul futuro sviluppo dei rapporti giuridici. All'esito di questa riflessione il diritto contemporaneo appare difficilmente collocabile in una alternativa ontologica per la quale è limitato ad esistere o in quanto espressione della molteplicità del reale (ossia delle istanze materiali presenti nella società) o in quanto vettore di una volontà ultima e sovrana (sia essa espressione del *self* del giudice o delle finalità perseguite dall'autorità normativa). La scommessa della scienza giuridica attuale è quella di voler far parlare lo *spirito* dell'ordinamento giuridico, esattamente come l'idea di molteplicità nella letteratura, secondo l'auspicio di Calvino, dovrebbe portare «a far parlare» non tanto l'io individuale dell'autore o di altre persone a cui lui vuol dar voce quanto piuttosto «ciò che non ha parola»[6].

[6] CALVINO, Italo. ***Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*****.** p.122.

DISABILITY IMAGINATION(S). FROM EQUALITY IN SPITE OF DIFFERENCE TO EQUALITY THROUGH DIFFERENCE

Maria Giulia Bernardini[1]

Think what it would be
to have a work conceived from outside the *self*,
a work that would let us escape
the limited perspective of the individual ego,
not only to enter into selves like our own
but to give speech to that which has no language […].
(CALVINO, Italo. **Six Memos for the next Millennium – Multiplicity**)

[D]o we position ourselves on the side of colonizing mentality?
Or do we continue to stand in political resistance with the oppressed,
ready to offer our ways of seeing and theorizing, of making culture […].
This choice is crucial. It shapes and determines our response
to existing cultural practice and our capacity to envision new,
oppositional, aesthetic acts.
(HOOKS, bell. **Race, Gender, and Cultural Politics**)

1. SINGLE OR MULTIPLE, SINGLE AND MULTIPLE. DILEMMAS OF THE THIRD-MILLENNIUM SELF

According to Calvino, one of the most difficult – yet, unavoidable – challenges literature has to face is its «ancient desire to represent the multiplicity of relationships, both in effect and in potentiality», which would allow to obtain (and therefore, to offer) «a manifold and multifaceted vision of the world»[2]. In his perspective, this is necessary in order to achieve a fuller knowledge of reality.

Once the so-called "liberal myth" and the deeply ideological nature of its apparently neutral and abstract model – essentially based on assimilation and exclusion – had been identified and demystified, the law had to deal with multiplicity, a process that is still very much on-going.

With the appearance of "material life"[3] and of new, unexpected[4] subjects gradually, yet

[1] Maria Giulia Bernardini is Research Fellow in Philosophy of Law at the University of Ferrara.

[2] CALVINO, Italo. **Six Memos for the next Millennium: Multiplicity**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988, p. 112.

[3] MENGONI, Luigi. La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo. In: MENGONI, Luigi. **Diritto e valori**. Bologna: Il Mulino, 1985: p. 123-145; MARZOCCO, Valeria. ***'Dominium sui'*. Il corpo tra proprietà e personalità**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

increasingly demanding visibility, recognition and, most importantly, their «right to have rights»[5], a radical re-thinking of political and institutional structures, as well as of the existing juridical categories, which are openly inspired in liberal principles, had become urgent.

Critical theories played (and still play) a key role in this respect, both by deconstructing the liberal paradigm and by elaborating alternative representations of reality and subjectivities, in contrast with traditional ones from a symbolic, cultural, political and institutional point of view. Their theoretical suggestions, and the related struggles for civil rights, represent a demand for recognition, equality in the differences, equal dignity and fundamental rights' ownership and effectiveness. As such, they must be given a central role in legal thinking, due to the urgent nature of the above-mentioned matters.

This paper represents an attempt to widen the scope of juridical thinking, by elaborating on the theories and notions developed by *Disability Studies*[6], *Women's Studies* and *Gender Studies* on the issue of the emerging disabled subjectivity[7].

This choice is influenced by Calvino's work. In his lecture on *multiplicity*, the author emphasised the importance of conceiving a work outside the "*self*" in order to escape the perspective of the *individual ego* and to give speech to *that* which has no language[8]. In this paper, the liberal paradigm will be deconstructed through the voice of a new *subject* (instead of Calvino's *object*), namely, the disabled one.

For a long time, the philosophical and political debate has been focusing on the disabled individual merely as the *object* of paternalistic discourses based on exclusion. The right to a full *subjectivity* has been denied to anyone suffering from any type of disability. As a result, individuals with disabilities have not been able to enjoy full social inclusion and have been deprived of their fundamental rights.

---

[4] The expression "unexpected subject", is taken from the Italian feminist Carla Lonzi. See LONZI, Carla. La donna clitoridea e la donna vaginale. In: LONZI, Carla. **Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti**. Milano: Scritti di Rivolta Femminile, 1974: p. 78, 101.

[5] See ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt, 1951, p. 296.

[6] For a theoretical framework of this critical theory, in its various components, see: OLIVER, Mike. **The Politics of Disablement**. London: The MacMillan Press, 1990; SHAKESPEARE, Tom. **Disability Rights and Wrongs**. New York: Routledge, 2006; PFEIFFER, David. The Philosophical Foundations of Disability Studies. **Disability Studies Quarterly**, Ithaca, NY. Vol. 22, n. 2, p. 3-23, Spring 2002; THOMAS, Carol. **Sociologies of Disability and Illness. Contested Ideas in Disability Studies and Medical Sociology**. Basingstoke: Palgrave MacMillan 2007; WATSON, Nic, et. al. (eds.). **Routledge Handbook of Disability Studies**. New York: Routledge 2012.

[7] For the purposes of this paper, we will use "disabled" and "with disabilities" in an interchangeable way.

[8] CALVINO, Italo. **Six Memos for the next Millennium: Multiplicity**, p. 122.

2. REGULATING THE BODY: CONFINEMENT STRATEGIES THROUGH AND AGAINST THE LAW

Persons with disabilities represent a deviation from the norm. The "normal", according to Foucault, works as a regulating and excluding mechanism: it creates human hierarchies by establishing a number of dualisms, whereby "typically human" characteristics (the positive pole of the dichotomy) exist in contrast with characteristics linked to a "lack of humanity", which justify the confinement to a "subaltern" position[9].

In fact, such subaltern subjects occupy a variety of social positions, depending on their degree of divergence from the standard paradigm: the more an individual's identity diverges from the norm, the farther this individual will be from the space of inclusion[10].

However, while the complex combinations of individual characteristics often play a decisive role in a person's social position, this paper will not focus on a critique of intersectionality, but rather on the relationship between included and excluded subjects. We will assume that the binary opposition devised by Foucault can be spatially represented by the relationship between an "outside" and an "inside". In this dichotomy, being "inside" (i.e., falling within the norm) means having access to the space of inclusion and to the relevant rights. This paper assumes that individuals with disabilities are denied access to the space of inclusion (and to the fundamental rights) due to their lack of normality.

In fact, the experience of individuals with disabilities is somewhat similar to that of other excluded groups: as it is known, a surreptitiously normative concept of *normality* – and consequently of identity – has been determining, for centuries, the social roles of individuals (male, western, Christian, heterosexual, bourgeois, able-bodied, etc.) and non-individuals (non-male, non-western, non-Christian, non-heterosexual, non-bourgeois, non-able-bodied, etc.), who were forced to identify with such roles as if they were *natural*. More recently, however, this allegedly unitary notion of identity has been the object of criticism on part of those who deny the

[9] "Subaltern" is a term developed within the so called "Subaltern Studies", the famous critical theory born to challenge the *legacy of colonialism*, and then expanded to comprehend other people who are marginalised by dominant western culture, like immigrants, women, etc. Among others, see SPIVAK, Gayatri C. Can the Subaltern Speak?. In: NELSON, Cary and GROSSBERG Lawrence (eds.). **Marxism and the Interpretation of Culture**. Urbana, IL: University of Illinois Press, 1988, p. 271-313.

[10] The famous "basement metaphor" used by Kimberlé Crenshaw in her intersectional approach is very clear in explaining how the various differences interact to marginalized and exclude those people who diverge from the norm. About the metaphor, see CRENSHAW, Kimberle W. Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **The University of Chicago Legal Forum. Feminism in the Law: Theory, Practice and Criticism**. Chicago, IL, 1989, p. 139-167, p. 149, 151, 152. For a better understanding of "intersectionality", see CRENSHAW, Kimberle W. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color. **Stanford Law Review**. Standford, CA. Vol. 43, n. 6, 1991, p. 12-41.

unity and stability, or even the very existence, of a single identity.

In the specific case of disabled individuals, their "lacking something" has been justifying (*de facto*, and in some cases *de jure*) the attribution of a partial subjectivity, which ended up turning into a non-subjectivity. This "lack" has been conventionally identified with missing one or more limbs, having a mental disability, lacking legal capacity or the ability to act independently, or with the inability to function like a "normal human being". In the past, this resulted in a comparison being drawn with the concept of "monstrosity" and, as a consequence, in these individuals being perceived as radically and irreparably different[11].

Two of the confinement strategies employed to establish a clear and indisputable definition of disability have become more relevant in recent history: spectacularization and subjection to ridicule on one side, and institutionalisation on the other. These strategies may be seen as opposite, yet complementary, techniques aimed at excluding, controlling and ultimately eradicating diversity from society. Disability is thus seen as a disease, as deviation from the rule (or norm)[12]. Moreover, it is seen as an individual characteristic that does not belong to the public sphere and must be hidden, unless it can be reinterpreted (and therefore controlled, defused) as a – generally grotesque – artistic performance, so that any risk of "contamination" is avoided[13].

In this respect, law – in its various incarnations – has historically taken on a prominent role, although a relationship between the juridical sphere and a unified notion of "disability" can be said to have existed only from the beginning of the 19th century onwards. Around that time the category of the "disabled" was *created* by governments within the context of the Welfare State, which envisaged a *work-based* distributive system alongside a *need-based* system covering, amongst others, disabled individuals[14].

Exclusion strategies aimed at disabled subjects are thus closely linked with the

[11] See BOGDAN, Robert. **Freak Show: Presenting Human Oddities for Amusement and Profit**. Chicago: Chicago University Press, 1988; more recently, BOGDAN, Robert. **Picturing Disability: Beggar, Freak, Citizen and Other Photographic Rhetoric**. Syracuse: Syracuse University Press, 2012; GARLAND THOMSON, Rosemarie. **Extraordinary Bodies: Figuring Physical Disability in American Culture and Literature**. New York: Columbia University Press, 1996.

[12] See CANGUILHEM, Georges. **Le normal et le pathologique, augmenté de Nouvelles réflexions concernant le normal et le pathologique**. Paris: Puf 1966.

[13] This idea of disability is widespread from the Enlightenment onwards. Previously, the confluence of the images related to the monstrosity (and disability) in the sphere of the extraordinary had contributed to give the "monster" a sacred character. Those bodies that were divergent from the norm and that were performed, were considered God's signs, expressions of radical otherness and, at the same time, objects of awe and wonder, not of a public blame. See WILSON, Dudley. **Signs and Portents: Monstrous Births from the Middle Age to the Enlightment**, London: Routledge, 1993.

[14] STONE, Deborah. **The Disabled State**, Philadelphia: Temple University Press, 1985, p. 18-21.

development of a specific body of laws: as it is known, both the displaying and hiding of a number of diversities, which today fall within the spectrum of disability, has historically been regulated by the law. Law, being a social practice, could hardly avoid acknowledging the beliefs regarding disability that were (and are) widespread in any specific cultural context.

The first confinement technique, i.e., the artistic displaying and spectacularization of disability, is historically represented by the *freak show*, a primary example of the link between the juridical sphere and images of monstrosity and radical otherness. *Freak shows* consisted in the exhibition of biological rarities, which until the mid-19th century were considered as *wonders*[15], and then, for at least a century, more frequently as *monsters*. The extreme deviation of the *monstrum* from the notion of human being made the audience feel entitled to question the very humanity of the individual performing in front of them[16].

The cultural change that led to disability no longer being associated with monstrosity, and to the former becoming the object of study of medicine, took place from the late 1930s. Until then, anyone with physical defects was simply considered a *freak*. The distance between the audience (the observer) and the *freak* (the observed) was the central element of a *freak show*. This distance was never neutral: the spatial separation represented and emphasised the scientific and social separation that existed between the included and the excluded, that is to say, between the normal and the non-normal. The performance stage, with its aestheticising function, was the only space that was actually accessible for those individuals who were not allowed to freely inhabit the public space, due to their radical deviation from the norm.

Quite inevitably, law had to deal with the existence of these shows, and had to take a stand with respect to the creation and delimitation of a public space specifically dedicated to the display of differences that were perceived to be *radically* "other". These shows were first allowed, and then forbidden, as a result of *ad hoc* regulations. The motivations indicated in the relevant verdicts showed the importance of cultural influences on the juridical sphere. It is interesting to note how the judicial bodies, while recommending that individuals with unusual bodies should have the right to have a job, established that *freak shows* were the *only* places where these people could actually

[15] Cfr. GARLAND THOMSON, Rosemarie. ***Freakery, Cultural Spectacles of the Extraordinary Bodies***. New York: New York University Press, 1996, p. 4.

[16] Cfr. STEWART, Susan. ***On Longing*. Narratives of the Miniature, the Gigantic, the Souvenir, the Collection**. Durham: Duke University Press, 1993, p. 108.

find employment[17].

After a period of relative absence, *freak shows* have recently reappeared, albeit with a different meaning, which has been described as postmodern[18]. Not unlike the spectacularization of drag and the re-appropriation of the term "queer" by the non-heterosexuals, as a way to criticise the so-called "heterosexual paradigm" and to claim a full subjectivity for themselves (along with the relevant rights)[19], several individuals with disabilities have tried to undermine the "able-bodied paradigm" by reintroducing the *freak show* in order to reaffirm the dignity of individuals who do not conform to the criteria of able-bodiedness.

In this perspective, disabled bodies appear as transgressive because, in spite of any form of recognition, acceptance or inclusion, they impose alternative rules operating alongside the dominant ones (which are based on liberalism's political anthropology)[20]. The stage is thus turned from a place of confinement and exploitation into a freely selected space where the performer is allowed to express his or her subjectivity. The stage, therefore, takes on a political meaning and allows the performer to demand an active presence in the world. The performance space grants a degree of visibility that disabled individuals have been seeking for centuries.

While this aspect seems undeniable, the return of the *freak show* also lends itself to a different interpretation. Can this sort of spectacularized display of one's difference really help reach the desired objectives, or does it merely reaffirm the unbridgeable gap between those who are "normal" and those who are "different" (and who, onstage, perhaps are no longer exploited but are nevertheless confined)?

The same verdicts stating that *freak shows* are the *only* place where job offer and demand for persons with disabilities will ever meet reveal a tendency to describe a phenomenon (disability) as merely an individual matter. As a result, the affirmation of a "different" (non-able-bodied) subjectivity in the public space is not permitted, as this subjectivity can only express itself within clearly defined boundaries. The deviation from the anthropological assumptions of much

[17] Cfr., for example, 229 Cal. App. 2d 667 (1964); 267 So. 2d 817 (Fla. 1972).

[18] ADAMS, Rachel. **Freaks and the American Culture Imagination**. New York: University of Chicago Press, 2001, p. 1.

[19] We use the expression "non-heterosexual" to encompass the whole panorama LGBTQI. On the relationship between *drag* and *queer*, and on the use of parody as means of protest, see the classical BUTLER, Judith. **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**. New York: Routledge 1990. One of the most famous Italian representatives of the *queer philosophy* is Lorenzo Bernini. See BERNINI, Lorenzo. **Apocalissi *queer*. Elementi di teoria antisociale**. Pisa: Ets 2013.

[20] MONCERI, Flavia. La cittadinanza alla prova della "disabilità" e confini del genere. In: BELLE', Elisa, POGGIO, Barbara, SELMI, Giulia (eds.). **Attraverso i confini del genere**. Trento: Università degli studi di Trento, 2012, p. 81-101, p. 93.

past and current liberal thought seems to imply, by definition, the impossibility of any form of inclusion other than those based on the charitable solidarity of the able-bodied. Disabled persons, after all, are not fully productive for most of their lives, do not possess a strong rationality (in the Kantian sense of the term) and therefore are not autonomous and independent[21]. This results, as mentioned above, in a removal from public space (which is, in this sense, necessary).

While these effects are achieved through the display and spectacularization of disability, they can also be obtained through the opposite strategy, based on the form of social control represented by institutionalisation[22]. The so-called "total institutions"[23] became systematically widespread from the early 19th century. Living in these places of confinement – or, according to the interpretation of the phenomenon given in this paper, non-places for non-subjects – could be described as being in a "permanent state of exception"[24], as these institutions are founded on the suspension of the ordinary rule of law, alongside the validation of paternalistic attitudes towards their inpatients[25]. This meant that these places were "forgotten" for a long time, and became

[21] Productivity, full rationality, autonomy and (or) independence, ability to equally participate in social life are among the key assumptions of liberal thought. In liberal societies, only the simultaneous presence of these elements grants an individual full inclusion. For instance, in his *A Theory of Justice*, John Rawls makes a series of markedly egalitarian claims that contain all of the above-mentioned elements. The American philosopher adopts a neo-Kantian perspective, whereby autonomy is defined as a form of rational self-legislation. The autonomous subject constructs its own identity on the basis of the notion of *double order of desires* developed by Frankfurt. The autonomous individual, basically, is the one who manages to attain independence from any passions, bonds and any form of conditioning, and who is capable of free and rational thought.

Clearly, relying on this anthropological assumption leads to identifying the autonomous individual with the model citizen, whose basic interests are reflected in the principles of a given society, because society is a cooperative venture for mutual advantage. This implies, by definition, that anyone who does not possess the characteristics of the rational and autonomous citizen cannot participate in the definition of the fundamental principles of society: «I shall assume that everyone has physical needs and psychological capacities within the normal range, so that the questions of health care and mental capacity do not arise» (RAWLS, John. **A Theory of Justice. Revised Edition**. Cambridge, MA: The Belknap Press, 1999, p. 83).

For an extended critique of liberal anthropology, see SANTORO, Emilio. **Autonomy, Freedom and Rights. A Critique of Liberal Subjectivity**. Dordrecht: Springer, 2003.

[22] On this topic, see BRADDOCK, David L. and PARISH, Susan L. An Institutional History of Disability. In: ALBRECHT, Gary L., SEELMAN Katherine D., BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. Thousand Oaks, CA: Sage, 2001, pp. 11-68, especially p. 31, 39-42.

[23] The term "total institution" appears for the first time in the 1961 essay *On the Characteristics of Total Institutions*, written by Erving Goffman. By "total institutions" he means «a place of residence and work where a large number of like-situated individuals, cut off from the wider society for an appreciable period of time, together lead an enclosed, formally administered round of life» (GOFFMAN, Erving. **Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates**. Garden City, NY: Anchor Books 1961, p. xiii).

See also FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie â l'âge classique**. Paris: Gallimard, 1972; BASAGLIA, Franco. **L'istituzione negata**. Torino: Einaudi, 1968.

[24] Although the term is used in a context different from the original – the Author originally refers to a continued state of exception of the Nazi State under Hitler's rule – it is clear, here, the influence of Agamben. See AGAMBEN, Giorgio. **State of exception**. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

[25] In Italy, until the 1978 reform (when psychiatric hospitals were closed thanks to the so called "legge Basaglia", n. 180/1978), those who were interned in psychiatric hospitals were deprived of all civil rights. Nowadays, a similar situation is still present in different European States, where many persons with disability (especially children) are housed in institutions and victims of violence and abuses. This is the reason why civil and institutional actors (like various movements for the rights of persons with disabilities, Council of Europe or United Nations) promote the right of persons with disability to live independently and be

theatres for frequent violations of human rights. Inpatients were frequently subjected to sexual abuse or other treatments violating their dignity, while women with mental disabilities were subjected to forced sterilisation. These practices were prescribed by the law and endorsed by the judicial system, yet they still take place today[26].

The relevance of this phenomenon lies, amongst other things, in its recent history: "total institutions" still exist today, with around 500,000 inpatients in Europe alone. In these institutions, the violations of human rights mentioned above still take place (in some cases, crossing the boundaries of these non-places and reaching the public space). From a regulatory point of view, these non-places where rights are suspended now appear to exist in stark contrast with the international conventions on human rights and in particular with the *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (CRPD) of 2006[27].

Moreover, from a socio-cultural point of view, "total institutions" are a typical example of the contradiction inherent to the double mandate of the Welfare State: on the one hand, envisaging care and assistance for persons with disabilities, while on the other, prescribing the separate control of those who are identified with their own deficit, and as such confined outside the public space because they are considered a danger to themselves and others and a public scandal.

---

included in the community. On this topic see, for example, Council of Europe- Commissioner for Human Rights. **The Right of people with disabilities to live independently and be included in the community**. France: Council of Europe 2012, available at https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1917847 (last access 29.12.2014).

[26] See CARLSON, Licia. Cognitive Ableism and Disability Studies: Feminist Reflections on the History of Mental Retardation. **Hypatia**. Villanova. Vol. 16, n. 4, p. 124-146. Fall 2001; KITTAY, Eva Feder. Forever small: The Strange Case of Ashley X. **Hypatia**. Villanova. Vol. 26, n. 3, p. 610-631. Summer 2011.

[27] See artt. 15-18 of CRPD, concerning the freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and from exploitation, violence and abuse; the protection of the integrity of the person with disability; liberty of movement and nationality. It is important to stress that the main victims of such practices are women and children with disabilities. The former have been internationally recognized as subjects for the first time by the CRPD (art. 6).

On the violence against women with disabilities, see the thematic study included in the Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, realized in March, 2012: http://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/disalliance.e-presentaciones.net/files/public/files/Thematic%20study%20on%20the%20issue%20of%20violence%20against%20women%20and%20girls%20and%20disability.PDF (last access 29.12.2014).

At http://womenenabled.org/, can be consulted an interesting comparative study about the use of violence against women and girls with disability. See ORTOLEVA, Stephanie, LEWIS, Hope. **Forgotten Sisters – a Report on Violence against Women with Disabilities. An Overview on its Nature, Scope, Causes and Consequences**. 2012: http://womenenabled.org/pdfs/Ortoleva%20Stephanie%20%20Lewis%20Hope%20et%20al%20Forgotten%20Sisters%20-%20A%20Report%20on%20ViolenceAgainst%20Women%20%20Girls%20with%20Disabilities%20August%2020%202012.pdf (last access 29.12.2914).

On the violence against children with disabilities, see the various reports and campaigns published by Disability Rights International.

3. THE "MEDICAL MODEL" AND BEYOND: DISABILITY, OPPRESSION AND IDENTITY STRATEGIES

These confinement strategies rest on what, in the context of *Disability Studies*, is conceptualised as the "medical model"[28]. This notion sums up a heterogeneous mix of ideologies[29] that conceptualise disability as an exclusively individual matter. According to this model, which is based on Cartesian dualism, disability is a deviation from the norm resulting from a physical, intellectual or sensory deficit. As such, it affects exclusively the disabled person, limiting their range of daily actions, which include the ability to occupy a social role. The resulting cultural imperative demands that full functionality be restored, while at the same time points in the direction of an almost complete exclusion of the disabled person from the public space.

The "lack" ascribed to the disabled person, in fact, justifies from a medical point of view any corrective/rehabilitative intervention that could repair the defective body/machine. Such interventions are aimed at restoring the "typically human" operation that grants access to a status of "full humanity", and with it, to a full enjoyment of rights. On the other hand, if the intervention on the body/machine is not possible or if it fails, the "lack" will legitimise all arguments leading to exclusion.

From an economic point of view, the low productivity of the disabled individual when compared to the able-bodied worker justifies the exclusion from the labour market (and, as a consequence, condemns to poverty and social exclusion).

From a cultural point of view, values such as *compulsory able-bodiedness* and the *tyranny of perfection* reaffirm the liberal myth of the *hale and hearty* subject and contribute to the social discredit and exclusion (first and foremost, symbolic and cultural) of those who do not correspond to this ideal of perfection[30].

---

[28] Most of the times, "individual model", "deficit model", "medical model" are expressions used in the *Disability Studies'* literature in an interchangeable way, as referring to the same theoretical assumption. However, some of the most prominent *Disability Studies* representatives admitted that a "medical model" of disability does not exist; rather, we can speak of an "individual model", where medicalization is the main component. Cfr. OLIVER, Mike. **Understanding disability: from theory to practice**. Basingstoke: MacMillan, 1996, p. 31.

[29] Mike Oliver, Vic Finkelstein and Colin Barnes (three of the most famous and influent pioneers of the "social model" of disability) use the word "ideology" with a clear reference to historic materialism in general, and to Antonio Gramsci in particular. Indeed, since the early Seventies, Gramsci has become a landmark in the English Marxian debate.

[30] McRUER, Robert. **Theory, Cultural Signs of Queerness and Disability**. New York: New York University Press, 2006; MORRIS, Jenny. Tyrannies of Perfection. **New Internationalist**, Oxford 1st July 1992, p. 16-17; OLIVER, Mike. **The Politics of Disablement**, cit.; BARNES, Colin. **Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation**. London: Hurst & Co., 1991; BARNES, Colin. A Legacy of Oppression: A History of Disability in Western Culture. In: BARTON, Len and OLIVER, Mike (eds.). **Disability studies: Past Present and Future**. Leeds: The Disability Press 1997, p. 3-24; FINKELSTEIN, Vic. **Attitudes and Disabled People: Issues for Discussion**. New York: World Rehabilitation Fund, 1980.

Finally, from a juridical standpoint, the "lack" and the economic and cultural exclusion often legitimise the individual's reduced legal capacity and lead to the promulgation of regulations inspired in a paternalistic logic rather than in the notion of empowerment[31].

The individual with disabilities fails to meet any of the standards that could grant her access to the benefits of full citizenship – which here is intended as the enjoyment of fundamental rights and social recognition – in today's western democracies.

The discipline of *Disability Studies* has developed alternative notions of disability, which do not focus on individual shortcomings, but on the structural power relations existing at the social level. These notions aim to demystify the liberal myth in its various articulations, by supporting the public recognition of disabled persons as an expression of human diversity, and the acknowledgement of disability as a form of social relation, rather than an individual matter. Moreover, they fuel the philosophical, political and juridical debate on the concept of inclusive citizenship and the enjoyment of rights. Such theories are gradually being implemented into the laws of a number of countries in the European Union as well as in international law[32].

These alternative notions of disability are summed up in the concept of "social model", an umbrella term comprising multiple theories on the meaning of disability[33]. The common element is represented by the overthrowing of the "medical model" and the publicisation of disability, which is the key element of the disability rights movement's political and juridical claims. The central element of the "social model" is the distinction between impairment and disability, whereby the former is intended as an individual characteristic, while the latter as a form of *oppression* against persons with any type of deficit[34]. Thus, the term "disability" comes to indicate

[31] In the wide realm of the various kinds and degrees of disabilities, mental disabilities pose interesting and hard challenges to the juridical regulation, especially in the field of legal capacity. For some interesting and sharp remarks, see COSTANTINI, Cristina. La giuridificazione di infermità e disabilità. Profili comparatistici. **Comparazione e diritto civile**, Salerno. 2011.

[32] Various documents take inspiration from this model. See, for example, the English *Disability Discrimination Act* (adopted in 1995, and replaced by the *Equality Act* since 2010), the *Americans with Disability Act* (1990), the *UN Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* (1993) and the *UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (2006).

[33] Pfeiffer identifies at least nine variants of the "social model": (1) social constructionist, (2) English social model, (3) impairment version, (4) oppressed minority (political) version, (5) independent living version, (6) continuum version, (7) human variation version, (9) discrimination version. Cfr. PFEIFFER, The philosophical foundations of disability studies, p. 4-5.

[34] To fight the subaltern role played in almost every sphere of social life, in the Sixties disabled activists coin the slogan "Nothing about us without us", through which they claim their right to be present as active human beings in every place where decisions affecting disabled people's lives are taken. No policy should be decided by any representative, without full and direct participation of persons with disability. On this topic, see CHARLTON, James I. **Nothing about us without us: disability oppression and empowerment**. Berkeley: University of California Press, 1998.

In this first phase of disabled activism, the *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS) coins the distinction between "impairment" and "disability" in its famous 1976 Fundamental Principles of Disability. UPIAS states:

In our view, it is society which disables physically impaired people. Disability is something that is imposed on top of our impairments,

a disadvantage, a restriction of activities originating from the configuration of contemporary societies, whose structure does not really take into account the needs of people with physical or mental impairments[35].

The "social model" clearly aims to overturn the segregationist ideology affecting disabled persons and to promote a change that could offer disabled individuals the opportunity to fully and actively participate in social matters, to enjoy an independent life and to be employed. This goal can be achieved by emphasising the link between disability and oppression, as well as through the promotion of civil rights and social visibility, which are claims for a notion of equality able to respect and value the various kinds of diversities.

In this sense, the claims of persons with disabilities, aimed at fighting against status inferiority, represent a criticism of a notion of equality mostly (if not exclusively) based on levelling out disparities of treatment linked to distributional unfairness. As a result of the latter, in fact, the *structural* dimension of these inequalities[36] goes unnoticed and underestimated, although «misfortunes punctually visit disadvantaged minority groups, but only as the result of well-disposed coincidence»[37].

In this perspective, recognising the specific nature of the struggles for civil rights and of disability critique is necessary, in order to be able to expose a cultural, political and juridical order characterised by an uneven distribution of power, whereby total inclusion is reserved to a specific group of people, and where it is up to those who are *already* included to determine which are the requirements needed to access the public space and to enjoy full rights and social opportunities.

---

*by the way we are unnecessarily isolated and excluded from full participation in society. Disabled people are therefore an oppressed group in society. It follows from this analysis that having low incomes, for example, is only one aspect of our oppression. It is a consequence of our isolation and segregation in every area of social life, such as education, work […]. (UPIAS. **Fundamental Principles of Disability**. London, 1976, p. 4).*

This distinction is subsequently taken up by the "social model" (fully theorized in the Eighties and, afterwards, object of criticisms and reformulations). At the core of the vindication is the idea that disability is neither related to a deficit, nor causally linked with it; rather, disability relies on the relationship between disabled people and able-bodied ones. Indeed, persons with disabilities are excluded from the various social contexts, as they represent a challenge to the dominant social values. They appear unfortunate, useless, different, oppressed and sick (see HUNT, Paul. A critical condition. In: HUNT, Paul (ed.). **Stigma: The Experience of Disability**, London: Geoffrey Chapman, p. 145-159, p. 146.

[35] OLIVER, Mike. **Understanding disability: from theory to practice**, p. 22. In other words, the restriction of activity is due to the mutual interaction between individualization and medicalization, both considered mechanisms of social control functional to the construction and strengthening of the anthropological model that is at the basis of capitalist societies (the healthy, able-bodied, efficient, productive subject).

[36] See YOUNG, Iris Marion. Feminism and the Public Sphere. Asymmetrical Reciprocity: on Moral Respect, Wonder, and Enlarged Thought. **Constellations**, New York. Vol. 3, n. 3, January 1997, p. 340-363; YOUNG, Iris Marion. **Responsibility for Justice**. New York: Oxford University Press, 2011; TRONTO, Joan. **Caring democracy: Markets, Equality and Justice**. New York: New York University Press, 2013.

[37] Dissenting opinion of judge Bonello, in *Anguelova* v. *Bulgaria* (2002) 38 EHRR 31 [O-13].

Alongside other critical theories, then, *Disability Studies* criticise the notion of equality "by approximation", which on the one hand expands the number of subjects who are granted protection and full social participation, but on the other hand is used by dominant groups to maintain the *status quo*, as the goals to pursue and the structure of society itself are *determined* by its most powerful members. The inevitable consequence of this operation has been the positive evaluation of certain characteristics and the discredit of the opposite ones: as a matter of fact, the point of view of a dominant group has been taken as the standard for point-of-viewlessness, effectively turning the particular into the universal[38]. Writing about the (somewhat similar) condition of women, Catharine MacKinnon observed:

> Under the sameness standard, women are measured according to our correspondence with man, our equality judged by our proximity to his measure. Under the difference standard, we are measured according to our lack of correspondence with him, our womanhood judged by our distance from his measure[39].

A similar argument may be made by those belonging to other excluded groups: the individuals who are *already* included, the falsely abstract subjects that are the concrete holders of power within society, establish *what is the meaning* of difference, *which differences* matter, and in relation to *which qualifying aspect*. The included, in fact, become *the* parameter for equality and for the creation of a society that is functional to their own requirements.

With a specific focus on disability, in *Frontiers of Justice* Martha Nussbaum suggests that this opposition comes into being right when the fundamental principles of society are established, through the unjustified merging of the subject establishing said principles and the subject who benefits from them. In other words, the reference standard is represented by the able-bodied, who define the fundamental principles of society. These principles are then somehow adapted, as far as possible, to the needs of the disabled[40].

This critique could be taken to the extreme by taking into account the postmodern interpretations, that challenge the very power of definition and classification held by the dominant group: if the able-bodied are the ones who establish what is "normal" in a specific historical and geographical contest, then it is their action – rather than the deficit in itself – that constitutes the

[38] Cfr. MACKINNON, Catharine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 182.

[39] MACKINNON, Catharine. **Are women human? And Other International Dialogues**, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 34; ZANETTI, Gianfrancesco. **Amicizia, felicità diritto**. Roma: Carocci, 1998.

[40] NUSSBAUM, Martha C. **Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 16.

basis for identifying the various types of disability. The disability, therefore, will be more or less serious according to a parameter (that of normality) that varies in space and time and, most importantly, far from being objective, is the result of a power held at the social level. This clearly shows the normalising effect of the power to define, as well as that of the concept of "normality" itself.

However, while this operation is undoubtedly effective from a symbolic and cultural point of view (the example of the *freak shows* is particularly fitting), it is problematic from a juridical standpoint. In fact, such a radical criticism ends up denying the very existence of a deficit in the individual. If we assume that physical limitation is a universal aspect of the human condition, which allows to differentiate individuals only based on the degree of their limitations, we may conclude that every individual has a deficit, to some extent, and that the notion itself of "persons with disabilities" is meaningless and should not even exist, because all individuals are, somehow, disabled. This reasoning, however, seems to deny the concept that is at the heart of struggles for civil rights, whose goal is precisely the public affirmation of the full dignity of persons with disabilities. From an ontological point of view, there *is* a deficit, and the fundamental issue is not its universalization, which would end up denying its existence, but its public recognition. The public recognition of disability emphasises the need to urgently acknowledge the requests of persons with disabilities as a matter of social justice, rather than the object of a paternalistic benevolence on part of the included, in the name of a solidarity that can no longer be thought of exclusively in moral terms[41].

It must be stated explicitly that disabled persons are in a position of *structural disadvantage* within society *because* of the difference generated by their impairment, which puts them in a worse position compared to able-bodied individuals. Only by doing this, will we be able to claim those rights that guarantee a real and full equality. In fact, when a difference that has been traditionally ignored or discriminated against is reclaimed as a value, it can gain the respect that is the foundation of its protection and juridical dignity[42].

The attention to socio-cultural aspects, in their pre-juridical dimension, is the necessary prerequisite for obtaining equal rights. The mechanism that leads to the overlapping of the

[41] On the concept of solidarity and its juridical relevance, see PASTORE, Baldassare. **Pluralismo, fiducia, solidarietà: questioni di filosofia del diritto**. Roma: Carocci, 2007, p. 109-138.

[42] Cfr. FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**, vol. I. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 801.

parameter of equality with either pole of the egalitarian relation, and ends up turning equality into an absolute concept – as pointed out by MacKinnon – comes into play at the social level. Equality, in other words, turns into *sameness*, that is to say an equality that assimilates. In this context, any deviations from the paradigm automatically lead to a devaluation of diversity, first on a social and then on a juridical level. Following this logic, equality and difference take on a surreptitiously "evaluative"[43] meaning. According to this reasoning, discrimination consists in the explicit exclusion of certain subjects from enjoying the rights and benefits of those who belong to a specific political community.

This mechanism can be applied to disability: the standard notion of difference allows to evaluate how much each type of disability deviates from the norm. In this perspective, disability turns into a non-ability, which can be mistaken for a non-normality. The latter, in turn, translates into a lack of normality and is then judged according to its deviation from able-bodied standards. When describing disability, for example, Tristam Engelhardt stated that «[t]o see a phenomenon as [...] a disability is to see something wrong with it»[44]. The term "wrong", which may appear not to constitute an evaluation in itself, in fact seems to represent a confusion between the descriptive and the evaluative dimension of equality denounced by critical theories and in particular by legal feminism.

However, at the same time, the evaluative difference may be intended as a peculiar characteristic and, as such, become an essential element of the claims of identity groups[45]. This would also lead to the juridical recognition of oppression, as

> recognising the value of differences does not imply a rejection of equality, but rather demands that it is taken seriously. In the name of the equality of fundamental rights, this process requires that the *oppression* of individuals and groups be fought; that oppression, as well as discrimination – or rather, oppression *instead of* discrimination – be considered as a violation of the juridical principle of equality[46].

4. IMAGINATION AND POWER: CHALLENGES FOR THE NEXT MILLENNIUM

The above considerations are at the heart of the most crucial challenges for the law of the third-millennium, which has to deal with this kind of oppression. Oppression should be

[43] GIANFORMAGGIO, Letizia. **Eguaglianza, donne e diritto**. Edited by FACCHI, Alessandra, FARALLI, Carla, PITCH, Tamar. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 37-39, 92-93.

[44] ENGELHARDT, H. Tristam. **The Foundations of Bioethics**. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 197.

[45] GIANFORMAGGIO, Letizia. **Eguaglianza, donne e diritto**, p. 204.

[46] GIANFORMAGGIO, Letizia. **Eguaglianza, donne e diritto**, p. 90 (my translation).

conceptualised in juridical terms, and should also be eradicated through the law. Law, therefore, should undergo a radical transformation, in order to rid itself of the assimilationist legacy of liberal thought.

It is important to note that oppression is no longer about the unified and unifying self Calvino referred to, and which he thought to be almost impossible to overcome. Instead, it refers to a multiplicity of "not-yet-fully-subjects" who, through *their own* voice, claim for themselves the right to be present, and with it, the enjoyment of the fundamental rights.

This is the meaning behind the claims that persons with disabilities have been making for a few decades now. These individuals want to be able to actively *rewrite* part of the principles and rules of society itself, in order to achieve full social participation on the basis of equality with those who are already included.

What is at stake, here, is the very meaning of inclusion or, in other words, the process whereby those who are currently excluded may recover their dignity. This can only happen if new needs emerging on a social level are taken into consideration, by establishing a «new balance of power»[47] that goes beyond formal equality. This means that third-millennium societies have to deal with, and assign value to, pluralism. Maybe, after the advent of postmodernism, not all the people agree with the idea that pluralism concerns the existence of multiple identities. However, it is now widely acknowledged the existence of a pluralism of "other" subjectivities. This awareness has thus determined the decline of the traditional subject (the solipsistic ego of liberalism) and stressed the inability of «coherent liberalism»[48] to acknowledge the claims of excluded groups.

In this process, law plays (and will presumably increasingly play) a key role in guiding the transition to an equal (juridical) value of differences. And this challenge will only be met once, in the field of law as well as the in societal realm, the importance of the power of imagination – or better, the «imagination in power»[49] – will be recognised and implemented.

---

[47] GRIFFO, Giampiero. Persone con disabilità e diritti umani. In: CASADEI, Thomas (eds.). **Diritti umani e soggetti vulnerabili**. Torino: Giappichelli, 2012, p. 143-163, 150. If positions are to be "rebalanced", this means that there is an asymmetry of power. The relations between people with disabilities and those without disabilities, then, are perceived in terms of subordination and domination. See also Ruth Colker, who applies MacKinnon's anti-subordination perspective to disability: COLKER, Ruth. **When is Separate Unequal? A Disability Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2009.

[48] On the «coherent liberalism», and on the analytic inconsistency of the evaluative notions of equality and difference, see COMANDUCCI, Paolo. Le ragioni dell'egualitarismo. **Ragion Pratica**, Bologna, vol. 27, 2006, p. 387-398.

[49] JAGGAR, Alison. L'*Imagination au Pouvoir*: Comparing John Rawls's Method of Ideal Theory with Iris Marion Young's Method of Critical Theory. In: TESSMAN, Linda (ed.). **Feminist Ethics and Social and Political Philosophy: Theorizing the Non-Ideal**, Dordrecht: Springer, 2009, p. 59-66.

TRADITIO CANONICA E TRADIZIONE GIURIDICA

Lorenzo Cavalaglio[1]

1. TRADIZIONE E DIRITTO CANONICO

L'argomento della "molteplicità" può essere letto sia quale rapporto, necessario più che soltanto possibile, tra i diversi ordinamenti, sia quale elemento essenziale dello sviluppo storico e sistematico di un'esperienza giuridica. In tale prospettiva, intendiamo quindi illustrare l'essenziale contributo che la tradizione canonica ha apportato e tuttora apporta al diritto, muovendo comunque dal ruolo fondamentale che essa continua a esercitare all'interno del sistema giuridico ecclesiale.

Cercheremo di valutare se la *traditio canonica* possa essere in senso proprio definita quale "tradizione giuridica", in quali termini si rapporti alle tradizioni giuridiche esistenti e, soprattutto, se e come possa ancor'oggi rappresentare un modello e assumere non soltanto un valore teorico (o, al più, storico), ma giocare un più vasto ruolo sia all'interno della riflessione canonistica, sia quale strumento di confronto con altri ordinamenti.

Verrà così indirettamente confermato un assunto di fondo, riguardante il ruolo dell'ordinamento canonico in rapporto alla storia e all'interpretazione dei sistemi giuridici: ovvero, l'esistenza di un imprescindibile rapporto di mutuo e costante arricchimento tra esso e la cultura giuridica in generale. Da un lato, infatti, l'importanza del diritto canonico per le esperienze giuridiche contemporanee non risiede soltanto nei contenuti concreti che esso ha storicamente fornito ai diversi sistemi, ma nella possibilità di costituire tuttora un modello integrato di scienza e prassi, di regole e flessibilità delle medesime utilissimo per superare l'ancoraggio "legalistico" degli ordinamenti statali[2]. Dall'altro, tale relazione impedisce, pur nella sottolineatura della peculiarità del diritto canonico (corretta, per molti versi: poiché dovuta all'imprescindibile natura gerarchica

[1] Professore nella Pontificia Università Lateranense di Roma.

[2] GROSSI, Paolo. **Diritto canonico e cultura giuridica**, in FANTAPPIÉ, Carlo (cur.).**Scritti canonistici**, Milano, Giuffré, Milano, 2013, p. 233 si sofferma su un punto che definisce "storicamente rilevantissimo: il diritto canonico come contributo cospicuo alla creazione di una mentalità giuridica […] il diritto canonico non è solo un ammasso di regole e di cànoni; è, innanzi tutto, una certa mentalità giuridica che, in quanto tipicissima e peculiarissima, in quanto sprovvedutamente costruita da scienza e prassi, in quanto capillarmente assorbita nella lunga durata, gènera incisivi influssi proprio a livello di mentalità ben oltre i confini della comunità ecclesiale".

dell'ordinamento ecclesiale e alla sua fondamentale eterodeterminazione), di affermarne una presunta differenza *ontologica*: al contrario, ne conferma l'essenza rigorosamente *giuridica*, portato di una complessa evoluzione storica e di un'innegabile "contaminazione" sistematica[3].

Non può dimenticarsi, infatti, che la *traditio canonica* si è formata e vive nel costante rapporto con le altre esperienze giuridiche (dalla sua prima formazione nell'ambito del sistema istituzionale romano, all'epoca mirabile del *ius commune*, alla moderna e variegata contrapposizione con le pretese egemoniche dei diritti nazionali, fino all'età della codificazione): in ciò non solo mutuando, in una relazione che è sempre stata biunivoca, istituti, nozioni, mentalità[4], ma contribuendo in modo decisivo allo sviluppo dei grandi sistemi contemporanei e costituendo, in definitiva, "un lièvito per tutta la civiltà occidentale"[5].

Non vogliamo tuttavia attardarci in una dettagliata analisi dei diversi istituti giuridici nei quali può rintracciarsi l'influsso del diritto canonico, poiché – come è facile comprendere - sarebbe un compito improbo e certamente non dimensionato a queste note. Piuttosto, dopo aver preso le mosse dal dato normativo, verificheremo il significato della locuzione "tradizione canonica" sia nello specifico ambito del diritto della Chiesa, sia rispetto alla più generale nozione di "tradizione giuridica". In entrambi i casi, poi, tale raffronto porterà all'esame di due possibili declinazioni del concetto, dalla natura e portata nettamente differenti.

Nel diritto canonico, infatti, con il termine "tradizione" ci si può riferire, per quanto qui interessa: in senso generale, alla *Tradizione* della Chiesa, elemento imprescindibile della sua natura e primario fondamento (accanto alla Scrittura) del deposito eterno della Fede, così come viene interpretato e adattato dal Magistero; oppure, alla tradizione *giuridica* della Chiesa stessa, la quale nel diritto e nella sua evoluzione storica trova un essenziale complemento della sua (necessaria) forma sociale.

Secondo una recente, icastica definizione, infatti, la tradizione canonica consiste nel "modo con cui il diritto canonico, organizzando la vita e l'attività della Chiesa, è stato interpretato

[3] PASSICOS, Jean. Droit canonique et droit comparé aujourd'hui. Renouvellement d'une problématique?, in **Revue international de droit comparé**, 33 (1981), p. 30, il quale afferma che "la science comparative montrera comment le droit canonique fait appel aux notions fondamentales de tout droit et comment il les adapte à ses propres finalités […] Par la science comparative, l'originalité des systèmes apparaîtra dans toute sa dynamique, tandis que l'on évitera les confusions regrettables pour tous ou les trop grands écarts qui rejetteraient en définitive le droit canonique loin du domaine juridique".

[4] L'incidenza del diritto laico sul sistema canonico non è affatto trascurabile, come nota PASSICOS, Jean. Droit canonique et droit comparé aujourd'hui. Renouvellement d'une problématique?, p. 26: "l'influence du droit civil sur le droit canonique est indéniable. On la rencontre principalement dans le domaine des solutions d'ordre technique, mais aussi sur le plan des principes (la technique est rarement neutre!) qui régissent les institutions".

[5] GROSSI, Paolo. **Diritto canonico e cultura giuridica**, p. 232.

(autorità), commentato (dottrina) e applicato (prassi) nel corso dei secoli"[6]. A tale nozione il Codice vigente si richiama espressamente nel can. 6, § 2, affermando che i canoni, "nella misura in cui riportano il diritto antico, sono da valutarsi tenuto conto anche della tradizione canonica": ad essa, quindi, deve aversi riguardo nell'interpretazione e applicazione delle leggi che abbiano un contenuto o riguardino una materia già noti al *ius vetus*.

La tradizione canonica, tuttavia, essendo appunto tradizione giuridica, può e deve essere analizzata in altri due ambiti, per così dire "esterni"(o comunque non confinati) all'ambito ecclesiale: uno più specialistico, proprio specialmente del diritto comparato, più o meno coincidente con quello di *esperienza*(o cultura) giuridica, accanto ad altre con le quali è stata e tuttora si trova in stretta relazione e reciproca influenza; l'altro, più ampio e ascrivibile alla teoria generale, del diritto *come* (e in quanto) tradizione, alla quale è costantemente e necessariamente rimandato l'interprete.

Ci muoveremo pertanto secondo questa scansione argomentativa, dalla quale risulterà non solo la conferma di una profonda connessione dei quattro momenti, ma altresì la reciproca giustificazione delle diverse accezioni e prospettive nelle quali la complessa nozione di *traditio canonica* può essere compresa e utilizzata.

2. LA TRADIZIONE NELLA STORIA DELLA CHIESA, TRA *DEPOSITUM FIDEI* E *POTESTAS MAGISTERII*

Il concetto di "tradizione", inteso come complesso di norme (etiche, politiche, giuridiche, religiose o anche solo comportamentali) tramandate[7], alle quali un gruppo sociale si riferisce attribuendogli un carattere più o meno vincolante, può certamente essere definito una costante antropologica[8]: essa tuttavia, pur non discostandosi comunque da tale sostrato oggettivo, assume

[6]VALDRINI, Patrick. **Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983**, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2013, p. 297.

[7] E' noto che l'origine della nozione sia da rintracciare nel termine greco "paràdosis", trasmissione, derivante dal verbo "paradìdonai", trasmettere. Secondo GLENN, H. PATRICK. La tradition juridique nationale, in ***Revue international de droit comparé***, 55 (2003) 2, p. 271, tuttavia, andrebbe comunque specificata la distinzione tra la tradizione e la *traditio*, ovvero la sua trasmissione : "la tradition, c'est donc ce qui nous vient du passé et ce serait une confusion néfaste, malgré l'étymologie du mot, de la confondre avec le processus de *traditio*, qui n'est que la transmission de la tradition, ou avec l'action contemporaine aussi 'traditionnelle' qu'elle pourrai l'être".

[8]Secondo GLENN, H. PATRICK. La tradition juridique nationale, p. 271, infatti, "on ne peut pas éliminer la tradition comme phénomène parce que, dans sa forme générale, elle n'est autre chose que la mémoire humaine", tanto che "le monde humaine sans tradition, sans mémoire et sans record des accomplissements des ancêtres, serait un monde animal". Addirittura KRONMAN, Anthony Townsend. Precedent and Tradition, in **Yale Law Journal**, 99 (1990), p. 1065 la individua quale carattere distintivo dell'umanità, poichè "only human beings inhabit the world of culture, and so only they can realize this special, individual-preserving form of immortality. But by the same token, as inhabitants of the world, only they are subject to the obligation to keep it up, and only they are linked, across the generations in joint projects of culture-building – together these

un particolare rilievo e un peculiare significato nella dottrina cattolica, poiché costituisce, assieme alla Scrittura, una delle due fonti della Rivelazione divina[9].

Da un punto di vista storico, quindi, può dirsi che la Tradizione cattolica inizia con la Chiesa stessa: inizialmente, anzi, essa *coincide* proprio con l'insegnamento dato da Cristo ai suoi discepoli e da questi, attraverso la successione apostolica, trasmesso di generazione in generazione. Fin da principio, però, la tradizione non è costituita solo da un patrimonio di verità, ma anche da precetti morali, liturgici e di governo, tra i quali è bene sceverare in ordine alla natura e importanza: la dottrina più risalente, infatti, soleva distinguere tra Tradizione divina, apostolica ed ecclesiastica, attribuendo alle diverse categorie un differente grado di vincolatività. E' questo uno dei motivi, assieme alla sua portata universale (sia dal punto di vista spaziale, sia temporale), per i quali il concetto di Tradizione non si presenta mai univoco, ma in concreto assume sempre diverse configurazioni.

Non è questa la sede, tuttavia, per un'approfondita analisi dello sviluppo della nozione e, soprattutto, dei suoi controversi rapporti con la Scrittura nella definizione e trasmissione delle verità rivelate. Si può comunque sottolineare, all'interno della definizione del contenuto della Tradizione, un progressivo slittamento verso un'impostazione "autoritativa": esso, rappresentando un fondamentale parallelo con lo sviluppo che si è avuto in ambito giuridico, assume pertanto decisiva importanza per il concetto di *traditio canonica*.

E' essenziale notare che in tale processo un ruolo fondamentale è giocato non solo dalla sempre maggiore coscienza (comunque *giuridica*, oltre che teologica e politica) del proprio ruolo di governo maturata dalla Sede apostolica, ma precisamente dallo sviluppo (anche qui, *giuridico*) della sua autorità sulla cristianità e le sue istituzioni: nonché, più specificamente, dall'evoluzione degli studi giuridici in generale e canonistici in particolare, che a tale cambiamento diedero, se non la spinta iniziale, sicuramente la base teorica e pratica successiva. Si può quindi sostenere che il rinascimento del diritto romano prima e il raffinato approfondimento dei canonisti poi hanno contribuito a determinare una nuova concezione dell'autorità sovrana, che si poteva tranquillamente (e anzi, si voleva fortemente) applicare alla Chiesa e al Papa: dal XIV secolo in poi, infatti, e soprattutto a partire dalla metà del XV secolo la canonistica arriva ad assumere, in

---

define the world of culture, a uniquely human world in which neither gods nor animals appear".

[9] "Che è il complesso delle verità da Dio comunicate agli uomini in ordine alla loro santificazione e alla loro vita eterna e tesoreggiate dalla Chiesa come il 'deposito della Fede'": così DELLA ROCCA, Fernando. **Tradizione (diritto canonico)**, in ***Novissimo Digesto Italiano***, Vol. XIX, Torino, UTET, 1973, p. 469, n. 2.

coincidenza con l'affermazione del centralismo romano, addirittura una preminenza sulla teologia nella corrente configurazione teorica della Chiesa (secondo una prospettiva non a caso tacciata in seguito di "giuridismo")[10].

Non può allora non notarsi in tale evoluzione (non solo, ma) fondamentalmente *giuridica* del concetto di Tradizione, che arriva nel XIX secolo a configurare un vero e proprio "potere" di magistero (*potestas magisterii*) attivo nella definizione dogmatica e nella corretta formulazione della dottrina cattolica, una traslazione simmetrica (pur nell'ovvia diversità dei piani) a quella avvenuta poi in ambito canonico con la codificazione: da un lato, si passa dall'oggettività del *depositum fidei* alla soggettività (intrinsecamente, o meglio essenzialmente *autoritativa*) del Magistero, dall'altro si risponde all'esigenza di chiarezza normativa e certezza giuridica con l'accentramento e la semplificazione (anch'essa, fortemente e necessariamente *autoritativa*) del *Codex*[11].

In entrambi i casi, alla tradizione oggettiva, diffusa (ma *non* incerta), commentata e insegnata in modo *plurale* (dai dottori, dalle assemblee, dalle facoltà, dai principi in accordo o in conflitto con i Papi e i Vescovi) si sostituisce la norma, semplificatrice e autoritativa (ove non direttamente autoritaria), del magistero in un settore e del codice (e dei suoi esegeti) nell'altro. Le motivazioni, ovviamente, sono diverse e anche i tempi non coincidono perfettamente: tuttavia, è interessante notare che nel lungo periodo il fenomeno si presenta con caratteristiche *sostanzialmente* assai simili nei due ambiti, costituendo al contempo la reazione difensiva della Chiesa di fronte all'arrembante modernità e la sintesi dell'incontro con essa[12].

---

[10] Rilevano OURLIAC, Paul – GILLES, Henri. **La période post-classique (1378-1500), I, La problématique de l'époque. Les sources**, in LE BRAS, Gabriel (cur.). **Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident**, Tome XIII, Paris, Cujas, 1971, p. 54 ss. che "après 1440, les canonistes rivalisent avec les théologiens et même les devancent […] Ils élaborent, émondent, unifient les principles, découvrent les formules simples et fortes qui servent l'autorité et façonnent la société ecclésiastique de façon à en faire leur oeuvre – une oeuvre qui appellera dans la plénitude de son développement la reproche de 'juridisme'". La rilevanza centrale del diritto e in genere del pensiero giuridico nell'epoca è notata anche in ambiti diversi: affermano GREENBERG, Janelle - SECHLER, Martin J. Constitutionalism Ancient and Early Modern: The Contributions of Roman Law, Canon Law, and English Common Law, in **Cardozo Law Review**, 34 (2013), p. 1023 che nel medioevo occidentale "Roman lawyers, canon lawyers, and English common lawyers thought and wrote about the nature of power and authority. Often motivated by jurisdictional disputes between the papacy and secular rulers and secular rulers and their magnates, the educated elites forged their political ideas from legal materials and expressed them in legal languages".

[11] Quello del 1917, ricorda GROSSI, Paolo. **Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)**, in FANTAPPIÉ, Carlo (cur.). **Scritti canonistici**, Milano, Giuffré, 2013, p. 263, "come risulta chiarissimo anche a una frettolosa scorsa della sua articolazione, è il Codice segnato da un sentimento di paura e da una necessità di difesa. Questa la si ottenne in un duplice modo: sotto il profilo dei contenuti, assommando tutti i poteri nella Sacra Gerarchia e confermando l'*ordo sacer* a pilastro fondante; sotto il profilo formale, affidandosi al Codice come alla fonte che – più di ogni altra – era in grado di garantire il controllo su un edificio giuridico divenuto oramai non solo virtualmente ma effettivamente universale".

[12] Nota GROSSI, Paolo. **Chiesa romana e modernità giuridica (a proposito di un'opera recentissima di Carlo Fantappié**, in FANTAPPIÉ, Carlo (cur.). **Scritti canonistici**, Milano, Giuffré, 2013, p. 296-297 che "è avvenuto, nei secoli della piena modernità

Vedremo quanto tale duplice passaggio, non privo di reciproche connessioni, abbia inciso sulla natura e la (attuale) operatività della tradizione canonica.

3. LA TRADIZIONE CANONICA NEL PASSAGGIO DAL CIC 1917 AL CIC 1983

Nel binomio "tradizione canonica" il primo dei due termini si inserisce appieno nella più ampia nozione di Tradizione appena esaminata, mentre il secondo definisce l'ambito nel quale, da un punto di vista sia contenutistico che metodologico, debba essere inteso il richiamo all'eredità storica della Chiesa: un oggetto strettamente *giuridico*, appunto, afferente al complesso di principi e istituti che, nella continuità dello sviluppo della Chiesa stessa, ne hanno caratterizzato e determinato la comprensione in ambito canonico. Sarebbe errato, tuttavia, pensare che l'accostamento dei due termini determini soltanto un rapporto da *genus* (la Tradizione) a *species* (il diritto canonico): in realtà le due nozioni si determinano reciprocamente, in una mutua relazione di significato che ne specifica in modo indissolubile la portata corrispettiva. Da un lato, come è evidente, è solo la tradizione "canonica" a dover essere presa in considerazione, ovvero quella determinata in relazione all'ordinamento giuridico della Chiesa, alla sua applicazione e interpretazione; dall'altro, nell'ambito del patrimonio consegnato all'interprete dai secoli di sviluppo del sistema canonistico, solo i contenuti (norme, principi, prassi) che siano conformi a una costante applicazione, ovvero conformi a una condivisa "tradizione", possono costituire criterio ermeneutico ai sensi del can. 6, § 2 del CIC 1983.

Invero, la disciplina positiva relativa al rapporto tra la tradizione canonica e la disciplina vigente era molto più articolata nel can. 6 del Codice del 1917, che (pur non usando il termine di *traditio*) prevedeva tre diverse fattispecie, conseguenti al principio generale secondo il quale il Codice, salve opportune innovazioni, riportava la disciplina fino ad allora vigente. A questa chiara premessa si aggiungeva una specifica disciplina per i canoni che riportavano integralmente il *ius vetus*, i quali andavano letti secondo l'autorità di questo, nonché ai sensi dell'interpretazione datane da *probati auctores*, quindi si precisava che ove i canoni solo in parte coincidessero con le norme precedenti fossero da valutare *ex iure antiquo* solo per quella parte, infine si affermava che

che vanno dal Cinquecento ai primi del Novecento, l'incontro/scontro fra la Chiesa Romana e, appunto, la modernità con le sue scelte novatrici, le sue invenzioni politico-giuridiche, il suo statalismo, il suo legalismo […] al di sotto dello scontro – che è appariscente e che è violento – v'è un processo storico – che è, invece, sotterraneo, che non è vistoso, che è però sottilmente pervasivo – di assorbimento delle impostazioni moderne all'interno dell'ordinamento giuridico canonico, con il risultato di alterare parecchio il tradizionale modo di concepire il diritto entro i confini della Chiesa Romana".

nel caso di dubbio sulla discordanza non bisognasse comunque discostarsi dal diritto previgente.

Emergeva insomma in modo netto dal canone la volontà, peraltro diffusa in tutto il sistema, di non creare attraverso la codificazione un nuovo ordinamento dal punto di vista sostanziale, bensì semplicemente di riordinare secondo criteri moderni l'immensa mole di materiale giuridico, di diversa provenienza e varia autorevolezza, appartenente alla tradizione: l'interpretazione, quindi, nei (moltissimi) casi in cui la norma del Codice era sostanzialmente riproduttiva del *ius vetus*, doveva avvenire secondo la tradizione canonica o secondo la spiegazione datane dai *probati auctores*.

La finalità del CIC 1983 è profondamente diversa e coincide piuttosto con uno scopo decisamente innovativo e attuativo delle direttive del Concilio Vaticano II.

La nuova formulazione del can. 6 traduce tali proposte in una formulazione che si distacca nettamente dalla previgente normativa: a partire dalla novità più evidente, l'introduzione della locuzione "*traditio canonica*" (mai comparsa fino al CIC 1983), fino alle modifiche apparentemente secondarie, ma in realtà decisive. Ad esempio, la presenza della particella "*etiam*", volta a sottolineare come il richiamo all'esperienza giuridica pregressa non possa costituire un criterio di interpretazione esclusivo, o l'espressione "quatenus ius vetus referunt", implicita limitazione attraverso la quale si manifesta l'impostazione generale del CIC 1983, che non presume più il mantenimento del diritto previgente, ma al contrario lo prende in considerazione soltanto in caso di richiamo (formale o, più spesso, sostanziale) nei canoni attuali.

4. LA TRADIZIONE CANONICA COME TRADIZIONE GIURIDICA

Ovviamente, però, il più importante dei termini contenuti nel can. 6 è quello di "traditio canonica". Abbiamo già visto come nell'alveo della Tradizione della Chiesa possano individuarsi contenuti differenti, sia per materia, sia per vincolatività: all'interno della tradizione "ecclesiastica" in senso stretto, ovvero delle norme che riguardano la disciplina della Chiesa, si distinguono pertanto un complesso di istituti, disposizioni, pronunce, opinioni che hanno contribuito alla costruzione dell'ordinamento ecclesiale e, in larga parte, continuano a regolarlo. Essi, inoltre, rappresentando il risultato del secolare sviluppo della canonistica, non solo coincidono con l'eredità giuridica riconosciuta dalla Chiesa, ma ne determinano tuttora l'applicazione e ne guidano l'evoluzione.

In ciò risiede il tratto principale del ruolo svolto dalla *traditio canonica* per il giurista contemporaneo. Essa di certo non prescinde dal dato positivo, ma al contempo ne travalica i confini, altrimenti troppo rigorosi: attraverso il suo stretto legame con la Tradizione, però, essa viene a costituire al contempo un presidio per l'*interpretazione* delle disposizioni esistenti e un limite per l'*integrazione* di esse, che il dottore e il pratico possono (e devono necessariamente) elaborare e proporre solo nel quadro dei principi fondamentali dell'ordinamento della Chiesa.

Il criterio di selezione della *traditio canonica* non è comunque *formale*, ovvero non attiene a una particolare attività di promulgazione o "riconoscimento" da parte dell'autorità, ma *oggettivo*: i principi fondamentali della Chiesa, quelli generali di diritto (le *Regulae iuris*, ad es.), istituti e nozioni ineliminabili dell'ordinamento giuridico canonico (il principio gerarchico, la necessità di un libero consenso nel matrimonio, etc.) ne fanno certamente parte a pieno titolo, mentre norme, figure e soluzioni a carattere effimero o contingente, così come disposizioni espressamente abrogate, derogate o completamente modificate vi sono indubbiamente estranee.

In ogni caso, nella definizione del contenuto della *canonica traditio* sono da tener presenti due elementi: 1) la stretta connessione tra i contenuti giuridici della tradizione canonica e il momento storico nel quale non solo appaiono, si impongono e iniziano ad essere trasmessi, ma soprattutto nel quale vengono "percepiti" come tradizione e (quindi) "recepiti"; 2) conseguentemente, il possibile ruolo di previo indirizzo e, per alcuni versi, di selezione operato dalla legislazione (quindi, in ultima analisi, dall'autorità) nel decidere lo spazio operativo riservato alla tradizione stessa.

Sotto il primo profilo, è evidente che la tradizione canonica (in realtà, *ogni* tradizione giuridica) diviene tale e spiega il suo effetto sull'applicazione, elaborazione e interpretazione del diritto attraverso una valutazione effettuata *ex post*, fondata non solo sulla *continuità* di determinate soluzioni, ma anche sulla loro ampia *condivisione* nella scienza e nella prassi. Un istituto poco diffuso, un indirizzo giurisprudenziale isolato, una ricostruzione interpretativa o un'elaborazione teorica anche brillante, ma non accolta dalla maggioranza degli studiosi, non dovranno essere considerati "tradizionali", nonostante possano essere sembrati al loro apparire razionali, innovativi o anche funzionali per la soluzione di determinati problemi: il successivo sviluppo della tradizione canonica ha percorso altre strade, non sono stati determinanti nella sua progressiva evoluzione e, pertanto, non possono *a posteriori* essere considerati parte di essa.

Si può così meglio comprendere come l'ordinamento della Chiesa risulti frutto di uno

sviluppo plurisecolare di riflessione dottrinale, giurisprudenziale e istituzionale, dal quale l'attuale configurazione "positiva" non può prescindere: l'intima correlazione tra il sistema canonico e il proprio passato discende direttamente, infatti, dalla sua natura di *tradizione giuridica*.

Ora, sebbene alcune esperienze (nella specie, quelle di *Civil Law*) tendano in misura maggiore di altre (in particolare, quelle di *Common Law*) a segnare periodicamente, attraverso la novità legislativa, una cesura con il sistema normativo fino a quel momento vigente, può dirsi invero che ogni ordinamento (quello canonistico, come quelli nazionali) costituisca *in sé* una tradizione giuridica: non soltanto, cioè, un ordinato complesso di regole e istituti, ma un complicato insieme di fattori storici, sociali, politici, financo antropologici che lo connotano essenzialmente quale prodotto *culturale* nel senso più ampio del termine[13].

Naturalmente, bisogna al contempo rilevare che il diritto, pur potendo sicuramente essere considerato alla stregua di un fatto culturale, "diversamente da questo, sia in grado di produrre di effetti ulteriori – costitutivi e distributivi – capaci di incidere pervasivamente sulle esistenze dei singoli"[14]: il ruolo delle norme, infatti, è anche (anzi, è soprattutto) di ordinamento positivo delle relazioni sociali in un rapporto di reciproca implicazione, più che di passiva subordinazione.

In tale prospettiva si può intendere come, attraverso la nozione di "tradizione giuridica", l'ordinamento canonico manifesti chiaramente la sua natura, che è allo stesso tempo quella di un apparato normativo positivo e appunto di un fatto "culturale": in pratica, una tradizione *vivente*, ancorata alle peculiarità che le derivano dalla propria storia e comunque commensurabile, in quanto appunto essa stessa mezzo di *trasmissione* culturale, alle altre esperienze giuridiche con le quali è entrata in relazione in passato o viene ora messa a confronto (è cioè "comparata").

La tradizione (anche, anzi soprattutto quella giuridica) costituisce infatti il più diffuso modo di selezione e trasmissione delle informazioni socialmente rilevanti: non può allora disconoscersi che la possibilità di una sua comparazione con altre tradizioni è intrinsecamente connessa al suo sviluppo e funzionamento. Da tale confronto essa non esce ridotta o snaturata, ma al contrario

[13] Secondo una notissima definizione, ora in MERRYMAN, John Henry - PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**, 3rd ed., Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 2, "a legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of the law, about the role of law in the society and the policy, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective".

[14] Così MARINI, Giovanni. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione, p. 7, in www.comparazionedirittocivile.it. Accesso effettuato il 19 dicembre 2014.

rafforzata nei suoi presupposti e nella sua stessa operatività: un'esperienza giuridica, infatti, non può essere pensata quale sistema in sé conchiuso, impermeabile ai rapporti e alle reciproche influenze con altri ordinamenti, ma, proprio in quanto tradizione vivente, consiste in una modalità di trasmissione e riproduzione di informazioni normative che nel suo stesso formarsi e nel dialogo con altre tradizioni si modella, si affina e si perpetua.

La tradizione canonica, in quanto tradizione giuridica, è quindi *normativa*, fondandosi su un processo di selezione delle informazioni, delle nozioni e delle modalità operative che vengono trasmesse, ma al contempo *complessa*, per sua natura polivalente perché aperta ad integrazioni eterogenee: tale intrinseca complessità non può essere negata, anzi consente di valutare anche nel diritto canonico quanto pesi, nella costruzione di un sistema giuridico, il condizionamento dei fattori culturali, politici e sociali che ne determinano le caratteristiche, differenziandolo dagli altri.

5. LA TRADIZIONE CANONICA COME CRITERIO ERMENEUTICO

Il processo di formazione della tradizione canonica, però, si può anche incontrare con l'intervento più o meno ampio dell'autorità. Da un punto di vista pratico, ciò è particolarmente evidente in una fase in cui il legislatore intende promuovere un rinnovamento dell'ordinamento, come è avvenuto con l'introduzione del nuovo Codice. Pur non potendo incidere sui principi fondamentali del diritto, infatti, il CIC 1983 costituisce comunque un tentativo di adeguamento dell'intera disciplina giuridica della Chiesa alla nuova immagine fornita dal Concilio Vaticano II: anzitutto, cercando in generale di superare anche nell'assetto normativo il quadro ecclesiologico che era stato riassunto nella codificazione pio-benedettina, quindi, sul piano positivo, modificando profondamente i criteri ermeneutici adottati dal vecchio codice in rapporto al *ius vetus*.

Il nuovo can. 6, infatti, non solo afferma che i canoni debbono essere valutati *anche* con riferimento alla *canonica traditio*, ma con l'assenza di una qualunque presunzione a favore della continuità del diritto impone, di fronte a una norma (codicistica) dubbia, anzitutto di valutare *se e in che misura* essa faccia in qualche modo riferimento al diritto previgente. L'importanza fondamentale della tradizione canonica, quindi, può cogliersi soltanto in una prospettiva sostanziale più ampia, ovvero attraverso l'imprescindibile considerazione del diritto ecclesiale nell'ambito della Tradizione.

Il rinnovamento perseguito dal CIC 1983 non può infatti (e non intende, in effetti) in alcun

modo prescindere dalla tradizione giuridica e legislativa della Chiesa stessa, a sua volta parte irrinunciabile della Tradizione medesima e da questa essenzialmente determinata: il codice, anzi, con il richiamo alla *canonica traditio* sancisce espressamente la naturale collocazione della norma canonica nella storia e, al contempo, l'intrinseca continuità del diritto canonico. Come ogni ordinamento, in quanto "tradizione giuridica", esso vive un'intrinseca tensione tra la conservazione della propria identità e il necessario adattamento alle circostanze, ma *più* che in ogni altro ordinamento tale ricerca di equilibrio è imposta al sistema canonico dalla sua caratteristica di diritto *ecclesiale*, incentrato su una fondamentale dimensione storica e ancorato, proprio attraverso la *traditio canonica*, alla Tradizione.

Da un punto di vista ermeneutico, tale indissolubile rapporto con la Tradizione della Chiesa consente alla *traditio canonica* di evitare possibili derive interpretative, che paradossalmente rischiano di discendere dalla sua stessa natura: la forza della nozione di "tradizione giuridica", infatti, costituisce allo stesso tempo, almeno in certa misura, la sua intrinseca debolezza.

La complessità della tradizione, la sua apertura all'integrazione di altre esperienze giuridiche, la sua natura variegata espongono il processo di accumulo e selezione delle informazioni, del quale essa si compone e nel quale necessariamente si sviluppa, all'ovvio rischio della scelta: questa non costituisce mai un'opzione neutra, specie ove possano rintracciarsi delle contraddizioni all'interno dei contenuti che la tradizione medesima consegna all'interprete. Tale processo di selezione, che si trova per forza di cose a dover privilegiare alcuni elementi rispetto ad altri, può essere riguardato in una prospettiva di evoluzione per così dire "organica" (quasi che la tradizione stessa si accresca per accumulo successivo, in sostanza casuale o comunque non predeterminato di materiali, opinioni, pronunce, norme) oppure in una diversa ottica: quella di una volontaria (quindi, in ipotesi, anche ideologicamente orientata) predilezione da parte degli interpreti di alcune caratteristiche rispetto ad altre.

Ora, è vero che la tradizione non può essere descritta semplicemente come un "organismo" a sé stante, senza mettere in rilievo il ruolo decisivo dei giuristi che di volta in volta la determinano; al contempo, però, non si può pensare che essa costituisca un mero deposito di nozioni, dal quale attingere, secondo il gusto dell'interprete, soluzioni sempre diverse, utili al contesto interpretativo del momento.

Il radicamento del modello canonistico nella propria tradizione e il coerente sviluppo(istituzionale, pratico e dottrinale) di essa nell'alveo della Tradizione della Chiesa

permettono appunto di superare la possibile *impasse* interpretativa tra una visione quasi "meccanicistica" e una implicitamente "ideologica" del processo di "costruzione" della tradizione giuridica, facendo invece esplicito appello alla capacità del giurista di "mettersi a servizio" della tradizione medesima e non di "servirsene" attraverso la manipolazione dei contenuti da essa consegnati.

In definitiva, quindi, non solo non può non condividersi l'opinione di chi afferma che il richiamo alla *canonica traditio* non potrebbe costituire una chiave ermeneutica vincolante, limitandone la portata ai (soli) casi di residuo dubbio interpretativo nei canoni che richiamano il c.d. *ius vetus*, ma al contrario bisogna affermarne la natura di principio *generale*, che traduce in termini normativi e concretizza nella prassi ordinamentale della Chiesa la nozione metagiuridica di Tradizione, connotando in modo decisivo l'atteggiarsi della sua legislazione. Essa rappresenta non solo un canone *necessario* d'interpretazione in caso di (esplicito o implicito) richiamo al diritto antico, ma segnala ed esprime il "nucleo normativo duraturo" del sistema canonico, favorendone una comprensione effettiva alla luce dello sviluppo storico dei suoi principi, norme e istituti e promuovendone l'evoluzione secondo un fondamento sicuro e coerente.

6. DIRITTO E TRADIZIONE

In ogni caso, nell'affermare la natura intrinsecamente "tradizionale" del diritto non ci si può fermare all'ovvia considerazione che ogni sistema giuridico vive, nella sua interpretazione e applicazione (e financo nella sua continua innovazione), di un costante e imprescindibile rapporto con il passato: per sostenere piuttosto che il diritto è *in sé* tradizione occorre piuttosto guardare alle caratteristiche peculiari della tradizione e del diritto quali pratiche sociali.

Ebbene, tra gli elementi presenti in ogni tipo di tradizione vanno annoverati la provenienza dal *passato* (o comunque la connessione, vera o ritenuta tale, con esso), la sua normatività *attuale*, ovvero l'importanza e significatività (in qualunque forma) per i soggetti che la ricevono dopo la sua formazione e, infine, la sua *socialità*, cioè il fatto che sia stata elaborata e trasmessa nel passaggio tra le generazioni (o, almeno, sia creduta tale), non potendo esistere se non nella continuità del tempo e in forma interindividuale[15].

[15] "A tradition is not merely the past made present. It must have been, or be thought to have been, passed down over intervening generations, deliberately or otherwise; not merely unearthed from a past discontinuous with the present. A necessary consequence […] is that traditions are social. Habits, even customs, can be born, live and die solely in the behaviour of one

Questi stessi elementi, appunto, si ritrovano (anzi, sono esaltati) nel diritto. Non solo infatti, come abbiamo precisato, in esso il passato necessariamente si riflette e opera nel presente, ma la tradizione è "istituzionalizzata": ovvero recepita, selezionata, conservata e trasmessa secondo criteri autoritativi che rendono alcuni testi, certe prassi, talora determinate opinioni degne di considerazione per il tempo presente e (anche se in diversa misura) vincolanti per i soggetti che in esso agiscono. Così, è giusto notare che negli ordinamenti giuridici non si ha soltanto un riflesso del passato nel *presente*, ma anche la *presenza* del passato, che viene selezionato proprio per finalità *attuali*: poiché la tradizione non è indagata, verificata, utilizzata per finalità antiquarie o erudite, bensì per trovare soluzioni (normative) a problemi giuridici esistenti nella società.

Un'ulteriore specificazione delle caratteristiche proprie di ogni tradizione è presentata dal diritto proprio nell'interpretazione dei testi appartenenti alla (e provenienti dalla) tradizione medesima: se, in generale, i materiali dei quali essa è costituita vanno compresi e ricostruiti all'interno della tradizione della quale fanno parte, nel diritto tale procedimento ermeneutico è infatti *vincolante* per l'interprete (lo abbiamo visto chiaramente, per il diritto canonico). Il giurista conserva ovviamente la propria autonomia nell'utilizzazione e applicazione del significato delle norme che ha ricavato (anche) grazie al confronto con la tradizione, ma non può sfuggire a tale confronto, poiché il testo, la norma ed egli stesso di quella tradizione fanno necessariamente parte.

Dopo aver sottolineato la natura complessa e variegata della tradizione giuridica e il ruolo che gli interpreti hanno nella sua costruzione e continuo aggiornamento è necessario tuttavia affrontare uno dei profili più insidiosi che tale prospettiva ermeneutica presenta al giurista contemporaneo. Ove infatti si guardi alla formazione della tradizione e alla sua retrospettiva valutazione, c'è il rischio (che poi, in parte, è anche una necessità esplicativa) che l'attenzione venga catturata dalle scelte compiute dagli interpreti, incentrando quindi l'analisi sulla natura intrinsecamente *retorica* del diritto, nonché sul carattere volutamente persuasivo (e quindi, potenzialmente ideologico) della sua identificazione con una "tradizione", che può assurgere a mero espediente linguistico per la giustificazione di determinate posizioni.

---

individual. Traditions, as a simple matter of definition, cannot": così KRYGIER, Martin. Law as Tradition, p. 240. Anche MATTEI, Ugo – DI ROBILANT, Anna. International style e postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche, in **Rivista critica del diritto privato**, 2001, p. 99, proprio nel criticare il richiamo alla tradizione ne forniscono tuttavia una perfetta definizione, affermando che "il termine 'tradizione', termine dai confini incerti, difficilmente definibile, evoca un senso di continuità, o, più precisamente, l'idea di un processo di accumulazione di senso e significato che non fa perno sul singolo, ma su una catena di trasmissione che si estende di generazione in generazione. Esso non guarda al presente, né è proiettato al futuro, piuttosto, è radicato nel passato".

Allo stesso tempo, però, è comunque innegabile che il diritto consiste effettivamente in un *opus* interpretativo continuamente in divenire[16]:può allora essere utile affrontare la questione con un diverso approccio, proprio appunto del movimento di *Law and Literature*, che restituisca al diritto la sua peculiarità di *linguaggio*, inteso quale struttura relazionale dei rapporti intersoggettivi e non come mero involucro di un nucleo comportamentale, descrivibile in forme mutuate da altre scienze più o meno esatte.

Il recupero della dimensione linguistica consente, in effetti, di mettere in evidenza la stretta correlazione esistente tra il diritto come pratica sociale e le strutture espressive nelle quali si realizza il discorso giuridico, attraverso l'apporto cooperativo di tutti i soggetti impegnati nel suo contesto applicativo: tenendo ovviamente conto, tuttavia, della concreta incidenza dell'interpretazione giuridica (e, almeno indirettamente, di quella dottrinaria) sulle soluzioni pratiche da fornire agli appartenenti ad una data comunità socio-politica, con tutte le conseguenze in termini di aderenza alla *ratio* normativa, *self-restraint*, valutazione prospettica degli esiti pratici di determinate opzioni esegetiche.

Ripensare il diritto *come* tradizione può consentire, pertanto, in tale prospettiva, di guardare al linguaggio giuridico come modalità espressiva di un'*immagine* che affonda altrove le proprie radici, ovvero nella realtà sociale e nelle ideologie che ne formano il tessuto connettivo: in breve, in una comunità interpretativa, che è però essa stessa "creata" dal testo giuridico (e non soltanto lo "crea").

Mentre infatti il testo letterario stabilisce un'interazione con il lettore che si svolge su un piano individuale[17], quello giuridico, oltre a instaurare la comunità testuale con il singolo lettore, è anche un mezzo per creare una comunità *fra* i lettori, perché il diritto si presenta come "strutturalmente *ulteriore*[...] è letteralmente e deliberatamente costitutivo: crea ruoli e relazioni, luoghi e situazioni nelle quali parlare; fornisce alle parti un insieme di cose che possono dire, e proibisce loro di dirne altre; *crea una società*"[18].

Pur presentando l'ordinamento quale prodotto *continuamente* ricreato nell'attribuzione di

[16] "Exercise in interpretation" lo definisce DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 146.

[17] Arrivando a costruire, con il sempre diverso rapportarsi dell'interprete al testo stesso, il lettore "ideale". ECO, Umberto. **Postille a "Il nome della rosa"**, in ECO, Umberto. **Il nome della rosa**, X ed., Milano, Bompiani, 1986, p. 522 afferma che "quando l'opera è finita si instaura un dialogo fra il testo e i suoi lettori (l'autore è escluso) [...] scrivere è *costruire*, attraverso il testo, *il proprio modello di lettore*".

[18] BOYD WHITE, James. Law as Language, Law as Language: Reading Law and Reading Literature, in ***Texas Law Review***, 60 (1982), p. 434 (trad. ns.).

significato da parte del giurista, si può così scongiurare il fallimento del procedimento ermeneutico, inevitabile portato dell'indeterminatezza dei significati attribuibili al testo stesso: infatti, nel momento in cui ci si mette in relazione con una norma (o una sentenza, o un provvedimento amministrativo) non si potrebbe comunque prescindere dal fatto che anche un eventuale cambiamento radicale nell'interpretazione del testo si collocherà comunque *all'interno* di un contesto definito dal diritto (o, più precisamente, da una *tradizione* giuridica).

Tuttavia, il vero dilemma (sostanziale, prima ancora che ermeneutico) consiste proprio nel rapporto che si instaura tra questi contenuti consegnati dalla tradizione e l'intervento *attuale* dell'interprete: ovvero nel rischio che i giuristi finiscano non per "scoprire", ma per "inventare" una tradizione[19].

In pratica, nei criteri con cui il singolo giurista si deve rapportare alla "storia istituzionale" di un determinato testo giuridico (sia esso legislativo o giurisprudenziale) e, quindi, edificare una data interpretazione non potrebbero non ravvisarsi la sua *personale* lettura e, al contempo, gli assunti culturali e ideologici dai quali egli muove. Si tornerebbe allora all'idea, ai cui nefasti effetti abbiamo appena accennato, per cui nella tradizione non si trova una storia già scritta, ma solo un insieme di materiali cui l'interprete deve attribuire un significato. Secondo una prospettiva tipicamente postmoderna, il diritto potrebbe quindi essere inteso come una tradizione in cui *tutte* le storie sono inventate (nel senso che non sono semplicemente "scoperte", bensì costruite sotto la pressione di una qualche esigenza pratica), anche se al contempo *nessuna* lo è davvero: perché i termini e le argomentazioni usati dall'interprete (*rectius*, il suo *linguaggio*) non possono prescindere, affinché il risultato della sua attività venga identificato quale prodotto dell'ordinamento, dagli assunti condivisi da quella particolare cerchia di persone (la comunità giuridica) entro i cui confini culturali e ideologici si colloca l'autore.

Si può chiaramente comprendere il rischio di assunti siffatti: proprio in quest'ambito, tuttavia, può soccorrere la tradizione canonica.

In essa la duplice esigenza di flessibilità e stabilità del sistema è soddisfatta da un'apertura del processo ermeneutico a una pluralità di significati *non* indiscriminata, grazie all'implicito limite

[19] Per l'espressione "invenzione della tradizione" il riferimento obbligato è HOBSBAWN, Eric. **Introduction: Inventing Traditions**, in HOBSBAWN, Eric – Terence (curr.) **The Invention of Tradition**, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 1, ove si legge che "invented tradition is taken to mean a set of practices, normally governed by overtly or tacitly accepted rules and of a ritual or symbolic nature, which seek to inculcate certain values and norms of behaviour by repetition, which automatically implies continuity with the past. In fact, where possible, they normally attempt to establish continuity with a suitable historic past".

contestuale stabilito dall'ordinamento stesso: attraverso la comunità interpretativa nella quale si colloca, che per continuare a sussistere nei *vincula* che la costituiscono (*fidei*, *sacramentorum* e *ecclesiastici regiminis*: can. 205) può ammettere un'idea "evolutiva" del diritto soltanto come cambiamento *nella* continuità, ma altresì in funzione delle finalità ulteriori e metagiuridiche cui l'intero sistema canonico è dalla Tradizione consegnato. Questi invalicabili confini delimitano infatti un contesto predeterminato (e intangibile), soltanto *all'interno* del quale può svolgersi la complessa interazione fra testo normativo e interprete e nel quale il discorso giuridico pertanto *necessariamente* si sviluppa.

Grazie all'esempio della *traditio canonica*, in sostanza, l'idea del diritto come tradizione si può specificare, per evitare l'implosione del sistema a causa di operazioni ermeneutiche incontrollate, tendenzialmente ideologiche e potenzialmente antirealistiche, con la necessità di definire i principi fondanti (e conseguentemente, *delimitativi*) della tradizione medesima e il procedimento interpretativo essere riguardato quale incessante processo di ricostituzione di una comunità attorno alle regole: *ereditate* dalla tradizione attraverso il linguaggio giuridico, ad esso *vincolate* e per mezzo di esso *adattate* alle nuove esigenze.

Il valore della tradizione canonica, o meglio del diritto canonico in quanto tradizione giuridica, può situarsi così a un diverso livello. In un'epoca nella quale l'ancora assai diffuso positivismo giuridico si fa addirittura nichilismo[20]nel contestare prima, e infine nel demolire ogni presupposto extralegale delle norme (talora stravolgendo, nel volgere di pochi anni e sotto la spinta di ideologie capricciose istituti millenari, radicati nella storia e nella natura umana), l'ordinamento canonico, attraverso la continuità manifesta con la storia del diritto, la sua ispirazione razionale e il costante rinvio a principi superiori rispetto al contingente della *lex*, può aiutare ad opporsi all'ennesima, corrente riduzione del diritto alla legge, delle legittime istanze a pretese aggressive, dell'opinione a ideologia.

La tradizione è, infatti, in certa misura, *emancipazione* dal presente attraverso la storia[21]: la

[20] Nota IRTI, Natalino. **Nichilismo giuridico**, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 8 che "ora non restano che incessante produzione e consumo di norme. Le quali perseguono bensì singoli scopi, ed hanno ciascuna (e non potrebbero non avere) specifici sensi, ma rifiutano l'appello all'unità. Non c'è un 'dove' a cui si diriga la macchina produttrice di norme: basta che essa funzioni, e soddisfi il fabbisogno della più imprevedibile casualità. Insomma, un diritto senza destinazione: che va e va, ma non sa 'perché' e 'verso dove' muova".

[21] Esemplari le conclusioni di LEGRAND, Pierre. Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, in **Journal of Comparative Law**, 1 (2006), p. 378, n. 49: "Tradition, then, is also emancipation from the present. In other words, what comes to one from the past can be a means of drawing one out of oneself, of constituting oneself as historical being – which, as far as law's subjects are concerned, entails the opportunity of escaping from a positivistic strategy of world-making predicated on the exclusion of the uncontainable".

tradizione canonica, inserita nella Tradizione ed essa stessa tradizione giuridica, può in tale compito non solo soccorrere il canonista nell'interpretazione della norma attuale, costringendolo al confronto con la storia e i principi dell'ordinamento della Chiesa (e attribuendo così un valore più profondo all'opera di esegesi ed applicazione dei canoni), ma altresì sostenere ogni giurista che intenda liberarsi dal giogo dal legalismo (il quale, non essendo più neppure formalmente giustificato dal positivismo, rischia facilmente di abbandonarsi all'irrazionalità). Attraverso l'esempio della tradizione canonica, in definitiva, il diritto (*ogni* diritto) può ancora rimanere *ius*.

VISIONI DI UNITÀ E DI MOLTEPLICITÀ NELLO SCENARIO MULTICULTURALE

Lara Ferla[1]

C'è il testo plurimo,
che sostituisce alla unicità d'un io pensante
una molteplicità di soggetti, di voci, di sguardi sul mondo[2]

1. *LEZIONI AMERICANE* E MOLTEPLICITÀ

Nei densi, visionari scritti noti come "Lezioni americane" (*Six demos for the next millennium*), Italo Calvino ha proposto un'acuta analisi della letteratura come momento conoscitivo della realtà, e come realtà essa stessa. In questa, che è stata condivisibilmente definita un'opera «stupendamente duplice», in quanto «testo letterario che parla di letteratura»[3], i numerosi riferimenti letterari evocati non sono presenze meramente antologiche, esemplificative o dimostrative, ma autentiche voci narranti[4]. La letteratura certamente, ma anche aspetti fondamentali dell'esperienza umana (nella sua dimensione personale e intellettuale), costituiscono occasioni d'incontro di autori, di temi, di contributi di conoscenza e di ricerca al di là di steccati disciplinari, di confini di spazio e di tempo. Le *Lezioni americane* sembrano dunque rientrare pienamente nella tipologia del "testo plurimo" che Calvino stesso aveva indicato come esempio di molteplicità.

Molteplicità: non disordine, non caos indistinto.

La prospettiva dell'autore non si disperde, infatti, in un indefinito coacervo "di soggetti, di voci, di sguardi sul mondo": al contrario, essa imprime all'intera opera snodi tematici, ritmi, direzioni, percorsi di dissenso. Come lo stesso Calvino ha evidenziato sin dalle pagine introduttive delle proprie lezioni, la scelta di fondo è precisa, a favore di determinate qualità che la letteratura dovrebbe coltivare nell'affacciarsi al nuovo millennio (leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità,

[1] Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università Cattolica del S.Cuore.

[2] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Milano: Mondadori, 2014, p. 116.

[3] In questi termini, MANGANELLI, Giorgio. **Calvino**. Il Messaggero, 1998, ora anche in MANGANELLI, Giorgio. **Antologia privata**. Macerata: Quodlibet, 2015, p. 188.

[4] Emblematica la scelta dell'incipit della lezione sulla molteplicità: «Cominciamo con una citazione». Sull'importanza del "cominciare" e del "finire" un'opera letteraria, v. CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 123 ss.

molteplicità, coerenza[5]); il loro contrario – l'altro, l'antagonista – non è stato tuttavia sbrigativamente accantonato: ad esso si rinuncerà con consapevolezza, una volta conosciute le buone ragioni a sostegno della preferenza espressa. Attraverso queste (giustificate) opzioni di valore, le *Lezioni americane* assumono l'aspetto di una pluralità *ordinata* di voci.

La linea retta che l'autore auspicava di poter tracciare con la propria prosa, proiettandosi con uno slancio in avanti fino a scomparire all'orizzonte[6] – immagine emblematica della *rapidità* – ha condotto nel nuovo millennio e fino a noi riflessioni di stupefacente lucidità, anticipazioni di tendenze evolutive percepibili ben più nitidamente in tempi successivi. A metà degli anni '80 Calvino già invitava a riflettere sulla concitazione dei ritmi della vita pratica, che ostacola la riflessività; sul decadimento generale del linguaggio, per incuria e per distrazione; sull'indebolimento dell'immaginazione individuale, in un'umanità «sempre più inondata dal diluvio delle immagini prefabbricate»[7]; sulle conseguenze della diffusione di un sapere enciclopedico, ingovernabile, fonte potenziale di smarrimento e di confusione; sulla spiegazione degli eventi attraverso infinite concatenazioni causali, sfida esemplare per la scienza contemporanea. Tutte caratteristiche, quelle indicate, concretamente riscontrabili nella realtà odierna.

Proprio per la profonda ricchezza di significati e per la modernità delle questioni sollevate, ciascuna delle *Lezioni* offre spunti tematici proficui e pertinenti anche ai fini di una riflessione in ambito giuridico. Uno in particolare di questi profili – la molteplicità – si presta, come prezioso canone interpretativo, ad un'indagine che si proponga di esplorare alcune delle criticità e delle potenzialità degli strumenti della giustizia penale, nell'attività (auspicabilmente efficace) di regolamentazione dei rapporti umani in società multiculturali, in continua trasformazione.

2. DIALETTICHE DI UNITÀ-MOLTEPLICITÀ NELLO SCENARIO MULTICULTURALE

Una voce autorevole del dibattito scientifico internazionale, Edgar Morin, ha introdotto la definizione di "ipercomplessità" per riferirsi ad «*un sistema che diminuisce i suoi condizionamenti aumentando le sue capacità organizzazionali, in modo particolare la sua attitudine al*

[5] La sesta lezione, dedicata alla *Consistency* (coerenza-consistenza), è rimasta incompiuta. Sul tema v. OSSOLA, Carlo. **Molteplicità e Coerenza. Il lascito di Calvino al XXI secolo**. Torino: Giappichelli, 2010.

[6] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 49.

[7] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 93. Sulle relazioni tra la visibilità tratteggiata da Calvino nelle *Lezioni* e l'immaginazione criminologica e penalistica, vedi BACCO, Federico. **Visions "with eyes shut": views on penal problems between imagination, emotions and sense of reality**, in questo Volume.

cambiamento»[8]. La formula, di grande pregnanza concettuale e di elevate potenzialità esplicative, trasversali a più ambiti disciplinari, risulta efficace anche da una prospettiva giuridico-penalistica[9] per riflettere sull'attuale scenario contrassegnato dal multiculturalismo.

Come mero fenomeno il multiculturalismo si esprime nella composizione eterogenea del tessuto sociale, nella coesistenza di gruppi culturali diversi su un medesimo territorio, esito prevalentemente di flussi migratori; come modello politico esso si propone quale concezione – spesso aspramente avversata[10] – orientata all'edificazione di una società più equa, fondata sul riconoscimento dell'uguaglianza, nel rispetto della diversità. Per quanto entrambe le dimensioni interpellino il sistema punitivo, è al *modello politico* che occorre guardare per cogliere le speciali criticità che attraversano, in profondità, la dimensione pubblica nel confronto tra istanze differenti, non di rado conflittuali, emergenti nelle moderne società multiculturali.

La matrice filosofica comunitarista[11], fondamento delle teorie multiculturaliste, non disconosce né sottovaluta l'autonomia e il valore dell'individuo e i suoi irrinunciabili diritti fondamentali, ma contesta l'immagine – artefatta e priva di riscontro empirico – dell'individuo singolo, atomisticamente considerato, uguale tra gli uguali, criticando in particolare l'effetto uniformante ed omologante che la trasposizione di tale archetipo sul piano del *dover essere* normativo è destinata a creare. A tale riferimento astratto la concezione multiculturalista contrappone la realtà dei rapporti umani, caratterizzati dall'inserimento della persona in reti relazionali – più o meno volontarie, più o meno articolate – nelle quali ciascuno sviluppa la propria esperienza di vita[12]. La famiglia, le relazioni affettive, i rapporti lavorativi ma anche l'esercizio di diritti individuali in piena libertà in ambito religioso, politico, culturale, comportano

[8] MORIN, Edgar. **Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana?** Traduzione di Eugenio Bongioanni. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1994, p. 118.

[9] In proposito v. FORTI, Gabrio. Le prospettive di una responsabilità penale 'appropriata' nell'era della ipercomplessità. In: ASSOCIAZIONE PER LO SVILUPPO DEGLI STUDI DI BANCA E BORSA. **Alla ricerca delle radici della nostra cultura**, Milano, n. 7, p. 27, 2013, che richiama la «realtà in movimento (la Wirklichkeit) dei rapporti sociali» e quindi delle «'cause' - 'cose' sociali), ivi, p. 31.

[10] Si veda l'indagine di KYMLICKA, Will. **Multiculturalism: Success, Failure, and the Future**. Washington: Migration Policy Institute, 2012, p. 3 ss. Del medesimo A. vedi anche **Multicultural Odysseys. Navigating the New Politics of Diversity**. New York: Oxford University Press, 2009.

[11] Per un'ampia indagine giuridico-filosofica sul concetto di comunità cfr. BOMBELLI, Giovanni. **Occidente e 'figure' comunitarie. «Comunitarismo» e «comunità». Un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto**. Napoli: Jovene, 2010.

[12] Michael Walzer ha elaborato a tale proposito il concetto di "associazioni involontarie": «Il quadro ideale di individui autonomi che scelgono le proprie relazioni (e ne rifiutano altre) senza vincoli di sorta è un esempio di cattivo utopismo […] Possiamo davvero immaginare individui privi di qualunque legame involontario, esenti da vincoli di classe, religione, razza o genere, indifferenziati, completamente liberi? […] Ho il sospetto che lo sforzo di descrivere una *società* di individui che si forgiano da sé sia destinato inevitabilmente a fallire. Ma sarà interessante vedere dove fallirà e quanto decisive saranno le sconfitte», WALZER, Michael. **Ragione e passione. Per una critica del liberalismo**. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2001, p. 13, p. 30.

inevitabilmente l'instaurazione di relazioni con caratteri di tendenziale stabilità, di sotto-sistemi regolati da norme non scritte ma nondimeno dotate di uno specifico apparato sanzionatorio, in grado di condizionare profondamente l'agire del singolo attraverso la minaccia di conseguenze afflittive per i comportamenti ritenuti "devianti". Sebbene l'allontanamento da un gruppo percepito come oppressivo rappresenti una possibilità sempre aperta per l'individuo, essa non è esente da costi: sofferenza psicologica, isolamento affettivo, sociale, culturale.

A tale impostazione si rimprovera, da parte della contrapposta corrente *liberal*[13], di offrire una rappresentazione fortemente edulcorata della relazione individuo-comunità. Gli oppositori più convinti del modello multiculturalista evidenziano, infatti, le gravi ingiustizie, la sopraffazione, la negazione dei diritti umani fondamentali attuate nei confronti dei singoli appartenenti a tali gruppi culturali, in nome della salvaguardia degli stessi. Donne e minori, in particolare, sono considerati i soggetti più esposti alle insidie del riconoscimento culturale, poiché l'indifferenza o una benintenzionata tolleranza da parte dell'ordinamento giuridico possono contribuire a cristallizzare, di fatto, consuetudini e pratiche di contenuto offensivo.

Pluralità di individui e di condizioni esistenziali, pluralità di tradizioni e di concezioni etico-valoriali, pluralità di sistemi normativi (positivi e non), in continua trasformazione, pluralità di modelli politici ragionevolmente sostenuti e sostenibili, rappresentano dunque gli elementi costitutivi dell'ipercomplessità multiculturale, nella quale chiedono riconoscimento e tutela, confrontandosi in uno scenario non neutrale ma governato anche da divieti giuridico-penalistici.

3. VISIONI DI UNITÀ: DECOSTRUZIONI E RI-COSTRUZIONI DI SPECIFICITÀ CULTURALI IN AMBITO PENALE

Il diritto penale appare intrinsecamente refrattario alla molteplicità. Formalizzato e con pretesa di applicazione indiscriminata, radicato su un territorio[14], «intessuto di natura e di cultura»[15], emanazione di una maggioranza parlamentare e perciò rappresentativo (almeno in via tendenziale) degli orientamenti ideologici e valoriali dominanti nel tessuto sociale, dei «discorsi

[13] Per una ricostruzione del dibattito filosofico-politico *liberal-communitarian*, cfr. FERRARA, Alessandro (eds.). **Comunitarismo e liberalismo**. 2° ed. Roma: Editori Riuniti, 2000.

[14] FLETCHER, George P. **Grammatica del diritto penale**. Traduzione di Michele Papa. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004, p. 13 ss.; BASILE, Fabio. **Immigrazione e reati culturalmente motivati**. Milano: Giuffrè, p. 75 ss.

[15] «Il mondo della vita, cui il diritto penale si riferisce, è per così dire intessuto di natura e di cultura», PULITANÒ, Domenico. **Introduzione alla parte speciale del diritto penale**. Torino: Giappichelli, 2010, p. 63.

etico-politici di autochiarimento»[16], esso si presta, anzi, ad essere strumento di omologazione della diversità.

In tempi recenti, poi, in risposta a flussi migratori particolarmente consistenti, si va manifestando nel nostro ordinamento una accentuata tendenza all'inclusione, all'assimilazione delle differenze etico-valoriali, culturali e religiose, fino a raggiungere esiti discriminatori[17]. A più livelli – normativo, interpretativo, giudiziario – il giurista ha assunto talvolta le vesti dell'unico "io pensante" evocato da Calvino, che ravvisa bisogni di tutela, escogita ed applica soluzioni sui problemi emergenti nella convivenza multiculturale.

Ciò è accaduto, tra l'altro, in occasione dell'introduzione nel nostro ordinamento giuridico della fattispecie incriminatrice di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.). Di tale figura di reato – che suscita numerose e complesse questioni, anche in un'ottica di verifica della coerenza sanzionatoria complessiva del sistema rispetto alle lesioni all'integrità fisica – preme rilevare in questa sede principalmente la terminologia utilizzata dal legislatore. È stata recepita sul piano normativo la definizione "mutilazioni", prescelta rispetto alle ulteriori denominazioni in uso per richiamare il medesimo fenomeno: "circoncisione femminile", "operazioni rituali femminili".

Una questione meramente lessicale?

Al di là delle etichette legislative, dietro le quali è identificabile una pratica indubbiamente lesiva dell'integrità fisica della persona coinvolta – in prevalenza minori – la scelta linguistica non deve passare inosservata. Ci si confronta con una tradizione millenaria, profondamente ambivalente, accompagnata da svariate (sebbene discutibili) ragioni, il cui potenziale simbolico non può essere serenamente ricondotto ad un termine che rivela chiaramente una qualificazione dispregiativa aggiuntiva attribuita dall'osservatore. Un autorevole antropologo, del resto, ha definito emblematicamente quella di cui si discute come la pratica «alla quale non si può dare un nome» (*that can't be named*)[18]. L'imposizione di un nome è un atto di potere, può esteriorizzare una precomprensione, esprimere una scelta ideologica, che dovrebbe però realisticamente (e

[16] HABERMAS, Jürgen. **L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica**. Traduzione di Leonardo Ceppa. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2008, p. 157.

[17] Sul sistema penale italiano, come «modello assimilazionista discriminatorio», v. DE MAGLIE, Cristina. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali**. Pisa: Edizioni ETS, 2010, p. 35 ss.

[18] SHWEDER, Richard A. – POWER, Séamus A. Robust Cultural Pluralism. **Europe's Journal of Psychology**, vol, 9(4), pp. 671-686, 2013. In riferimento all'uso della denominazione "femal genital mutilation", l'autorevole antropologo culturale Richard Shweder ha osservato che «any way you name it presupposes a moral attitude and runs the risk of foreclosing critical reasoning, dispassionate empirical research, argument or discussion», ivi, p. 681.

responsabilmente) essere rapportata con i limiti della nostra conoscenza dell'oggetto considerato.

Ma tali rischi non sembrano aver impensierito il legislatore italiano, anche laddove – nell'ambito dei lavori preparatori della medesima legge – ha espressamente definito le mutilazioni genitali femminili come «l'ultimo retaggio di una tradizione tribale»[19].

Una qualificazione unanimemente condivisa?

La questione non è di poco peso, se si considera che i lavori preparatori non hanno contemplato momenti di confronto con i diretti destinatari della normativa in via di elaborazione, ovvero le comunità interessate dalla prosecuzione della pratica e in particolare le donne di tali comunità. L'ascolto di queste "voci" non avrebbe interferito, verosimilmente, con il compimento della riforma legislativa – in linea, del resto, con sollecitazioni espressamente formulate al legislatore dalle fonti sovranazionali – ma avrebbe garantito, quantomeno, uno spettro valutativo meno ristretto sulla pratica in questione, sulle ragioni che ne determinano la sopravvivenza, oltre a sollecitare riflessioni – di sicura utilità – sui differenti significati attribuibili alle a-tecniche qualificazioni di "retaggio" e di "tradizione tribale".

E sui medesimi toni di colpevole indifferenza rispetto alla dimensione dei significati ai quali un rituale o un simbolo si richiamano sembrano muoversi ulteriori proponimenti di regolamentazione normativa attualmente in atto. Si pensi alla proposta di legge finalizzata all'introduzione della circostanza aggravante dell'aver agito «per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali»[20].

Ma viene soprattutto in considerazione, a questo proposito, la più volte prospettata volontà di incriminare l'uso del velo tradizionale. Di recente, per estremizzate esigenze securitarie o per generiche finalità egualitarie nei confronti di donne che «vivono in Paesi civilmente evoluti»[21], si auspica l'introduzione di una nuova fattispecie di reato – da affiancare, non senza

[19] In questi termini, espressamente, il testo del d.d.l. S.414 comunicato alla Presidenza del Senato il 9 luglio 2001, emblematicamente denominato "Modifiche al codice penale in materia di mutilazioni e lesioni agli organi genitali a fine di condizionamento sessuale", in www.parlamento.it.

[20] Si tratta della proposta di legge n. 3250, d'iniziativa della Deputata Sbai, presentata alla Camera il 24 febbraio 2010, con la quale si auspica l'introduzione nel codice penale, all'articolo 61, del numero 11-*quater*, recante una circostanza aggravante del seguente tenore letterale: «Se il fatto è commesso per ragioni o consuetudini etniche, religiose o culturali», cfr. www.parlamento.it.

[21] Si veda la proposta di legge n. 2422, d'iniziativa dei Deputati Sbai e Contento, presentata alla Camera il 6 maggio 2009. Si legge nel testo della proposta: «Indossare indumenti come il *burqa* e il *niqab*, che nulla hanno a che vedere con la cultura della maggioranza delle donne immigrate che vivono in Italia, ma che costituisce un obbligo imposto alle donne da estremisti che vengono dall'Afghanistan, dal Pakistan e da altri Paesi dove prevalgono la cultura estremista e il retaggio di costumi disumani e di violenze familiari inaudite» è inammissibile «sia in linea di principio sia, in particolare, se le donne vivono in Paesi civilmente evoluti», cfr. www.parlamento.it.

intenti simbolici, al delitto di atti persecutori, di cui all'art. 612 *bis* c.p. – denominata emblematicamente «costrizione all'occultamento del volto»[22].

Una corretta sintesi del dato empirico utilmente spendibile in ambito giudiziario?

Ignorando o trascurando l'estrema diversificazione di casi e di significati ricondotti all'uso del velo tradizionale, sia nella dimensione privata che in quella pubblica, la pratica in questione è stata decostruita, scomposta, ridotta alla sua mera materialità, e il dato culturale che ne costituisce il fondamento e la ragione è stato accantonato. La condotta è stata quindi ri-costruita, con lo scopo dichiarato del contrasto dell'estremismo e dei "costumi disumani", ricorrendo a categorie concettuali note: i differenti significati dell'uso del velo sono dunque confluiti nella discutibile sintesi "occultamento del volto", mentre la varietà degli approcci[23] e delle posizioni delle donne interessate dalle sorti della pratica sono state collettivamente dirottate nell'offuscante cono d'ombra della "costrizione".

Ma anche in ambito giudiziario è affiorato un "io pensante" poco incline ad instaurare dialoghi con le "voci" della molteplicità. Esplicite – tristemente esplicite – sono in questo senso alcune dichiarazioni giudiziali emesse in procedimenti penali, che hanno affiancato alla *giusta* censura di inconsistenza degli argomenti difensivi presentati, *ingiusti* giudizi rivolti a «culture arretrate», «subculture»[24], «tradizioni ancestrali», consuetudini, prassi e costumi «barbari»[25] e «antistorici»[26].

Innocue argomentazioni *ad colorandum*?

Proprio perché pleonastiche sul piano argomentativo, simili affermazioni rivelano un approccio non ignorabile, per il messaggio di superiorità culturale contestualmente espresso. È lecito ergersi a giudici, oltre che del fatto, anche dell'altrui evoluzione culturale? Per invitare a riflettere sulla noncuranza, talvolta dilagante, con la quale ci si rapporta a tradizioni culturali

[22] Si è proposta l'introduzione, al primo comma dell'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152 del seguente periodo: «È altresì vietato […] l'utilizzo degli indumenti femminili in uso presso le donne di religione islamica denominati *burqa* e *niqab*», cfr. www.parlamento.it.

[23] Significative testimonianze della varietà di approcci e di simbologie attribuite al velo in VANZAN, Anna. **Le donne di Allah. Viaggio nei femminismi islamici**. Milano: Bruno Mondadori, 2010.

[24] Cassazione, sez. VI penale, 26.04.2011, n. 26153. Richiamava «opzioni sub-culturali» e «principi di una cultura arretrata» già Cassazione, sez. VI penale, 30.01.2007, n. 3419.

[25] Cassazione, sez. VI penale, 20.10.1999, n. 3398.

[26] Cfr. Cassazione, sez. VI penale, 26.11.2008, n. 46300, che in una vicenda di maltrattamenti in famiglia ha definito i principi di cui agli articoli 2 e 3 Cost. «uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come "antistorici" a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero».

sconosciute e perciò arbitrariamente sottovalutate e disprezzate, l'autorevole filosofo canadese Charles Taylor ha provocatoriamente sottoposto all'attenzione dei suoi lettori un caustico detto popolare: «Quando gli zulù produrranno un Tolstoj, lo leggeremo»[27]. Al rispetto dovuto a ciascuna delle culture esistenti, per la dignità e per l'umanità che sono in grado di esprimere, si sovrappongono spesso valutazioni prive di riflessività, semplicistici raffronti tra entità incommensurabili, sineddoche che identificano la parte con il tutto[28], la condotta con la natura del suo autore, il fatto culturalmente motivato con la cultura *tout court*. E se tale arbitrario procedere suscita conflitti nel confronto intersoggettivo, lo stesso si colora di accentuata pericolosità quando trova espressione in una sentenza. Quest'ultima, infatti, approda nella dimensione pubblica non come pura e semplice manifestazione di pensiero, opinabile e soggettiva, ma con la veste formale di un atto d'autorità, un atto formato precisamente per *jus dicere*, e che finisce tuttavia per veicolare inopportuni messaggi di conflittualità e di contrapposizione culturale a prescindere (e oltre) le intenzioni del suo autore.

Nei casi prospettati non è dunque (soltanto) l'infelice terminologia linguistica prescelta a destare perplessità. Non sono le etichette, buone o cattive, o i più o meno riusciti *maquillages* a mutare il segno o l'opportunità di interventi a tutela di diritti meritevoli di protezione e in concreto minacciati. Preoccupa, piuttosto, la disinvoltura con la quale l'interprete ha confidato unicamente nelle proprie risorse – cognitive, esperienziali, di giudizio – per orientarsi in una complessa trama di tradizioni culturali e religiose, di condizionamenti sociali e di rivendicazioni identitarie, di rapporti individuo-comunità con differenti (e non facilmente conoscibili) livelli di volontarietà e di (effettive o soltanto esteriormente percepite) condizioni di oppressione, di problematiche dinamiche tra un'integrazione imposta e l'intensità di un attaccamento ad un'autenticità da salvaguardare.

Quello oggi dispiegato di fronte a tutti noi, e al giurista in particolare, è un complesso scenario empirico e normativo – una *molteplicità* multiculturale – che richiede, per essere ri-ordinato, innanzitutto cura per quella qualità in grado di restituire ciascun significato al proprio significante: l'*esattezza*. Del valore di tale categoria era ben consapevole Calvino, quando ammoniva:

[27] TAYLOR, Charles. **La politica del riconoscimento**. In: HABERMAS, Jürgen – TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento**. Traduzione di Gianni Rigamonti. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2008, p. 28.

[28] RUGGIU, Ilenia. **Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali.** Milano: Franco Angeli, 2012, p. 152 ss.

> 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[29].

4. VISIONI DI MOLTEPLICITÀ: SCRIVERE UN TESTO PLURIMO, TRA DIRITTO PENALE E MULTICULTURALISMO

Il testo plurimo, che Calvino ha proposto come una delle forme di espressione narrativa della molteplicità, è un prezioso spunto di riflessione rispetto ai problemi della modernità e in particolare della convivenza multiculturale.

È bene essere consapevoli, tuttavia, che il testo plurimo ben riuscito rappresenta un risultato raffinato, ottimale, per nulla scontato. L'autore, per quanto benintenzionato, potrebbe non essere in grado di governare la molteplicità, smarrendosi nella «vertigine […] del dettaglio del dettaglio del dettaglio»[30], perdendo di conseguenza il quadro d'insieme; oppure potrebbe rimanere intrappolato nella spirale di approfondimenti interdisciplinari richiesti dal tema da trattare, dalle sue specificità e sfaccettature, che ostacolano alla fine il suo compimento; oppure, più semplicemente, potrebbe soffocare la pluralità di "voci" che animano la molteplicità. Dalle riflessioni di Calvino emerge, in altre parole, un monito serio e realistico, che anche il giurista penale dovrebbe raccogliere.

La complessità innescata dal multiculturalismo è un fatto umano immane e difficilmente governabile. Tante e tali sono le questioni da affrontare, sul piano empirico e su quello normativo, che qualsiasi pretesa di fornire facili soluzioni brandendo l'arma a doppio taglio della sanzione penale dovrebbe suscitare sospetto, come atto di arroganza o eccesso di semplificazione.

Ma se esiste un destinatario al quale sono indirizzate richieste di giustizia, soprattutto nei confronti di offese incomprensibili e irrimediabili, esso è precisamente il giurista penale; e se esiste un luogo – reale e simbolico – nel quale si chiedono risposte, esso è il processo penale. Occorre dunque apprestarsi ad esplorare la percorribilità di qualche via, iniziare una ricerca di possibili punti di confluenza tra unità e molteplicità: tra la tendenza del sistema penale

[29] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 76.

[30] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 69.

all'autoconservazione e all'affermazione di un ordine che garantisca le condizioni minime della convivenza civile, e la varietà ed il dinamismo di nuove istanze di tutela culturalmente connotate che chiedono ascolto.

La norma e la sentenza rappresentano trame narrative cruciali per verificare la permeabilità del sistema penale rispetto alla molteplicità multiculturale. Le stesse comprendono – o dovrebbero comprendere – un momento conoscitivo che costituisce premessa fondamentale di quello valutativo: le esplorazioni necessarie a ricostruire il dato empirico.

Sarebbe illusorio, innanzitutto, auspicare che le scelte normative in materia penale possano semplicemente "inglobare" una pluralità di impostazioni etico-valoriali presenti nel tessuto sociale. Come si è detto, il sistema penale riflette orientamenti definiti, e le scelte di tutela di un determinato interesse giuridico non possono realisticamente estendersi – nemmeno in via interpretativa – fino a comprendere la sua negazione. È vero che i sistemi normativi presentano analogie sostanziali maggiori di quanto si possa ipotizzare rispetto agli interessi ritenuti giuridicamente rilevanti: si è efficacemente rilevato, a tale proposito, che se «le domande di fondo rimangono le stesse, allora è probabile che le varie culture giuridiche abbiano in comune molto di più di quanto comunemente si ritenga»[31]. Valori come la vita, la libertà personale, l'integrità fisica, la salute, la libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale sono beni riconosciuti unanimemente meritevoli di tutela ed effettivamente tutelati in vari ordinamenti giuridici, oltre che al centro dell'attenzione di svariate fonti internazionali, che guidano – con modalità sempre più invasive – le scelte di regolamentazione del legislatore nazionale.

Tuttavia, se considera con maggiore consapevolezza la dimensione normativa nella sua effettività, esistono svariati sotto-sistemi normativi, anche di natura consuetudinaria[32], radicati nelle pieghe della relazione globale-locale e della c.d. interlegalità[33], che contribuiscono a delineare situazioni altamente problematiche. Esistono culture nell'ambito delle quali si ritiene che la vita umana possa essere sacrificata per ripristinare l'onore individuale e familiare compromesso da comportamenti moralmente discutibili (i c.d. *honour killing*). Ed esistono culture nelle quali la condizione di vedovanza femminile è considerata sconveniente, al punto che

[31] FLETCHER, George P. **Grammatica del diritto penale**, p. 16.

[32] Sul tema v. MONATERI, Pier Giuseppe. **Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal 'costume' alla *soft law***. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.

[33] Sul concetto di interlegalità cfr. SANTOS, Boaventura De Sousa. Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. **Journal of Law and Society**. vol. 14, n. 3, pp. 279-302.

sussistono forme socialmente accettate di istigazione al suicidio, da attuare in pubblico in forme rituali. In altre culture ancora la condizione di immaturità psico-fisica del minore non è considerata d'ostacolo a matrimoni imposti con soggetti adulti e ad altre forme di mercificazione sessuale.

Di fronte ad assetti così delineati e ad altre forme particolari di bilanciamenti di interessi che risultano in totale contrasto con i diritti fondamentali dell'individuo, secondo la concezione di un diritto penale costituzionalmente orientato, l'imparzialità non è certo un'opzione contemplata.

Ma quantomeno nel momento di formazione del precetto penale, in particolare nelle ipotesi in cui oggetto di disciplina siano proprio questioni culturalmente connotate, rilevanti sul piano della convivenza sociale con specifici gruppi culturali, dovrebbero essere riservati spazi di confronto e di discussione con le comunità coinvolte. Tale confronto dovrebbe avvenire tanto in riferimento alle linee portanti dell'intervento di tutela, quanto sul piano dell'affinamento concettuale e contenutistico della regolamentazione. Per l'incriminazione delle pratiche di mutilazioni genitali femminili si è mancata l'occasione per simile confronto, ma per le proposte normative tuttora all'attenzione del Parlamento circa l'uso del velo sussistono ancora le condizioni per costruire un dialogo a più voci, secondo un modello di democrazia deliberativa, che eviti l'introduzione dell'ennesima norma-manifesto, discriminatoria e sproporzionata rispetto agli obiettivi di tutela e nel contempo portatrice di un messaggio di contrapposizione culturale. Pubblica sicurezza e libertà di autodeterminazione delle donne coinvolte dall'uso del velo non sono interessi inconciliabili; la loro composizione, tuttavia, richiede l'avvio di una mediazione, sul piano dei significati e sui termini sostanziali della questione, che non può essere sostituita da una lettura unilaterale e approssimativa del fenomeno.

L'impostazione di un confronto dialettico multiculturale potrà comportare l'apertura a soluzioni di compromesso, che gli oppositori drasticamente profetizzano come premessa per l'edificazione di una "società di comunità", separate e non dialoganti, ciascuna impegnata nel perseguimento dei propri specifici obiettivi, emblema di una deriva relativistica. In realtà, diritti la cui affermazione rappresenta l'esito di faticose conquiste e che rientrano tra i valori umani irrinunciabili non possono essere rimessi alle valutazioni e ai numeri di una maggioranza contingente, per un atteggiamento di malintesa tolleranza. Nel contempo, per rafforzare le condizioni della convivenza multiculturale, scenario dell'attuale ipercomplessità, sono necessarie dimostrazioni di sforzi tangibili finalizzati alla verifica dei presupposti per raggiungere un orientamento condiviso.

La diversità culturale pone seri problemi di conoscenza e di conoscibilità dei contenuti rispetto ai quali gli interventi di regolamentazione dovrebbero indirizzarsi. Lo stesso vale, indubbiamente, per il momento decisorio, che contempla il confronto tra un precetto generale ed astratto e l'"immane concretezza" dei fatti umani[34].

L'esattezza di una tradizione, di un patrimonio di simboli e di credenze, sia per la loro pluralità sia per la loro reciproca e continua trasformazione, richiederebbero l'instaurazione di una rete di conoscenze da realizzare con il contributo di differenti discipline. Le problematiche del multiculturalismo, infatti, soltanto in tempi recenti sono giunte all'attenzione del diritto penale, in concomitanza con la crescente realizzazione di reati in qualche modo connotati da una componente "culturale". Le medesime problematiche, invece, sono da tempo espressamente al centro di altri ambiti del sapere: in particolare dell'antropologia, orientata alla documentazione e all'analisi di tradizioni culturali esistenti a livello mondiale, attraverso un punto di vista culturalmente situato. Ma anche gli studi criminologici hanno da tempo focalizzato e discusso i tratti distintivi dei c.d. conflitti culturali[35]. Inoltre, la stessa riflessione filosofica sul multiculturalismo ha fornito strumenti concettuali imprescindibili per l'identificazione degli interrogativi fondamentali da affrontare nella promozione di un determinato modello di disciplina.

Ma quanto di questo sapere è oggi condiviso nella dimensione giuridica? Nelle sedi istituzionali, nei luoghi reali e simbolici nei quali le risposte sono elaborate, raramente tali contributi scientifici trovano ingresso. Si tratta, piuttosto, di «idee chiave che rimangono ancora alle frontiere delle discipline tradizionali (bloccate in dogana per mancanza di visti)»[36].

Si potrebbe agevolmente obiettare che il processo penale non è sede adatta ad ospitare dissertazioni filosofiche o approfondimenti antropologici, e che non sono disponibili risorse, tempi e forme per consentire al giurista di cimentarsi nella decodificazione di entità magmatiche e sfuggenti come le varie "culture". Le emergenze dell'attualità, da un lato, orientano gli sforzi verso la comprensione di ben altre, infinite concatenazioni causali: quelle che chiamano in causa le c.d. *hard sciences*, e le spiegazioni scientifiche che le stesse sono in grado di offrire, via via cristallizzate in provvedimenti giudiziari che ne registrano gli sviluppi; le particolari tipologie delle discipline interessate al multiculturalismo, dall'altro lato, non sembrano godere di quella credibilità

[34] FORTI, Gabrio. **L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.

[35] Si veda lo studio di SELLIN, Thorsten. **Culture Conflict and Crime**. New York: Social science research council, 1938.

[36] MORIN, Edgar. **Il paradigma perduto: che cos'è la natura umana?**, p. 11.

scientifica riservata a quelle in grado di offrire certezze empiricamente affidabili[37].

Costituiscono esigue ma significative eccezioni alcune vicende giudiziarie recenti[38], nelle quali il problema della corretta ricostruzione del substrato empirico-culturale di riferimento è stato compreso ed affrontato, attraverso il ricorso a perizie e al contributo di soggetti appartenenti alle comunità culturali rispettivamente coinvolte. Tali pronunce rappresentano uno spiraglio, anche per il futuro, verso il riconoscimento degli oneri di conoscenza, non eludibili, affinché il processo penale continui ad essere luogo deputato all'accertamento dei fatti e non alla fabbrica di interpretazioni culturali parziali, artefatte o deformanti.

Smascherare una narrazione (culturale) falsa, una difesa pretestuosa, districarsi rispetto agli effetti (reali o presunti) che il condizionamento culturale può aver esercitato sull'agente al momento del fatto non è un compito agevole[39]. Lo ha riconosciuto la dottrina più sensibile a tali problemi, che ha prospettato l'introduzione di un approccio metodologico specifico rispetto a quelli che – secondo una categorizzazione in uso – sono definiti reati culturalmente motivati. Si è notato, in primo luogo, che oggetto di valutazione in sede interpretativa e decisoria debba essere la concretezza del "fatto" culturalmente motivato, e non l'inafferrabile pulviscolo della soggettiva "motivazione" culturale[40]. Se la condotta realizzata trova riscontro, nella sua materialità, in una specifica pratica culturale, l'accertamento giudiziale potrà rivolgersi, sulla scorta di premesse meno incerte, al piano psicologico, verificando l'autenticità dell'adesione del soggetto alla pratica tradizionale invocata e il grado di rimproverabilità per il fatto commesso.

Un duplice livello di accertamento – oggettivo e soggettivo – è contemplato con varie formulazioni nei c.d. test culturali[41], che costituiscono un interessante banco di prova, per il futuro, anche del dialogo e delle reciproche interazioni tra dottrina e giurisprudenza, al fine della costruzione di un linguaggio a più voci, nella ricerca «d'una verità non parziale»[42].

---

[37] Sui problemi di validità scientifica della perizia culturale, DE MAGLIE, Cristina. Reati culturalmente condizionati. **Enciclopedia del diritto. Annali**. vol. 7, 2014, p. 872 ss.

[38] Trib. Verona, 14.04.2010. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 2010, p. 837 ss. con nota di PECORELLA, Claudia. Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna; Corte App. Venezia, sez. II penale, 23.11.2012. **Diritto immigrazione cittadinanza**, 2013, 2, p. 61 ss. con nota di BASILE, Fabio, Assolti in appello i primi (e finora) unici imputati per il reato di cui all'art. 583 *bis* c.p.: un commento alla sentenza della Corte d'Appello di Venezia del 23 novembre 2012; Trib. Cremona, 13.01.2008. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 2010, p. 957 ss. con nota di PROVERA, Alessandro, Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco alla tipicità.

[39] TARUFFO, Michele. **La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 68 ss.

[40] Si veda la descrizione del modello di accertamento proposto da DE MAGLIE, Cristina. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali**, p. 146 ss.

[41] Sui test culturali si veda l'approfondita indagine di RUGGIU, Ilenia. **Il giudice antropologo**, p. 53 ss.

[42] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 115.

5. ALLA RICERCA DI RISPOSTE DIALOGICHE: ASCOLTARE LE "VOCI" DELLA MOLTEPLICITÀ

La dimensione penale è un luogo, concettuale quanto drammaticamente concreto, dove le sfide della molteplicità multiculturale affiorano con particolare acutezza. La pena tradizionalmente intesa, con il suo carico di afflittività, di stigmatizzazione e di valenze simboliche, in un contesto di eterogeneità culturale solleva ulteriori, critici interrogativi.

Di fronte all'autore di un fatto penalmente rilevante, che abbia agito su impulso di una fondata motivazione culturale, quali obiettivi possono essere realisticamente riposti nell'applicazione della sanzione penale? Funzioni di intimidazione, di orientamento culturale, di risocializzazione potrebbero non costituire strumenti dissuasivi, efficaci e pertinenti nei confronti di chi non ravvisi alcun autentico disvalore etico-morale nel fatto commesso. Non è dunque a partire dall'esperienza dei reati culturalmente motivati che si potrà contribuire a tracciare un quadro ricostruttivo coerente e produttivo per un momento così complesso come quello sanzionatorio, nel quale confluiscono aspettative molteplici e differenziate: la sicurezza e il perdono, la riparazione e la risocializzazione[43].

La risposta alla molteplicità multiculturale, in altre parole, sembra richiedere declinazioni coerentemente molteplici.

Riscontrando le specificità degli interessi in gioco, una parte della dottrina – anche sulla scorta di un dibattito dottrinale particolarmente intenso nel panorama scientifico nordamericano relativo alle c.d. *cultural defenses*[44] – ha proposto l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di una causa di non punibilità[45]. Tale soluzione rappresenterebbe un'opzione molto promettente sul piano sistematico, trattandosi di una soluzione che denota non tanto l'assenza di bisogno o di meritevolezza di pena ma la mera inopportunità dell'applicazione della sanzione nel caso concreto[46]. Limitata alle fattispecie di reato per le quali non sono coinvolti diritti fondamentali, una causa di non punibilità fondata sull'adesione ad una specifica tradizione culturale potrebbe rappresentare l'espressione di un sistema penale che auto-limita il proprio ambito applicativo

[43] Vedi DONINI, Massimo. **Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente**. AA.VV. Scritti in onore di Franco Coppi. Napoli: Jovene, 2011, p. 889 ss.

[44] Sul tema della cultural defense, per tutti, DUNDES RENTELN, Alison. **The Cultural Defense**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 185 ss.; FOBLETS, Marie-Claire – DUNDES RENTELN, Alison. **Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense**. Portland: Hart Publishing, 2009.

[45] DE MAGLIE, Cristina. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali**, p. 245 ss. Sulla medesima soluzione sistematica, BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturale**. Torino: Giappichelli, 2006, p. 127 s.

[46] ROMANO, Mario. **Commentario sistematico del codice penale**. 3° ed., vol. I. Milano: Giuffrè, 2004, p. 525.

senza, nel contempo, indebolire il valore insito nel precetto penale[47]. In un contesto di molteplicità multiculturale, una causa di non punibilità nei confronti di reati culturalmente motivati assumerebbe il significato di una di quelle «soluzioni normative che fanno parlare gli orientamenti di segno opposto a quello che appare vincente»[48].

Ma vi è un altro, imprescindibile requisito per una molteplicità che aspiri ad essere *ordinata*: il dialogo. Gli orizzonti del giurista penale si sono di recente ampliati ad esplorare le potenzialità di strumenti di riconciliazione e di riparazione che infrangono la rigida dicotomia reato-pena[49]. Gli ambiti della *Restorative Justice* e della mediazione colpevole-persona offesa costituiscono luoghi privilegiati di ripensamento critico del fatto commesso[50], di una ricerca di significati dialogica rispetto ad esso, attraverso le narrazioni delle vittime[51].

Sulla base della premessa per cui la differenza culturale non si identifica con una evanescente ed insondabile qualità soggettiva dell'individuo, incommensurabile per l'osservatore esterno, ma trova espressione piuttosto in specifici comportamenti tenuti nella convinzione del loro carattere obbligatorio, la disponibilità ad un confronto finalizzato alla conoscenza delle specificità culturali appare condizione imprescindibile di qualsiasi risposta al fatto.

Ma come evitare che il richiamo alla giustizia riparativa sia percepito come proposta di incontro sul piano del mero linguaggio?

Non ci si può nascondere che il confronto con un conflitto culturale non può essere circoscritto alla dimensione relazionale agente-persona offesa. Tale approccio, per quanto promettente e ricco di significati, rischia di risultare sostanzialmente ineffettivo, se non incluso nell'attuale scenario della convivenza multiculturale, nell'*ipercomplessità* inclusiva di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti dai medesimi conflitti, proprio in ragione della loro matrice

[47] Vedi MAZZUCATO, Claudia. **Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale**. Roma: Aracne, 2005.

[48] BERTOLINO, Marta. Brevi note in tema di obiezione di coscienza a margine di una recente sentenza della Cassazione. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 3, p. 1446, 2013.

[49] Sul tema vedi, in particolare, EUSEBI, Luciano. **Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale**. Milano: Vita e pensiero, 2015; MAZZUCATO, Claudia – MARCHETTI, Ilaria. **La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni**. Milano: Vita e pensiero, 2006; MANNOZZI, Grazia. **La giustizia senza spada.** Milano: Giuffrè, 2003; DONINI, Massimo. Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 2013, 3, p. 1162 ss.

[50] Cfr. CERETTI, Adolfo. Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma. AA.VV. **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**, III. 2000. Milano: Giuffrè, p. 713 ss.

[51] Evidenzia la forza delle «parole 'nude'» delle vittime di crimini di fronte all'incompletezza e al rigore delle narrazioni dell'autorità, SPRICIGO, Biancamaria. La narrazione delle donne come via di(ri)composizione in risposta alla violenza degli oppressori. Silenzi e voci dall'Argentina. FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna. **Giustizia e letteratura**. II. Milano: Vita e pensiero, 2014, p. 777 ss.

"culturale". In questo senso, gli strumenti di giustizia riparativa dovrebbero essere inseriti in un orizzonte comprensivo, rivolto alla generalità dei consociati, ed ispirare interventi di politica sociale – prima ancora che criminale – finalizzati all'apertura di spazi di comprensione condivisa dei valori fondamentali per la civile convivenza.

Nell'attuale scenario multiculturale è in atto una difficile dialettica di interessi e di contro-interessi: uguaglianza e libertà sono valori invocati tanto dai sostenitori del multiculturalismo quanto dai suoi oppositori; riconoscimento delle differenze culturali ed indifferenza ad esse sono additate contemporaneamente quali strategie ottimali per affrontare i conflitti culturali. La rilevazione di tali conflitti può richiedere risposte mirate, laddove servono. Ma per contemperare propositi a breve termine, come la risposta al singolo conflitto, con l'edificazione di un modello di società più equa, occorre innanzitutto evitare, per un verso, di alimentare la retorica già in atto di "scontro di culture" o "di civiltà"[52] e, per altro verso, di aspirare ad edificare un universo "uniculturale", uniforme ed omologante, esito di un approccio non situato a rispettosa distanza dai presupposti valoriali che informano ogni comunità.

Nella convinzione dell'esistenza di valori fondamentali universalmente riconoscibili e del valore da riconoscere allo stesso confronto dialettico[53], adottare un approccio aperto alla comprensione della molteplicità multiculturale significa allora contribuire a creare una società in cui possa trovare spazio "l'etica dell'accettazione e del rispetto dell'altro […] una società dove il dialogo mette in contatto ma senza l'impegno (o la premeditazione) di mescolare e identificare e anche se alla fine del dialogo nessuno cambia idea"[54].

Può il dialogo, così fragile nelle sue promesse ed incerto nei suoi esiti, essere strumento convincente di fronte alle aspre, immani sfide della convivenza multiculturale? Le testimonianze di contrapposizione culturale, di conflitti, di diritti violati che scandiscono l'attualità sembrano indicare nel diritto penale un necessario baluardo contro pericolose derive relativistiche, riservando al dialogo un ben misero destino.

---

[52] SEN, Amartya. **Identità e violenza**. 2° ed. Traduzione di Fabio Galimberti. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 46, mette in guardia «i teorici dello scontro di civiltà» dal fornire «sofisticate pezze d'appoggio» a convinzioni popolari grezze e prive di riflessività.

[53] «Un dialogo fruttuoso esige capacità di ascolto, di rispetto dell'interlocutore; ed anche consapevolezza che c'è bisogno di controllo reciproco delle posizioni in conflitto, nella ricerca di auspicabili consensi per intersezione e/o di ragionevole gestione dei dissensi, magari attraverso *accordi parzialmente teorizzati* serbando un *pragmatico silenzio* sulle diversità delle premesse», PULITANÒ, Domenico. Diritti umani e diritto penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. n. 4, p. 1634, 2013.

[54] URBINATI, Nadia. **Il bene e il giusto**. Udine: Forum, 2013, p. 21.

Ma il lascito di ogni sconfitta – il "secchio vuoto", nelle immagini di Calvino[55] – è anche un bagaglio di consapevolezze da acquisire, di responsabilità da riconoscere, di limiti da valicare per una convivenza multiculturale più equa, nel rispetto reciproco della diversità. Così, «ci affacceremo al nuovo millennio, senza sperare di trovarvi nulla di più di quello che saremo capaci di portarvi»[56].

[55] Il riferimento è al titolo di un racconto di Kafka – "Il cavaliere del secchio" – nel quale il protagonista è alla vana ricerca di carbone in una fredda notte invernale, cfr. CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 31. Per riflessioni sulla «vividezza che solo la letteratura può offrire» nel rappresentare ciò che alla legge può mancare, «in termini di relazionalità e di umanità», cfr. VISCONTI, Arianna. Precetto, valore, sanzione: categorie giuridiche 'sotto processo' in Melville. FORTI, Gabrio – MAZZUCATO, Claudia – VISCONTI, Arianna. **Giustizia e letteratura**. II, p. 361.

[56] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**, p. 32.

DALLA 'PLURALITÀ' AL 'PLURALISMO'. RUOLO E PROSPETTIVE DELLA PROGETTAZIONE E DELLA VALUTAZIONE PARTECIPATE DI NORME E POLITICHE PUBBLICHE A SUPPORTO DI UNA 'MULTILEVEL GOVERNANCE' EFFICACE, EFFICIENTE, DEMOCRATICA ED INCLUSIVA

Nicola Pettinari[1]

1. LA QUALITÀ DELLE NORME E DELLE POLITICHE PUBBLICHE TRA PARTECIPAZIONE PUBBLICA E NUOVE 'INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES' (ICT): DA UNA 'DEMOCRAZIA INTERMITTENTE' AD UNA 'DEMOCRAZIA CONTINUA'?

Sulla spinta di necessità provenienti da meccanismi storici e sociali eterogenei, caratterizzanti la contemporaneità e le sfide che essa comporta per un legislatore democratico (e capace di rispondere adeguatamente al mutamento economico e sociale), il fine del presente *paper* è quello di indagare la concreta efficacia degli strumenti propri della progettazione e della valutazione partecipate, nella piena convinzione che essi si evidenzino, tanto sul piano teorico, quanto pragmatico, quali elementi di volta di una concreta e spendibile innovazione istituzionale (prodromica ad un generalizzato innalzamento del benessere socio-economico dei cittadini[2]).

L'analisi condotta intende indagare le potenzialità e le criticità degli strumenti menzionati in riferimento ad un contesto - come vedremo, in pieno rilancio e sviluppo - di '*multilevel governance'*. Nel farlo, verrà riservato particolare riguardo agli esiti che l'implementazione dei medesimi può produrre in termini di inclusione sociale, e, di conseguenza, di realizzazione di una democrazia concretamente pluralista (dove l'elemento 'concreto' va identificato in norme e politiche pubbliche in grado di realizzare compiutamente principi costituzionali fondamentali, come quello - appunto - 'pluralista', e quello di uguaglianza, soprattutto nella sua declinazione

[1] Dottorando in "Teoria dei Sistemi e sociologia dei processi normativi", Università di Macerata. Membro del Comitato scientifico dell'Osservatorio politiche partecipative dell'Umbria (OPP) - Dip. Scienze politiche Università di Perugia e Centro Studi giuridici e politici Assemblea regionale.

[2] Si veda lo studio del Fondo Monetario Internazionale che ha dimostrato come, agendo attraverso l'attuazione di incisivi programmi di miglioramento della regolamentazione si possa raggiungere (stima riferita al lungo periodo) «*un aumento fino al 7% del PIL e un aumento del 3% della produttività*» [IMF, *When Leaner Isn't Meaner:Measuring Benefits and Spillovers of Greater Competition in Europe*, in BASILICA F. (a cura di), **La qualità della regolazione. Politiche europee e piano d'azione nazionale**, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli editore, 2006, p. 22 e MONNI S., **Note in tema di impatto della regolazione sulle piccole e medie imprese**, in "**Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione**", n. 4, Franco Angeli, Milano, 2000].

sostanziale).

Appare difficile negare come l'implementazione di tecniche di progettazione e valutazione partecipate possa rivelarsi potenzialmente proficua, tanto per legislatori e amministratori[3], quanto per i destinatari delle norme e delle politiche pubbliche. Questi ultimi, venendo coinvolti attivamente, vedranno riconosciuta la loro *partecipazione* con regole ed interventi pubblici volti tangibilmente al miglioramento generale degli aspetti della vita da essi interessati. Infatti, procedimenti legislativi e politiche pubbliche partecipati evidenziano, ragionevolmente, un maggiorato margine di probabilità (sebbene in modo non necessariamente automatico) di risultare efficaci e rispondenti alle esigenze dei destinatari.

Non è trascurabile, nell'analisi delle dinamiche annunciate, l'ormai costante raccordo che - non privo di criticità - pone in crescente relazione le aree tematiche del *drafting* normativo, delle sue regole qualitative formali e sostanziali, e della democrazia partecipativa con gli strumenti provenienti dalle nuove *Information and Communication Technologies* (ICT): strumenti ormai fondamentali ed irrinunciabili al fine di implementare un percorso democratico concretamente interattivo tra legislatori e destinatari delle norme e delle *policies*. Basti pensare come, nel corso del tempo, le ITC si siano configurate sempre più come risorsa essenziale delle organizzazioni, all'interno delle quali si evince fondamentale riuscire a gestire - in maniera rapida, efficace ed efficiente - il volume crescente di informazioni: una vera arma strategica in grado di mettere a disposizione dati e informazioni qualitativamente migliori nell'ambito dell'organizzazione e che - grazie alle diffusione della tecnologia e dell'interconnettività - possono aiutare le organizzazioni a ridefinire i propri rapporti con cittadini, utenti, fornitori e altre organizzazioni (per esempio attraverso il c.d. 'IT Service Management'). A questo proposito, vale la pena di ricordare (osservando ciò anche, non secondariamente, proprio alla luce dell'azione innovatrice determinata da fattori rilevanti come l'appena ricordato sviluppo delle ITC) lo stretto nesso che connette, all'interno delle dinamiche legislative e amministrative, valori e parametri quali *partecipazione*, *qualità di norme e policies, legalità* e *consenso*. Si tratta di un nesso la cui consapevolezza appare inscindibile dalla reale qualità del livello di democrazia ricercato e raggiunto nei contesti di riferimento, a maggior ragione in un contesto in continua evoluzione e caratterizzato da sfide sempre nuove (come quelle poste dagli obiettivi fissati nell'ambito della '*multilevel governance*',

[3] Supportati, così, nell'individuazione dei nuclei sensibili su cui legiferare, ma anche di *come* farlo, e di come avere riscontri inerenti lo stato di attuazione e l'efficacia, auspicabilmente incrementando i margini di successo dell'intervento regolatore operato.

attualmente in via di ulteriore definizione).

Affrontare temi quali gli istituti e gli strumenti propri della democrazia partecipativa e quelli predisponibili in difesa degli aspetti qualitativi - nel contesto dell'attività normativa ('*rule-making process*') e dell'elaborazione di politiche pubbliche ('*policy-making process*') - significa, quindi, entrare nel vivo di un processo fondamentale nello sviluppo del livello di vicinanza dei cittadini alle istituzioni, affinché queste si rivelino davvero rappresentative dei reali bisogni della popolazione. Strumenti come quelli partecipativi, dunque, si qualificano come innegabilmente significativi nell'elaborare norme e *policies* congrue rispetto ai fini, efficienti e ben pianificate, anche e soprattutto con pieno riguardo all'impatto sociale ed economico che tali interventi produrranno[4].

Il fatto che i termini 'progettazione' e 'valutazione', sin dal titolo del presente *paper*, compaiano inscindibilmente accompagnati dall'aggettivo 'partecipate' evoca la (già peraltro ricordata) nozione di 'democrazia partecipativa', qualificando le due attività in modo specifico e caratterizzante sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, tale caratteristica dell'essere partecipate verrebbe ad estrinsecarsi in relazione ai *soggetti* (necessariamente molto più numerosi e variegati) coinvolti nel processo decisionale *ex ante* ed in quello valutativo *ex post*. Dall'altro, specularmente, verrebbe interessato l'aspetto procedurale, dovendo i processi decisionali - e i relativi procedimenti - adattarsi alle attività volte alla *consultazione* dei destinatari.

Per capire il senso e la portata della democrazia partecipativa (e dei suoi *metodi* e *tecniche*), possiamo affermare che essa «configura una interazione, entro procedure pubbliche – soprattutto amministrative, ma anche normative – fra società e istituzioni, che mira, mediante sia collaborazione che conflitti, a produrre volta a volta un risultato unitario, imputabile a entrambi questi soggetti[5]» (mutuando concetti delineati variamente in pensatori considerati "classici" del pensiero occidentale moderno e contemporaneo, quali, per citare solo i più noti, Locke, Rousseau, Kant e Habermas). La democrazia partecipativa è quindi un 'relazionarsi' della società con le istituzioni, che può interessare sia la fase *ex ante* che quella *ex post*, poiché ricomprende in sé l'idea che il destinatario dell'intervento possa conferire il suo apporto durante tutto il processo

[4] Aspetto, questo, sufficiente a coglierne la reale importanza, specie in fasi critiche come quella attuale, caratterizzata dallo scompaginamento di molte delle tradizionali strategie di intervento pubblico, ormai inadeguate nel fronteggiare le nuove sfide derivanti dalla crisi economica e dai suoi effetti socio-politici.

[5] Allegretti U., **Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia** (Cap.1), in Allegretti U. (a cura di), **Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa**, Firenze University Press, 2010.

decisionale (il contributo dei cittadini va pertanto valorizzato in tutte le sue fasi e oltre, dalla progettazione alla valutazione dello stato di attuazione). Gli strumenti di democrazia partecipativa sono insomma connessi alla creazione di un *metodo* in grado di garantire agli *stakeholders* la sicurezza di essere consultati e di poter acquisire un ruolo di spessore nel determinare le scelte pubbliche e all'interno dei procedimenti di progettazione e formazione delle norme (basti pensare al ruolo riconosciuto dalle Istituzioni europee alla consultazione, in sede normativa, sin dai primi anni 2000[6], per esempio in fatto di analisi dell'impatto). La nozione di democrazia partecipativa (eminentemente applicativa) si distingue, per l'orientamento marcatamente operativo, da quella di democrazia deliberativa, latrice di un'essenza indiscutibilmente più normativa e filosofica. Superando le differenze tra le due, però, si può rilevare come entrambe possano essere ricondotte alla tendenza, riscontrabile in molte democrazie (specialmente in questi anni), di allargare l'arena della partecipazione e renderla sempre più fruibile da parte dei cittadini, oltre alla possibilità di valorizzare il capitale sociale e umano di un dato territorio (i principi di sussidiarietà e di proporzionalità emergono come centro di questa impostazione).

Il campo delle politiche per la promozione della partecipazione dei cittadini alla vita pubblica si è andato, pertanto, configurando sempre più come un ambito nuovo e specifico delle politiche pubbliche, in intima connessione con le profonde trasformazioni sociali dell'ultimo ventennio, di cui la rivoluzione tecnologica già accennata, trainata dallo sviluppo delle nuove ICT, costituisce una componente rilevante. Le ICT possono conferire, infatti, un importante contributo non solo in termini di innovazione organizzativa e di prestazioni amministrative (*e- government*), ma anche - guardando ai processi politici in senso proprio - alla formazione sia della rappresentanza che delle decisioni politiche (*e-democracy*)[7], tenendo conto della trasformazione in atto nelle relazioni fra attori pubblici e privati (contestuale ad un crescente e generalizzato processo di transizione dal piano di *government* a quello di *governance*). Il tutto in virtù di come esse offrano importanti opportunità per rafforzare ed estendere i flussi di comunicazione fra

[6] COM 11.12.2002, 704 def. A sua volta esito di un processo di consultazione avviato sulla base del documento *Proposta di Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate* ad opera della Commissione (COM, 2002, 277 def.).

[7] Si veda il rapporto OCSE (*Citizens As Partners. Information, Consultation and Public Participation*, in Policy Making, 2001), dove si enfatizza la necessità di rafforzare il coinvolgimento dei cittadini, per migliorare la qualità delle politiche pubbliche, per un miglior management delle conoscenze (collettive ed individuali), di integrare meglio i punti di vista dei cittadini nel processo di definizione delle politiche, rispondere all'accresciuta domanda, da parte dei cittadini, di trasparenza e responsabilità degli attori pubblici, rafforzare la fiducia dei cittadini verso i governi e le istituzioni pubbliche, contrastando il declino della partecipazione elettorale. Un percorso sostanzialmente analogo è stato svolto dalle Nazioni Unite [rapporto *Benchmarking e-govemment: A global perspective. Assessing the Progress of the UN Members States* (2001), realizzato in collaborazione con l' American Society for public Administration (DPEPA]; in particolare secondo la definizione di quest'ultime rientrano nel campo della *e-governance* le politiche a sostegno dell'innovazione dei processi democratici, della trasparenza e della partecipazione al *decision making* (è quest'ultimo punto che viene associato al termine *e-democracy*).

cittadini e istituzioni, in un contesto comunicativo generale sensibilmente mutato dalla loro diffusione e utilizzo[8].

A completamento di quanto sinora detto, sembra efficacemente vivida la formula elaborata dal teorico italiano dell'*e-democracy* Stefano Rodotà[9], il quale ha parlato di passaggio da una 'democrazia intermittente' ad una 'democrazia continua' (e dunque da una nozione 'ristretta' di *government* ad una 'inclusiva' di *governance*): una transizione, questa, che si porrebbe in essere proprio mediante l'ausilio che le tecnologie digitali possono offrire ai processi decisionali pubblici (e alla loro apertura ad una platea sempre più ampia). La prima nozione è descritta come caratterizzata dalla periodica convocazione dei cittadini, in occasione delle consultazioni elettorali, in un contesto di scarsa (o manipolata) informazione e di persuasione (basate, in gran parte, sui mezzi di comunicazione di massa). La seconda, invece, si fonda sull'attivazione di processi di coinvolgimento che consentano ai cittadini di essere informati in modo approfondito circa i temi di interesse, e, conseguentemente, di partecipare alla definizione degli stessi, in modo che le decisioni possano scaturire da un confronto costante e consapevole. L'obiettivo della promozione della partecipazione dei cittadini ai processi democratici attraverso le ICT si colloca all'interno della cornice più ampia di politiche pubbliche per l'*e-democracy*, nella quale si ricomprendono tutte quelle azioni che consentono di partecipare attivamente - utilizzando le tecnologie informatiche - alla vita pubblica, mediante voto elettronico, invio di proposte, etc. e, più in generale, attraverso ogni azione atta a consentire l'esercizio della partecipazione a procedure di decisione politica e amministrativa (*forum*, inchieste pubbliche, sondaggi di opinione) che facilitino il controllo democratico sullo svolgimento dell'azione dei poteri pubblici (anche richiamando, in misura più o meno indiretta, le nozioni di trasparenza e accesso).

2. QUALCHE CRITICITÀ… DA CUI IMPARARE PER IL FUTURO: ANALISI E VALUTAZIONE D'IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE

Asserendo, in apertura, come l'implementazione di tecniche di progettazione e valutazione

[8] Sono abbattuti numerosi vincoli tecnici alla diffusione dell'informazione (vincoli di spazio, di tempo, di 'ingombro' e peso) per tutti i soggetti, istituzioni e cittadini. Molti flussi di informazione appaiono 'disintermediati', essendo emerse per una grande pluralità di soggetti opportunità di comunicare direttamente ai loro destinatari attuali e potenziali. La disintermediazione dei flussi di comunicazione e la loro pluralizzazione - legata a bassi costi e crescente agilità nell'uso attivo dei nuovi media - hanno rafforzato le opportunità di relazione sociale fra soggetti prima isolati, minoritari e dispersi, con scarse risorse per accedere alla sfera pubblica.

[9] RODOTÀ S., **Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**, Laterza, Bari, l997.

partecipate possa rivelarsi «*potenzialmente* proficua», è stata asetticamente assunta la prospettiva di rilevare, quale effetto, l'impatto positivo che ne sarebbe scaturito immaginando che gli strumenti correlati venissero *organicamente* inseriti - in modo razionale, interoperativo e proporzionale – all'interno di un ambito (quello del processo decisionale e della sua attuazione) che presenti condizioni ottimali in grado di consentire un pieno dispiegamento delle 'potenzialità' accennate.

Ai fini dell'analisi intrapresa, sarà interessante rilevare non solo come numerose esperienze non abbiano condotto agli effetti sperati, ma anche e soprattutto quali siano i fattori che ne impediscono una piena implementazione (definendo i tratti degli aspetti carenziali, patologici e degenerativi possibili) e come ci si possa avvicinare a condizioni che, seppur non 'ottimali', possano comunque garantire un avanzamento della qualità di norme e *policies*, in vista di una valorizzazione - non da ultimo in senso pluralista - della strategia della *governance* multilivello.

Nel ricostruire panoramicamente quali strumenti abbiano subìto distorsioni cristallizzatesi in criticità ben rilevabili, mi ricondurrò alla disattesa concretizzazione di attività di analisi e di valutazione di impatto della regolamentazione (da qui in poi 'AIR' e 'VIR', come indicato nelle fonti italiane[10] che le disciplinano come attività – relative alla c.d. 'qualità sostanziale' - da svolgere rispettivamente *ex ante* ed *ex post*, rispetto all'implementazione di un intervento legislativo). Ciò nella piena convinzione che costituiscano modelli paradigmatici nello schematizzare gli «aspetti carenziali, patologici e degenerativi» poc'anzi accennati.

Il fatto che il perimetro organizzativo all'interno del quale osserveremo le criticità annunciate sia quello della *governance* multilivello comporta necessariamente un raccordo con il livello istituzionale comunitario, giacché la '*governance* multilivello' di cui parliamo è, *in primis*, '*governance* multilivello europea'. È infatti proprio in ambito comunitario che il tema della qualità della normazione (in senso 'formale', e, ancor più, 'sostanziale') è divenuto protagonista di un percorso di crescente attenzione da parte delle istituzioni: acclamato quale «importante elemento di novità»[11], esso è venuto a qualificarsi sempre più come un «interesse pubblico autonomo, e pariordinato»[12] rispetto «ai classici interessi pubblici "di settore"[13]»[14]. L'AIR e la VIR

[10] Tra le quali possiamo ricordare: la legge 8 marzo 1999, n. 50, "Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - legge di semplificazione 1998", che introduceva, all'art. 5, l'analisi di impatto della regolamentazione nell'ordinamento statale italiano e la legge n. 246 del 28 novembre 2005 ("Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005"), che si occupa di dare attuazione (art.14) all'analisi di impatto della regolamentazione (AIR).

11 CARBONE L., TIBERI G., **La "better regulation" in ambito comunitario**, in "**Quaderni costituzionali**", 3/2001, p. 699.

12CARBONE L., TIBERI G., **La "better regulation" in ambito comunitario**, p. 699.

costituiscono, in seno all'Unione europea come in vari Stati membri, uno degli strumenti principali delle politiche di miglioramento qualitativo della normazione. L'obiettivo di migliorare la qualità della regolazione rappresenta dal 2005, tra l'altro, una parte integrante della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione: la semplificazione normativa, la qualità delle leggi e l'analisi/valutazione di impatto della regolazione si configurano come momenti essenziali per l'accrescimento della competitività, in stretta connessione alla semplificazione degli adempimenti amministrativi a carico di imprese e cittadini. Sono questi, in effetti, temi che ormai da tempo rappresentano obiettivi strategici della Commissione, nella prospettiva che vengano ulteriormente sviluppati nella maggioranza delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri. Nel corso dell'incontro, a Strasburgo, del novembre 2000, i ministri della pubblica amministrazione degli Stati membri dell'Unione pervennero ad una risoluzione sul miglioramento della qualità della regolazione all'interno dell'Unione Europea[15]. Da tale circostanza prese l'avvio un processo che portò alla riunione di un *team* d'alta consulenza, costituito da sedici esperti in fatto di regolazione (figure professionali scelte dagli stati membri, più uno inviato dalla Commissione), animato dal fine di redigere un piano d'azione finalizzato all'implementazione delle direttive del Consiglio di Lisbona sulla *Better Regulation* (*Mandelkern Group on Better Regulation*, 2001) e che divenne noto, fin dall'inizio delle riunioni (nel dicembre 2000), col nome del francese che ne aveva assunto il ruolo di presidente, Dieudonné Mandelkern. Il *Mandelkern Group* si trovò ad approfondire, sulla base delle linee indicate nella Risoluzione di Strasburgo, un ventaglio di tematiche europee e nazionali, quali il sistematico utilizzo dell'AIR, Il valore della trasparenza all'interno del processo di consultazione che precede la produzione di un testo legislativo, l'auspicabilità di un utilizzo più ampio della codificazione e l'intenzione di semplificare in tempi brevi la legislazione allora vigente. Una parte consistente del Rapporto è dedicata all'AIR, in quanto strumento decisamente rilevante nello sviluppo di un processo regolativo moderno, in grado di fornire – se ben utilizzato - risposta alle esigenze di un nuovo tipo di *policy* che pone le sue basi su dati riscontrati mediante questo quasi-procedimento. Il Gruppo Mandelkern ha approfondito i requisiti necessari all'AIR e le possibilità di implementazione dell'intero processo, descrivendo inoltre la forte interdipendenza dello strumento con l'ambiente amministrativo, costituzionale e legislativo nel quale si trova ad

13 Quali, solo per citarne alcuni, crescita produttiva e occupazionale, ambiente, *welfare*, ecc….

14 Tanto da elevare la questione (all'interno delle iniziative di *better regulation* varate dalla Commissione nel quadro di accordi cornice con il Consiglio) al grado di «uno dei quattro pilastri per il completamento del mercato unico europeo», CARBONE L., TIBERI G., **La "better regulation" in ambito comunitario**, p. 701.

15 Interesse, questo, sino ad allora «tutelato solo indirettamente, nell'ambito del perseguimento di specifiche finalità di regolazione» CARBONE L., TIBERI G., **La "better regulation" in ambito comunitario**, p. 699.

essere reso operante. Uno degli aspetti più interessanti della ricerca è senza dubbio la sezione che analizza i problemi più comuni nel sistema AIR, dove emergono palesemente i rischi legati alle difficoltà pratiche nell'implementazione, le resistenze culturali[16] e le pressioni politiche[17] con le quali questo strumento è costretto a fare i conti.

Non meno importante appare il corrispondente *ex post* dell'AIR, vale a dire la VIR. Se la prima, infatti, ha lo scopo di predisporre una «valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative» (art. 14 della l. 246/2005), la seconda si configura come una valutazione (possibilmente periodica) sullo stato di attuazione di un determinato intervento normativo sui destinatari (cittadini, imprese, associazioni, etc.) e sulle loro attività (ricomprendendo strumenti di analisi costi/benefici nell'osservazione dei livelli di raggiungimento degli obiettivi sulla base dei quali l'intervento è stato posto in essere). Si comprende, pertanto, come la sinergia tra analisi *ex ante* e valutazione *ex post* dell'impatto derivi dall'inscindibilità strutturale e funzionale tra le due (sulla base di un'evidente complementarità concettuale e operativa).

A saldare AIR e VIR è uno strumento 'chiave', il quale determina, in modo sostanziale, il livello di apertura (e dunque, in proiezione, di democraticità) dei processi decisionali ove esse siano state implementate: lo strumento della *consultazione* (peraltro direttamente ascrivibile alla sfera degli strumenti tipici della democrazia partecipativa). Sempre in ambito europeo, già da tempo, peraltro, è stato individuato il legame che sembra unire la consultazione alle logiche di progettazione e valutazione proprie della *governance* europea[18].

16 A tal proposito si rimanda all'approfondimento della questione culturale sottesa alla qualità della regolazione effettuata da Massimo Carli nel suo saggio **La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura**, in RAVERAIRA M. (a cura di), **"Buone" regole e democrazia**, Soveria Mannelli, Rubettino, 2007.

17 Le difficoltà rinvenibili nell'ambiente culturale sono principalmente riconducibili alla rigidità del sistema amministrativo e politico: le tradizioni legislative consolidate e l'indipendenza dei molti ministeri ed enti interministeriali mal si conciliano con le stringenti restrizioni imposte da uno strumento di tali rigore e precisione (che per sua natura non concede molto spazio alle interpretazioni - non sempre dotate di motivazioni razionali - del decisore politico). In altri casi l'AIR può venir recepita soltanto come un ulteriore appesantimento burocratico privo di reali benefici.

18 Già nel luglio 2001 la Commissione aveva presentato un Libro bianco dedicato alla governance Europea (adottato dalla Commissione europea il 25 luglio 2001), unitamente alla Comunicazione *Simplifying and improving the regulatory environment* (Consiglio europeo di Laeken, 14 e 15 dicembre 2001). Continuando ad osservare come la consultazione seguiti a costituire un nucleo duro dell'azione comunitaria in fatto di qualità normativa e delle politiche pubbliche, non possiamo dimenticarci che, sempre la Commissione, il 5 giugno 2002 (in osservanza dei punti salienti del Rapporto Mandelkern) presentò una comunicazione sul "*Better lawmaking*", accompagnata da altre tre comunicazioni, due delle quali dedicate ai temi annunciati: una (sulla consultazione) intitolata *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, nella quale venivano enunciati cinque standard minimi di consultazione che i servizi della Commissione avrebbero dovuto applicare al fine di razionalizzare le varie procedure (e prassi) di consultazione; nell'altra, sulla valutazione d'impatto, si introduceva la nuova AIR comunitaria, intesa come «analisi d'impatto

Allo stato attuale, l'implementazione di AIR e VIR, come dello strumento della consultazione in sé, presenta criticità estremamente forti, e ciò è ancor più rilevabile proprio adottando un filtro analitico che ponga al proprio centro la *multilevel governance* (e le connesse aspettative pluraliste). Quest'ultima affermazione affonda le sue radici nel fatto che le criticità più evidenti, soprattutto nel caso italiano, riguardano il livello regionale, e ciò con l'aggravante che le stesse si configurano come epifenomeno correlato ad una riforma, quella del Titolo V, che nasceva, al contrario, proprio con lo scopo di valorizzare e promuovere i livelli sub-statali, specialmente, a livello normativo, quello regionale (nel caso italiano unico altro livello, al di fuori di quello statale, titolare di funzione legislativa). A seguito della riforma, infatti, venne ridisegnato l'assetto delle competenze tra Stato e Regioni (oltre che il ruolo degli enti locali), comportante, sulla base di un rinnovato senso del prestigio della legislazione regionale[19] e della promozione di principi come quello di sussidiarietà (orizzontale e verticale), anche la necessità di assicurare una maggiore aderenza della regolazione e delle *policies* alle esigenze dei territori (gettando basi, seppur embrionali, di una democrazia di prossimità).

Nonostante non manchino previsioni nei 'nuovi Statuti' a tutela di tali strumenti, ad esse non ha fatto seguito una legislazione regionale di attuazione che ne disciplinasse i dettagli e, di conseguenza, AIR e VIR si presentano, attualmente, come presenze ectoplasmatiche nei procedimenti legislativi regionali, all'interno dei quali (anche laddove previste) non hanno conquistato assolutamente un carattere obbligatorio e vincolante. Il tutto a dispetto del fatto che sin dal 2001, sul fronte regionale, si sia manifestato un certo interesse verso questi strumenti, come sembrano attestare gli *start* impressi, di lì a poco, a molteplici sperimentazioni[20] e l'inserimento di previsioni in tale direzione tra le disposizioni neo-statutarie e, in qualche (ben più sporadico) caso, in quelle legislative. In fatto di formazione tecnica degli operatori istituzionali (generalmente funzionari) finalizzata alle sperimentazioni AIR, bisogna rilevare come quasi tutte le

---

"integrato"», che avrebbe sostituito tutte le altre valutazioni parziali fino a quel momento adottate dalla Commissione. Ulteriore documento dal quale è possibile cogliere il rilievo dell'interesse per il tema della necessità di analisi d'impatto della regolamentazione accurate e ben strutturate (e dunque ricomprendenti lo strumento della consultazione) è il *Decalogue for better regulation*, «meant to provide a checklist for integrating better regulation principles into the process of regulating at EU level». Tale "decalogo" è stato emanato dallo *High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens*, riunitosi a Stoccolma il 12 novembre 2009, e dichiara che «It is not intended to be exhaustive, but to give a quick overview of the most important threads when preparing "smart" regulation».

[19] In tal senso ricordiamo come da legislatori abituati «a riempire spazi all'interno di una legislazione nazionale alquanto dettagliata e vincolante» [BASILICA F. **(**a cura di**), La qualità della regolazione. Politiche europee e piano d'azione nazionale**, pag. 513], si passasse così all'esercizio di una potestà legislativa ben più ampia rispetto alla precedente stagione.

20 Tra le quali quella condotta in Umbria finalizzata alla progettazione - almeno nelle intenzioni originarie, poi esemplarmente disattese - della legge n. 8/2004, concernente la "*Disciplina della raccolta, coltivazione, conservazione e commercio dei tartufi*").

Regioni abbiano preso parte, in quella stagione, alle iniziative e ai programmi organizzati dal Formez (per conto del Dipartimento della Funzione pubblica), fino a ricomprendere in qualche esperienza (Toscana e Friuli Venezia Giulia) l'organizzazione di attività di formazione dei funzionari di Giunte e Consigli (con realizzazione di sperimentazioni intraprese in piena autonomia)[21]. Ad ormai quasi quindici anni dall'avvio del processo in analisi, però, circa AIR, VIR e consultazione si può dire quello che non è sbagliato affermare per molti altri strumenti finalizzati alla qualità della regolazione e delle politiche pubbliche, ossia che il loro concreto inserimento in un insieme organico di pratiche è, salvo rari casi, ben lontano dal rendercelo apprezzabile come uno strumento diffuso ed istituzionalizzato all'interno del procedimento di formazione delle leggi, non superando lo stadio, in molti casi, della mera previsione di natura formale rinvenibile nelle citate disposizioni statutarie o legislative[22], pur apparendo le Regioni «consapevoli dell'importanza e della necessità di strumenti del genere»[23].

Oltre la mancata implementazione di AIR e VIR, si rileva anche una certa distorsione dell'utilizzo della consultazione: utilizzo che molto spesso ne elide la sua natura strumentale più intima, e cioè quella partecipativa. Della sua importanza in questo senso testimoniano le frequenti raccomandazioni (comunitarie e nazionali) che la vedono prescrivere come strumento essenziale, in virtù del suo essere dotata della capacità di spiegare motivazioni e necessità di uno specifico atto di regolazione ad una platea quantitativamente crescente di fruitori, permettendo il loro passaggio qualitativo (mediante questo stimolo alla partecipazione) da semplici "utenti" (nel senso passivo di "soggetti destinatari" o, al massimo, di "utilizzatori pedissequi") a "cittadini" (nell'accezione di "soggetti attivamente coinvolti nel processo regolativo-decisionale"), normalizzando così per i "governati" la possibilità di comprendere e conoscere determinate

[21] Tali attività del Formez, sostanziatesi in due cicli (ciclo 2002-2004 e ciclo 2005-2007), hanno visto il coinvolgimento di alcune Regioni (Piemonte, Umbria, appunto, e Campania) che hanno, in quella fase, condotto l'AIR su più di un provvedimento normativo. Sin da questa preliminare introduzione del ruolo dell'AIR nel contesto della legislazione Regionale, emerge come, nelle intenzioni delle sperimentazioni, i "primi passi" di cui si è appena detto, avrebbero dovuto avere un effetto indiscutibilmente propulsivo ai fini della diffusione dell'AIR e della sua "normalizzazione" all'interno dell'*iter* legislativo regionale (nelle intenzioni e nelle previsioni degli interessati tale risultato era auspicabile nel medio periodo). Questo ottimismo di fondo si scontrò però, nella maggioranza dei contesti di riferimento, con la presa di coscienza che implementare l'AIR, soprattutto là dove era qualcosa di veramente nuovo, volesse dire intraprendere un percorso indubbiamente complesso a causa delle variegate articolazioni che necessariamente si devono porre in essere per aggiornare in tal senso l'*iter legis*, oltre che - snodo, questo, davvero cruciale - a causa di una serie di ostacoli di ordine prettamente culturale, che hanno pervaso e pervadono certi settori della burocrazia e soprattutto della politica non ancora disposti a capire il mutamento dei tempi ed il fatto che in uno scenario come quello attuale «le decisioni autoritative non si legittimano più solo in ragione della supremazia del soggetto da cui promanano» (CARLI M., **La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura**, in RAVERAIRA M. - a cura di -, **"Buone" regole e democrazia**, Soveria Mannelli, Rubettino, 2007, pag. 180).

22 Rarissimi i casi di disciplina attuativa e i relativi riflessi di essa sugli assetti organizzativi regionali.

23 BASILICA F. **(**a cura di**), La qualità della regolazione. Politiche europee e piano d'azione nazionale**, pag. 515.

istanze della burocrazia, della politica, delle politiche pubbliche e dell'ordinamento giuridico, oltre che di concorrerne alla formazione. Siamo in presenza di un passaggio cruciale nel processo di elaborazione di una forma di consenso diffuso verso le innovazioni decisionali.

Purtroppo, tale ruolo rimane molto spesso, nelle Regioni italiane, solo sulla carta. Soventemente la previsione di forme di consultazione emerge dai Patti regionali per lo sviluppo (fondamentali per comprendere i tratti salienti della cultura politico-amministrativa delle Regioni), che sembrano, con una certa frequenza, cristallizzare e sancire il passaggio da un sistema di concertazione «debolmente strutturato» ad uno «fortemente strutturato», dove, per la naturale peculiarità di tale mutamento, la consultazione viene decisamente stimolata a ripensare il proprio ruolo – in senso restrittivo[24] - all'interno delle politiche pubbliche (non secondariamente a causa della natura prettamente pattizia, venendo i Patti sottoscritti da soggetti pubblici e privati che, insieme all'ente Regione, contraggono gli impegni stipulati in tali documenti).

Giacché la consultazione, per le caratteristiche dette, è lo strumento che permette, in un certo senso, di compiere uno degli *step* più rilevanti in termini di inclusione dei destinatari in seno ai processi decisionali, è facile comprendere come questo moto involutivo (nella qualità democratica dello strumento) danneggi, automaticamente, il disegno di *governance* multilivello e la sua portata pluralista e solidale.

3. LA '*MULTILEVEL GOVERNANCE*' COME «METODO COMUNITARIO RINNOVATO» E «COOPERATIVO». QUALI SPAZI PER UN «METODO DI GOVERNO PARTECIPATO» E PER LA VALUTAZIONE?

Se finora ci si è soffermati prevalentemente sulle attività di progettazione e valutazione degli interventi legislativi e di *policy*, sarà ora importante fornire coordinate concettuali volte, *in primis*, ad osservare i tratti peculiari della strategia di *governance* multilivello e, in secondo luogo, a comprendere quali siano il ruolo e gli spazi riservati al «metodo di governo partecipato» e alla valutazione, all'interno del c.d. «metodo comunitario rinnovato» (ricordo come si sia scelto di far riferimento al contesto europeo, ma meccanismi analoghi, con caratteristiche proprie, sono rinvenibili in molteplici contesti, quale, per esempio quello - in senso marcatamente federale - tipico dell'area nord-americana).

[24] Molto spesso scivolando verso caratteristiche fortemente concertative (e dunque depotenziate dal punto di vista del coinvolgimento democratico dei destinatari).

Si è fatto spesso sin qui riferimento alle nozioni e agli istituti osservati come fenomeni attualmente in divenire. Ciò è dovuto al fatto che essi costituiscono il centro di un vivo dibattito istituzionale, come testimoniano documenti e proposte di riforma sia europei che nazionali. La breve ricostruzione che seguirà ha inteso ripercorrere, all'interno dei documenti più recenti, le previsioni che legano saldamente il piano della '*multilevel governance*' a tre elementi fondamentali: quello cooperativo, quello partecipativo, e quello valutativo.

Riguardo all'elemento cooperativo, tra i "Principi generali della *governance* multilivello" contenuti nel Parere del Comitato delle Regioni "Sviluppare una cultura europea della *governance* multilivello: iniziative per dar seguito al libro bianco del comitato delle Regioni"[25], troviamo (all'art. 2) una prima menzione, laddove viene fornita una definizione di *governance* multilivello come «principio consistente nell'azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali, fondata sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sul partenariato, che si concretizza attraverso una cooperazione funzionale e istituzionalizzata intesa a elaborare e attuare le politiche dell'Unione europea». Al successivo art. 3, il Comitato ha tenuto a ribadire la necessità di un «metodo comunitario rinnovato», da realizzarsi mediante «un processo più inclusivo» e «l'attuazione di una *governance* multilivello che rafforzerebbe l'efficacia dell'azione dell'Unione europea tramite lo sviluppo di una nuova cultura della cooperazione interistituzionale e politica», auspicando che essa favorisca «la partecipazione al processo europeo dei rappresentanti eletti a tutti i livelli e, in ogni caso, di quelli provenienti da regioni con poteri legislativi». Salta all'occhio come la cooperazione venga associata ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, al partenariato e all'idea di una innovazione culturale di tipo istituzionale (il tutto in un costante riferimento alla rappresentanza dei vari livelli di governo[26]). In realtà, l'utilizzo del termine 'innovazione' potrebbe essere improprio, allorché non appare scorretto rintracciare in una simile formulazione il senso del progetto contenuto nella nozione originaria di federalismo cooperativo, dove la «dimensione prettamente territoriale di distribuzione del potere»[27] veniva posta in secondo piano rispetto alle «interconnessioni e i rapporti reticolari fra i diversi soggetti

[25] 94a sessione plenaria, 15 e 16 febbraio 2012, CIVEX-V-020.

[26] Nel medesimo Parere la cooperazione territoriale viene concepita quale parte integrante della politica regionale, «dal momento che il gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) costituisce un vero e proprio laboratorio della *governance* multilivello» [Parere d'iniziativa del Comitato delle regioni sul tema Nuove prospettive per la revisione del regolamento GECT (CdR 100/2010 fin)].

[27] VALASTRO A., **Partecipazione, politiche pubbliche, diritti**, in **Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo**, a cura di VALASTRO A., Jovene Editore, Napoli, 2010, pag. 25.

dell'ordinamento coinvolti nei processi decisionali»[28], rendendo quindi possibile intravedere in questo orientamento un indiscutibile nucleo di «metodo di governo partecipato»[29]. Sembrerebbe quindi un «qualcosa di nuovo… anzi, d'antico»[30] che torna ad essere ri-considerato sul percorso verso una necessaria «democratizzazione della democrazia (Allegretti U.)». È un'interpretazione, questa, che appare degna di interesse soprattutto nel contesto italiano, con il fine di compensare gli effetti della riforma del Titolo V (erroneamente definita da taluni 'federale'), che non si è fatta interprete della nozione più ampia appena descritta, ma che, anzi, sembra aver preferito «appiattirsi sulla riduttiva quanto sterile ricerca di mere formule di articolazione territoriale del potere», con l'unico risultato - in senso totalmente contrario all'istanza costituzionale pluralista – di aver moltiplicato «gli spazi riservati e chiusi del ceto politico locale e non anche ad aprirsi alla società»[31].

Anche l'elemento partecipativo viene posto, nel Parere, in correlazione con il principio di sussidiarietà, definendo quest'ultimo come «il corollario del valore aggiunto europeo e la *governance* multilivello come la modalità di gestione flessibile e partecipativa capace di consolidare i valori dell'Unione e la sua etica della responsabilità e della solidarietà, per permetterle di affrontare la multiforme realtà di un mondo globalizzato caratterizzato da un livello di interdipendenza e di competitività sempre maggiore». Ciò nella convinzione del Comitato che esso costituisca «il modo migliore per far prevalere l'interesse generale dell'Europa, degli Stati membri e degli enti locali e regionali» (art. 6). Non da ultimo, il piano della partecipazione viene interconnesso, all'art. 50, con quello della cooperazione, prevedendo « l'introduzione in futuro di un indice di cooperazione che consenta di misurare il livello di *governance* partecipativa negli Stati membri».

Il Parere riserva poi un'attenzione tutt'altro che trascurabile all'elemento valutativo, menzionandolo sin dal terzo punto del frontespizio, dove si dichiara l'intenzione, da parte del Comitato delle Regioni, di istituire un «Quadro di valutazione della *governance* multilivello a livello di Unione europea che contribuirà a misurare, ogni anno, l'attenzione riservata ai principi e meccanismi di base di questo tipo di *governance* nell'ambito del ciclo politico dell'UE»,

[28] VALASTRO A., **Le regole della democrazia partecipativa**, pag. 25.

[29] VALASTRO A., **Le regole della democrazia partecipativa**, pag. 24.

[30] M.M. PROCACCINI, **Partecipazione e federalismo: lessico e strumenti di un metodo di governo**, in VALASTRO A., **Le regole della democrazia partecipativa**, pag. 80.

[31] VALASTRO A., **Le regole della democrazia partecipativa**, pag. 25.

specificando che l'analisi condotta sarà incentrata sulla dimensione territoriale delle politiche e delle strategie esaminate. Con il fine di confermare e consolidare le disposizioni elaborate nel documento, si promuove poi, all'art. 50, lo sviluppo di un dialogo tra la Commissione europea e il Comitato delle regioni sul tema della *governance* nelle loro relazioni annuali, finalizzato, appunto, al «valutare i progressi conseguiti e gli ostacoli incontrati in ciascuno degli Stati membri, prima dell'adozione da parte del Consiglio delle sue raccomandazioni». La menzione continua, in riferimento all'attuazione del programma di Stoccolma con gli enti regionali e locali, all'art. 70, dove il Comitato ribadisce la sua partecipazione all'elaborazione delle modalità di valutazione, «in modo da garantire una migliore considerazione delle esperienze acquisite a livello di enti regionali e locali».

Il Parere, del 2012, è stato recentemente trasfuso, in gran parte dei tratti sostanziali sopra ricordati, nei contenuti della Carta della *governance* multilivello, adottata dal CdR il 3 Aprile 2014, con il sostegno del Consiglio d'Europa e del Congresso dei poteri locali e regionali.

Sul piano nazionale, appare interessante segnalare il Disegno di legge costituzionale "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, la soppressione del Cnel e la revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione", presentato (in conferenza stampa, a Palazzo Chigi) dal Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, lo scorso 12 marzo. In un unico testo si intende, quindi, procedere alla riforma del bicameralismo e del titolo V, rendendo il Senato un'assemblea delle autonomie, rappresentante le istituzioni territoriali, non più in grado di concedere o togliere la fiducia al Governo. Ciò che è davvero degno di nota, ai fini della ricostruzione qui operata, è come tale organo assuma così una funzione essenzialmente di raccordo tra lo Stato e le Regioni, con una significativa previsione inerente le «attività di verifica dell'attuazione delle leggi dello Stato e di valutazione dell'impatto delle politiche pubbliche sul territorio», aprendo, almeno in questo senso, la porta alla possibilità di un recupero, quantomeno parziale, del ricordato nucleo progettuale originario proprio del federalismo cooperativo.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Riconducendoci, da un lato, alla proposta (offerta dalla *call*) intorno alla quale questo contributo è stato pensato ('*molteplicità*'), e, dall'altro, agli strumenti (e alle relative osservazioni)

sin qui presentati, non possiamo esimerci dal rilevare come la compagine dei poteri pubblici interagisca con una dimensione, quella della società, caratterizzata da una molteplicità di forme, appartenenze ed identità che ne costituiscono le maglie (presentando evidenti asimmetrie di distribuzione del potere nell'accesso ai processi decisionali, determinate da fattori estremamente variabili - etnici, religiosi, associativi, sessuali, etc. - e degni di essere indagati da parte dei decisori pubblici). È altrettanto evidente come la stessa compagine istituzionale - strutturata su più livelli (dal locale al sovranazionale, passando per quello regionale e quello statale) - non sfugga alla dimensione del '*molteplice*'.

Lo schema dicotomico abbozzato sembra in larga parte sovrapponibile con una concezione bipolare della nozione di *pluralismo*, declinabile, da un lato, come principio che riconosce e tutela la pluralità dei livelli di governo territoriali (con particolare riguardo dell'aspetto inerente la loro autonomia, le competenze, le attribuzioni e le modalità di interazione istituzionale tra i medesimi), e, dall'altro, come principio che riconosce e tutela le diversità degli attori sociali, colti come *personae*, e, dunque, centro di un accettato e conclamato fascio di libertà e diritti sanciti costituzionalmente (con riferimento all'identità culturale, etnica, sessuale, politica, etc.). Nel primo caso è possibile parlare di un pluralismo di tipo istituzionale (le cui definizioni e differenziazioni interne vengono a costituirsi in riferimento all'elemento territoriale), mentre nel secondo appaiono utilizzabili le definizioni che aggettivano (specificando l'elemento caratterizzante l'identità/'specificità' tutelata) il pluralismo come 'culturale', 'sociale', 'religioso', 'politico', 'sindacale', etc. Certamente, il principio pluralista, nell'onnicomprensività delle sue declinazioni, costituisce una pietra angolare dei regimi democratici, dove si qualifica come principio fondamentale nell'ordinamento costituzionale (si pensi a come la sua previsione e la sua tutela qualifichino la forma di Stato definita, appunto 'democrazia pluralista').

Semplificando, o, forse, addirittura banalizzando, potremmo affermare che la sfida posta ai rappresentanti e agli amministratori consista nel governare la molteplicità, in una luhmaniana operazione di riduzione della complessità, mediante la selezione di quali opzioni normative e di *policy* promuovere, di quali fare a meno, e di quali differire nel tempo. Questa affermazione, nell'attuale contesto europeo, e a tutti i livelli di governo, si carica di un nuovo (o rinnovato) senso e, di conseguenza, comporta la necessità di ripensare strumenti che, più o meno innovativi, devono rispondere a precise istanze. La considerazione appena fatta si carica di obiettivi specifici nella cornice della '*multilevel governance*' che ha costituito il perimetro entro il quale ho cercato di

ricostruire il potenziale apporto della progettazione e della valutazione partecipate, e questi obiettivi si collocano in diretta connessione con i principi e le previsioni contenuti nel Parere del Comitato delle Regioni del 2012.

Il Parere e la sua derivazione più recente, la Carta della *governance* multilivello - ma anche il Disegno di legge costituzionale italiano sul superamento del bicameralismo paritario e la revisione del Titolo V (v. Par. 3 qui) - maturano in uno sfondo storico-istituzionale dal quale emergono visibilmente i risultati, di lungo termine, provenienti da una diffusa incertezza prodotta dal superamento di condizioni non più risolvibili nei modelli di convivenza classici (sempre più sfidati dalle istanze del pluralismo identitario ed etico), rendendo necessario un ripensamento delle coordinate che, incentrandosi sul paradigma dello Stato-nazione, hanno tracciato percorsi caratterizzati da punti fermi come la stabilità dei confini e delle istituzioni, l'unità politica e l'omogeneità culturale. Anche dove questo schema è stato ampiamente ammorbidito, la rigidità di fondo ha continuato a costituire l'orizzonte della maggioranza degli interventi pubblici. La presa di coscienza di questi elementi critici da parte del Comitato ha determinato la ferma convinzione a porre in essere il modello di nuova *multilevel governance* descritto, da realizzarsi attraverso un altrettanto *nuovo* metodo di governo. E l'apporto innovativo va riscontrato nella volontà di correggere un sostanziale *deficit* di esercizio del principio pluralista, manifestatosi, nella *governance* 'tradizionale' (dal livello comunitario sino a tutti i sottolivelli), attraverso *carenze di partecipazione* su entrambi i profili: istituzionale (scarso, poco incidente o meramente formale coinvolgimento dei livelli territoriali) e sociale (specularmente rispetto a quello istituzionale: scarso, poco incidente o meramente formale coinvolgimento dei destinatari degli interventi pubblici, in tutte le loro possibili varietà identitarie).

Dette 'carenze di partecipazione' sembrano - oltre che essere riconducibili alla definizione di '*deficit* democratico' (ormai tradizionale 'etichetta' dell'Unione europea) – aggravare ancora di più il giudizio sui decisori, laddove norme e politiche pubbliche poste in essere con un forte verticismo e mediante processi decisionali chiusi e scarsamente controllati (e controllabili) non hanno saputo recepire le necessità regolative derivanti dalla crescente friabilità dei confini statuali, dalle tendenze globalizzanti nella sfera economica, culturale e scientifico-tecnologica e culturale, dalla sempre più diffusa percezione di incertezza identitaria. La crisi economica iniziata nel 2008 ha fatto il resto, mettendo in evidenza uno scollamento tra governanti e governati (rilevabile proprio a partire dalla qualità e dalla rispondenza alle necessità pubbliche di norme e

policies) percepito come inaccettabile e inesorabilmente prodromico di una crescente sfiducia nei meccanismi della democrazia rappresentativa.

Recuperate simili premesse, che costituiscono l'*humus* dove impiantare i semi della nuova *governance* multilivello, è possibile sintetizzare alcune caratteristiche che rendono le tecniche di consultazione (dei destinatari) *ex ante* ed *ex post*, nei processi di progettazione e valutazione di norme e politiche pubbliche, degne di attenzione ai fini di un corretto funzionamento della strategia sintetizzata nel Parere del Comitato delle Regioni e nella Carta (con riguardo alla possibilità di attuare tutte le declinazioni del principio pluralista).

La consultazione, come strumento centrale dell'apertura dei processi di *rule-* e *policy-making*, consente rilevanti spazi di promozione e valorizzazione dei portati tipici di nuove e vecchie aggregazioni sociali, oltre che dei relativi saperi e patrimoni storici, economico-produttivi e culturali, consentendo di trasfondere nelle norme e nelle *policies* istanze e contributi fondamentali per lo sviluppo, materiale e immateriale, delle comunità e dei territori. Come ribadito dalla Commissione europea, inoltre, essa facilita un processo decisionale informato nel corso di tutto l'*iter* legislativo e migliora la qualità delle proposte, garantendo che le iniziative si basino su dati trasparenti, sul contributo (produttivo di effetti concreti e facilitato, ragionevolmente e ove possibile, da strumenti ICT) delle parti interessate, e su un'analisi approfondita e integrata delle ripercussioni economiche, sociali e ambientali delle varie opzioni esaminate. Aspetto fondamentale, questo, se considerato il ruolo di crescente importanza assunto - con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona - dalle Assemblee elettive, in particolar modo regionali e locali (all'interno di una nozione di democrazia che assegna ai livelli di governo più vicini al cittadino un ruolo di primo piano).

La proiezione del processo di responsabilizzazione dei livelli di governo regionali e locali, in Italia, si è concretizzata nella riforma del Titolo V, che appare però, per molti versi, incompleta e non priva di criticità, una delle quali è l'evidente vuoto di controlli sull'attività, riscontrabile nella sostanziale debolezza dei controlli interni e nella scarsa indipendenza dei controllori, il tutto aggravato dal fatto che l'accesso alla tutela giurisdizionale sia difficilmente praticabile a causa dei costi particolarmente alti. Sono aspetti che configurano un declino dei controlli di legittimità che non può lasciare indifferenti, ponendo la necessità di misure di controllo del potere politico. In questo senso la valutazione delle norme e delle politiche pubbliche, in particolare se comprensiva di aspetti partecipativi, potrebbe fornire un apporto sicuramente efficace, specie se sviluppata

parallelamente ad un'implementazione sempre più sostanziale del principio di trasparenza (realizzando una sinergia capace di attuare un controllo diffuso con effetto sistemico).

Quello che va ben chiarito è come avvicinare le nozioni di analisi *ex ante* e di valutazione *ex post* a strumenti, come la consultazione, propri della democrazia *partecipativa*, non significhi in alcun modo cercare un' 'alternativa' alla democrazia *rappresentativa*, ma consenta, anzi, di dotare quest'ultima di nuove fonti di legittimazione democratica, sulla base di un apprezzabile effetto di modernizzazione e democratizzazione, all'interno del circolo che lega il consenso e la partecipazione al binomio legittimità-legalità, andando ad agire sulla percezione dei destinatari degli interventi, aumentandone la fiducia istituzionale, il livello di inclusione sociale, il senso civico di partecipazione alla "cosa pubblica", e la consapevolezza della necessità della ricerca di un bene comune, inteso come concetto "vivente" nell'ordinamento giuridico. Il tutto concorrendo ad indurre comportamenti produttivi e crescentemente tendenti alla legalità, oltre che a ridurre la frattura tra governanti e governati (snodo, questo, nevralgico di ogni democrazia, come anche a più riprese sottolineato - oltre che dalla dottrina - da osservatori governativi e internazionali, come il Formez o l'OCSE, e come anche auspicato dal Trattato di Lisbona, animato, infatti, dallo scopo di estendere tale principio dalle realtà che già da decenni hanno recepito queste istanze a quelle dove tale processo si evince essere ancora *in itinere*, in vista della costruzione di una "democrazia europea").

Il fatto che le connotazioni partecipative conferite ad alcuni segmenti dei processi decisionali non siano in conflitto con la rappresentanza ai vari livelli di governo, ma che anzi siano ad essi di supporto, è ancor più rafforzata nelle previsioni del Parere, dove si annovera, tra le condizioni preliminari, quella di «consolidare i fondamenti e i principi alla base di questo tipo di *governance* nel quadro istituzionale e politico sia europeo che nazionale». Tale previsione, prosegue il medesimo documento, va perseguita dando attuazione «alla *governance* multilivello tramite meccanismi e strumenti pertinenti».

Il riferimento a «meccanismi e strumenti pertinenti» fornisce l'occasione per mettere in evidenza una caratteristica in comune tra analisi *ex ante* e valutazione *ex post*. Esse, infatti, possono produrre effetti concretamente apprezzabili, specie in riferimento all'efficacia e all'efficienza, solo se implementate in condizioni idonee a sottrarle alle due - antitetiche - tendenze patologiche a cui sono esposte (e a cui espongono gli esiti dell'intervento pubblico che li ha implementati in modo patologico). La prima patologia deriva da un'enfasi eccessiva

sull'elemento partecipativo (prioritariamente utilizzato come risorsa semantica da parte del legislatore), spesso di natura ideologica ed auto-giustificativa (e dunque con prevalente soddisfazione della c.d. 'funzione latente' del diritto) da parte dei poteri pubblici, che spesso si traduce in esperienze concretamente poco partecipate, dove la consultazione assume un ruolo ornamentale, concretizzandosi per lo più in mera informazione o sondaggio d'opinione, con esiti non interessati da vincolatività (volgendo verso una deriva plebiscitaria e/o populistica). La seconda è invece connessa al rischio di depotenziamento della consultazione, molto spesso sostituita (talvolta confondendo i termini stessi) dalla *concertazione* (la quale, privilegiando *stakeholders* forti, espone le decisioni pubbliche a derive oligarchiche e clientelari), oppure ad una strutturazione di analisi e valutazione in forme eccessivamente tecniche, col rischio di costi insostenibili e di scarsa controllabilità dei processi, che finiscono per essere comprensibili solo per soggetti specializzati (deriva elitista in senso tecnocratico).

Sembra logico individuare nella *pertinenza* degli strumenti, come nel principio di *proporzionalità*, le coordinate per selezionare i modelli e i metodi di analisi e valutazione più adatti al tipo di procedimento interessato, all'oggetto, ai destinatari, all'ambito e al livello di governo (ricordando che la flessibilità è, nella selezione degli strumenti, al contempo, un valore ed un criterio, ma anche, in certa misura, un fattore di rischio).

Certamente, quanto detto a proposito delle criticità ricordate a proposito di AIR e VIR nelle Regioni italiane porta a considerare come sia anche necessario lo sviluppo di una cultura politico-istituzionale capace di recepire l'apporto di progettazione e valutazione partecipate, in primo luogo rendendole attività obbligatorie e produttive di risultati vincolanti per i decisori pubblici. Sarebbe, questa, una condizione che consentirebbe di raggiungere al contempo, sul piano del risultato, un prodotto normativo maggiormente condiviso (e quindi più capace di produrre effetti), e, sul piano politico, una forma di controllo e limitazione del potere. In questo senso, rafforzando l'idea della complementarità tra l'istanza rappresentativa e quella partecipativa, appare ragionevole pensare che analisi e valutazione presentino caratteristiche strumentali in grado di restituire centralità alle Assemblee elettive regionali e locali, oltre che ai rispettivi esecutivi.

Detto ciò, la disattesa implementazione di AIR e VIR non va interpretata come un fallimento degli strumenti in sé, ma va necessariamente ricondotta ad un'analisi delle caratteristiche culturali, strutturali e funzionali impattanti sui contesti istituzionali – come pure sui relativi soggetti e procedimenti - che avrebbero dovuto indagarne il contributo e, magari,

implementarle già nel corso del primo decennio degli anni duemila (ossia la 'stagione' dei nuovi Statuti).

La Carta della *governance* multilivello adottata lo scorso aprile è il punto di partenza, come detto, di un *nuovo* metodo di governo. In quest'ottica, sembra giusto raccogliere i *feedback* provenienti dai casi ricordati di mancata implementazione, capitalizzando, in termini di consapevolezza, i punti di criticità per renderli dei veri e propri punti di partenza del percorso della 'nuova' *governance*, garantendone l'affiancamento con un (altrettanto) 'nuovo' metodo (fondato sull'apprendimento – '*trial and error*' - e sul miglioramento delle tecniche e degli strumenti, in ossequio al paradigma dell' '*enlightment*' elaborato da Weiss).

Data la ricordata necessità di governare una dimensione '*molteplice*' (e, quindi, '*plurale*', sia dal punto di vista degli attori sociali che dei livelli di governo), e visto il fatto che ciò avviene mediante operazioni di riduzione della complessità, vale dunque la pena di pensare, anzi, di RI-pensare la progettazione e la valutazione partecipate come snodi cruciali dei processi decisionali a carattere normativo e di *policy*. Ciò soprattutto in virtù delle loro potenzialità nel consentire tali operazioni di 'riduzione della complessità' (nel selezionare le opzioni regolative e nel valutarne l'attuazione e gli impatti) senza danno per la 'molteplicità', ma, al contrario, con sua piena valorizzazione.

Considerando la loro capacità di indagare la realtà (mediante, per esempio, gli esiti delle consultazioni) e di supportare il dialogo tra decisori pubblici e destinatari degli interventi, analisi *ex ante* e valutazione *ex post* sembrano presentare caratteristiche in grado di renderle momenti irrinunciabili per la costruzione normativa di un «pluralismo ragionevole» (Santambrogio A.). E la 'ragionevolezza' del pluralismo, in questo senso (con riguardo ai processi di produzione del diritto e delle sue fonti), appare doppiamente garantita dagli strumenti analizzati: da un lato, concorrendo a realizzarlo alla luce della sua natura teleologica (mediante adesione all'intima istanza 'progettuale' insita nel pluralismo inteso come orizzonte e scopo della deliberazione democratica) e, dall'altro, istituzionalizzandolo come parametro fondamentale dei metodi e delle tecniche della partecipazione ai procedimenti normativi. Tutto ciò consentendo, quale risultato, un compiuto e maturo passaggio dalla dimensione della '*pluralità*' (riflesso di una 'molteplicità' che si presenta come mera giustapposizione degli elementi che la compongono) a quella (inscindibile dal portato democratico) del '*pluralismo*', inteso come spazio di realizzazione di un'alta qualità della convivenza e dell'interazione tra i componenti della società civile, e, non di meno, tra questi, le norme e le istituzioni (a tutti i livelli di governo).

JUDICIAL SELFIE? NO THANK YOU! IN DEFENSE OF MULTIPLICITY OF [LEGAL] SPEECH

Márcio Ricardo Staffen[1]

INTRODUCTION

This paper proposes to study, from a literary view, the effects of the movement to standardise judged in Brazilian law. It seeks to demonstrate the need for a substantially democratic legal argument that, beyond the fetish of legal certainty, worries with the effectiveness and efficiency of judicial decision. In this research we focus on judicial decision in the shape of the democratic rule of law in the light of fundamental rights and guarantees.

Roughly speaking, the economic sciences (say Market Economics) took the place of nuclear physics; giving to the first (the economic science), the power to organize the orbit shift, evolution and involution of the sciences "satellites", magnetically attached to the core. However, the history ended with the collapse of the socialist menace and the fall of the Berlin Wall in 1989, as reported Fukuyama[2]. The substrate that took shape on the discourse was centered on a single neoliberal proposal. This supposed neutrality exposed an ideology without ideology[3], which repressed questioning and new proposals, in the words of St. Augustine: "se queres entender, deves crer primeiro", simply that was the novelty of this approach. For centuries, says Warat, "Uma ideologia fundamental sempre sucede a outra, isso é tudo. O que incomoda é que vivemos em uma época especial, onde nos perdemos na lenda que acabou, sem vislumbrar a mitologia sucessora."[4]

Immediately, the few voices who started to raise doubts about having only one possibility of discourse, were labeled retrograde and remained isolated. The duality of positions became outdated, inconceivable in modern times, mainly worried about costs, efficiency, externalities; law suffered the same fate. For ideological convenience, the law was based on the maximum legal

[1] Profesor and Director of the Master of Law – IMED/Brazil.

[2] FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Translation Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. Relativized later in: FUKUYAMA, Francis. **América em la encrucijada**: democracia, poder y herencia neoconservadora. Translation Gabriel Dols Gallardo. Barcelona: Ediciones B, 2007.

[3] BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neoliberal**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.

[4] WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISCS, 1985, p. 49.

certainty, as if the jurisdictional operations should have been summarize in mere arithmetic operations of type 2 + 2 = 4. It is true that the judicial activity cannot be a decision "*meta-latifundium"* in which the sentences vary the mood of bile. This, however, does not permit to change the system to the other extreme, as a *locus* of mere management, oblivious to any judgment of cognition, as well as hermeneutics.

In this substrate, like in an arithmetic logic, Brazilian jurisdiction has passed since the second half of the nineties of the previous century, profound changes, to exemplify: standardization of jurisprudence; clauses of general repercussion; repetitive features and binding precedents, implicitly creating the notion that any hermeneutic-interpretive exercise is prohibited. Thanks to a linguistic turn, using Sphinx of legal certainty, it became institutionalized the empire of predictability in judicial decisions, even in defiance of the Constitution of the Republic.

1. LITERARY CONTRIBUTIONS

Literature provides a metaphor, which alone is able to speak from a legal point of view. It frees the interpretation from the shackles imposed by the restricted field of law, in which the concepts of paradise prevails. If leave the field of legal science, we could make some real analysis of the conjunctures, of the context lived and, finally, about human existence as part of the Law[5].

The following lines do not have the power to understand the law through literature[6], they

[5] POSNER, Richard Allen. **Law and literature.** 3. ed. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, 570 p.

[6] The right is standard in the literature that analyzes the "Right from the literature, based on the premise that certain legal issues are best formulated and elucidated in great literary works than in treaties, manuals and specialized textbooks". Literature as a contribution to assist in understanding the law and its phenomena. Knowledge of the literature to the right due to the capacity of clarifying and critical reflection of transcendental issues that arise in the legal field. Deconstruction of a properly systematized the discipline of science literature. Should always be considered what could have been, beyond what exists. TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximação e perspectivas para se repensar o direito*. In*: _____. **Direito & literatura***:* ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-51. Check It is further: "The hypothesis developed in contemporary studies, which take the general rubric of law and literature, is that they are analyzed and described in the literary imagination more vividly than the doctrine itself, the foundations of the legal system, its mechanisms and symbolic meanings. Thus we can use the universe of values and symbols found in literary texts, as a rich and irreplaceable source for the process of understanding the legal system, its rules and institutions. This approximation of the Law with Literature takes place mainly through four models, each focusing on one aspect of this relationship: (A) *the right of the literature*, each of which analyzes the issues relating to intellectual property, civil liability of the writer, freedom expression, especially to matters concerning libel, defamation and slander; (B) *the law as literature*, in which they examine the literary qualities of the legal text, using for this the appropriate methods of literary criticism; (C) *the comparative law literature*, it is the comparative study of legal and literary and literary methods or the study of the literary structure of the law; (D) *Right in the literature*, the way in which literature is the law, justice, liberty, property, inheritance, punishment, crime, and judicial institutions providing social objectification of the system of legal norms. "All these models show how literature narrations, when dealing with legal problems, shows how the law is not an inward mechanism of himself, but an element of human life. Literary texts thus have the advantage of presenting the issues of law in its complexity without dogmatic concerns but committed to the objective social reality. The law is unveiled, particularly in its cultural richness, where the legal phenomenon arises in all its intensity, in addition to the positive norm and also with linguistic elegance, quality that this becomes increasingly unknown in contemporary legal language. "Most of

prioritise the need and usefulness of this way of thinking about juridical. Rather, the intention is to see law [in] literary; like a reverie, using a poetic license, with no commitment to the dictates, specific regulations and epistemologies.

According to Warat, approaching Law and Literature authorizes the installation of an environment of an healthy escape, which seeks to break away from the rigorous formalism of Juridical Science, "já que nos propõe pensar nos saberes e suas verdades sem estar na dependência de seus preconceitos, crenças e pressupostos"[7]. It is precisely this interdisciplinary *ethos* which abandons a tradition of prohibition and obligation, producing in the social tangle an excess of duty. The flight from reality is needed every time the day-to-day becomes heavy and difficult to read; the prose, rhyme, are ways to face reality without committing to the rigorism. There is no the intention to defy the *status quo*, but to bring other elements to support formalism to the world which wants consistent persons responsible[8].

From the literary lines perspective, musing on the proposed Italo Calvino[9] in the present millennium, we could cling literacy to the defense of compulsory multiplicity of legal discourse, as a wealth literary factor and a construction of common ideals and actions, as well as an escape from arbitrariness.

In the above writing it is possible to find one of the reason of the union among law and literacy, or an explanation why literacy is sometimes necessary to understand the Law. Proceeding now to what is more convenient to this article, it will be analyze, without demerit of other

---

the texts of legal doctrine, by its very nature, has become descriptive of a system of standards, closed within himself, which is not the real pulse of life of individuals and communities. The specific legal language is sad, repetitive and full of long doctrinal quotes, used ad libitum, and end up choking the life right under the mantle of authority argument". BARRETTO, Vicente de Paulo. Philia, autocracia e legitimidade. *In*: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & literatura:** reflexões teóricas, p. 117.

[7] WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**, p. 155.

[8] "As sociedades burocráticas-autoritárias e as sociedades burocráticas-tecno-militarizadas produzem um excesso de proibições e de organização social que acaba produzindo o deterioramento do prazer. Em conseqüência, a sociedade e o Estado fundem-se em uma única mentalidade repressiva. E o negócio é tão monstruoso que, como no caso da Argentina alfonsinista, resulta muito difícil saber a quem se pode inocentar de tanto sangue derramado. "Acredito que o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar não só com governantes que a admitam, mas também com uma sociedade questionante e desmistificadora dos eufemismos donde emerge o mito da unidade; o mito de um dever uniformizado com virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo. Possivelmente o gesto inaugural da democracia precisa esvaziar os sistemas de proibições. É proibido intertextualmente que precisamos tirar de nós mesmos e, em conseqüência a teia de frustrações próprias que provêm dos outros. Necessitamos descartá-los como estratégia revitalizante de nossos desejos para que sejam diferenciados dos outros..."[...] quando uma sociedade sente a necessidade de sair de um Estado poluído de proibições, ela deve repensar a função jurídica e estatal, passando a ver suas instituições como um lugar de produção coletiva de desejos, considerando a ordem fora de seu lugar consagrado...". WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**, p. 155.

[9] CALVINO, Italo. **Seis propostas para o próximo milênio**. 3rd ed. 10th. reprint. Translation Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 141 p.

passages contained in the novel, a portion of the Dostoevskij's novel “The Eternal Husband”:

This novel tells the story of Alexei Veltcháninov, a 39 years old man, who is an aristocrat, lavish and a hypochondriac. The story starts with him shrouded in a lawsuit to obtain a third heritage. After almost a decade Veltcháninov met again Pavel Pávlovitch Trusotsky, the widower of Natália, who had a loving relationship with Veltcháninov. Trusotsky is accompanied by Lisa, Nataliàs daughter, he believe to be his daughter, but in reality is Veltcàninov's.

Trusotsky, who is living a situation of personal degeneration driven by alcohol abuse, sexual orgies, and constant threats of suicide, decides to look for his wife's mistress. Veltchàninov finds out to be the biological father of Lisa, and decide for her sake, according with Trusosky, to bring her to live with a family in the countryside, where she will die because of her sickness. The plot continues to describe the relationship between Trusotsky and Veltcháninov, a sick relationship, oscillating between friendship and revenge. Thus, the human characteristics in the novel are narrated as a continuous contrast, now the main characters are allies in the hypothetical situation, then one is the betrayed, while the other, the traitor, like coexistent and complemental ingredients. In this scenario, the reader is located in the narrative ambiguity presented by the evaluative position of each character, thus subverting the dull and traditional literary practice in which the story is told by the hero, to exclude others' passions. In short, Dostoevsky, to escape the traditional narrative model, creates a habitat for participatory inclusion of the other.

In this regard, Bakhtin[10] observed in the Dostoiévski tales in the polyphony of the human types. In the novel “O eterno marido”, in particular, there voice the narrator, of Velcháninov of Pavlovitch, Lisa and other supporting, which in its own way, each brings a contribution to the unfolding of the plot. Thus, the character does not have his voice linked to the writer, each character has his space, his active participation in order to build above all a overcoming the monophonic vision , since it is a dialogue, then, a plurality of voices are interested in the final product.

> So the characters are not objects of a narrator or author, have yes rights. No wonder the feeling of chaos, in reading his novels. From this, Bakhtin attributes to the work of Dostoevsky feature personalist, because each character have his space. Polyphony in the novel in question, the characters have no distinction, ie, none is better than the other; they do is present their positions.[11]

[10] BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Translation Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981, p. 26.

[11] REIS, Carine Isabel; GAI, Terezinha Piazza. **A constituição das personagens em o eterno marido, de Dostoiévski***:* um aspecto importante para a experiência narrativa. Available on: http://www.alb.com.br/anais17. Acess 01 august 2010.

Within these reflections, it is important to note that each character has values. Via dialogue, every action is also reaction, i.e. that each new manifestation is intrinsically linked to the action of another, thus the sense of a dialogue depends on effective participation of another without elements of authority and hierarchy. So the task of understanding develops within a pre-understanding, as for Heidegger (1993 e 1997).[12][13]

2. THE POLYPHONY OF LAW RESIST ?

Without further ado, it is necessary for the understanding of this article to clarify a point of the proposal. For centuries the Western way of thinking was basically guided by the Aristotelian writings, agglutinated by most compilers, eager to order all the treated sparse after the decline of the Hellenic culture period. Well, on behalf of the organization made it a serious and prolonged misunderstanding. Thus, Aristotle's writings were arranged at the discretion of the compilers in three academic disciplines: logic, physics and ethics. However, what Aristotle termed of First Philosophy, philosophy itself, was not molded into any of the three areas. Thus, all this was accommodated in a detached publication, a *Tà metà tà physikà* (that means: what's up next, what comes after the Physics). In this vein, such expression remains devoid of content, substantially irrelevant. However, from a new perspective, inaugurated by Heidegger for the vocable *metà*, understood as "toward another place" , the question without meaning came to be understood as "toward outside the physics". It meant a moving toward the other subject, something redeeming able to establish a counterpoint to insufficient subject-object relationship[14].

The importance of the explanation outlined above is justified by overcoming the subject-object relationship, without which indeed becomes invalid the new approach around the Decision Theory, since it would be wasting ink with what has already been written and the practice, showing impotent against the dilemmas of conviviality. It is precisely by searching in the another that attributes the death of one single subject hence the unitary conception of truth.

---

[12] HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte I**. Petrópolis: Vozes, 1993; & HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte II**. Translation Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997.

[13] It is worth noting the importance of the works of Ernildo Stein and Lênio Luiz Streck (STEIN, Ernildo; & STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 191 p.) and this, also works the Truth and consensus (STRECK, Lenio Lluiz 2009a. **Verdade e consenso**. 3rd. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a, 593 p.).

[14] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 137-138.

Heidegger was the one who, through the work *"Ser e Tempo"* in 1927, determined the philosophy as a turnaround that, inspired by Husserl, expanded the concept of hermeneutics; it was seen as totalizing and universal understanding, based on the existence. Thus, the German philosopher through the temporality of the lived world changed the perception of the method and the traditional ontology linked to subjectivity and metaphysical dualisms. Second Marcellino Junior[15] the heideggerian theory focuses not for one as one, as was traditional metaphysics, or the transcendental reduction of Husserlian phenomenology; but it places, and has always been understood as "being". Thus, settling a new field of understanding, a understanding of existence, centered in the sense of being, of *ser-aí*, of *Dasein*[16]. From this lighting, Heidegger breaks the bonds of the theory of reason, giving rise to a movement of understanding and knowledge apprehension. We have here the formation of a "hermeneutic turn" that, rather than inquiring about what we know, asks which mode of existing of this being is the only comprise[17].

As Heidegger it is seen that:

> Every interpretation has its previous position, previous vision and conception previous. At the moment, while interpretation becomes explicit task of a search, then the set of these "preconception", we call hermeneutic situation, requires previous clarification that a fundamental experience, make for themselves the object to be explained. An ontological interpretation must release the being the constitution of his own being. For this, it is seen required, a first outstanding characteristics driving the entity themed to a prior position in which it must fit all other analysis steps. These, however, should be guided by a possible preview of the mode of being of the ones considered. Previous position and previous vision, therefore, already outline both the conceptualization (previous conception) for which you must direct all ontological structures.[18]

In this new understanding, Heidegger puts time and the lived world in the center of his proposal, surpassing the husserlian phenomenology, held in the reflective model of the mind, it shall be glimpsed in the panorama of "be-in" the practical-existetial-world[19]. In this environment, the time becomes relevant because the hermeneutics of facts backs who rediscovered the to be and its meaning in the *pre-sence*, as the German philosopher concludes: "A compreensão do ser é

[15] MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa***:* (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 92.

[16] HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte I**, p. 39.

[17] SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; & OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 67.

[18] HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte II**, p. 10.

[19] STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e tempo"**. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 15-26 e 21.

em si mesma uma determinação do ser da presença."[20]

The revolution was set, Heidegger re-located the men's quality in the lived world, which is not stated on rationality, on absolute truth, overcoming the relationship be-object to the construction of the subject-subject immersed in a comprehensive-interpretative process language, now *in the abode of being*. The man, however, is not only a living being, therefore, alongside the other colleges, also has language. "Ao contrário, a linguagem é a casa do ser; nela morando, o homem ex-siste enquanto pertence a verdade do ser, protegendo-a."[21]

Influenced by Heidegger, Gadamer[22] validated the transition between modern reason and hermeneutics epistemic rationality, setting the foundations of a philosophical hermeneutics, a real *plus* in relation to hermeneutic phenomenology and hermeneutics of facticity. To Gadamer matters what is common to the whole way of understanding, which effectively focuses on the possibility of understanding, and not the method[23]. Thus, hermeneutics is crafted from the historicity of being, given the mobility of life, given the human experience of the world that has always been the language built in embodied experience over time[24].

Therefore, understanding is a process in which the subject is included, in which a fusion of horizons of the personal positions are involved in an hermeneutical experience (on the suspension of pre-judgments). Which operates in one act and there are not parts indoctrinated by the old (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*). The text, object *par excellence* of hermeneutics provides the construction of meaning by the interpreter from yourself, in your way of being and understanding the world, whenever a linguistic perspective. After all, "O ser que pode ser compreendido é linguagem"[25]. In the words of Streck (2009b, p. 218), in summary, "*Hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da facticidade e historicidade do intérprete*"[26], and this in fact occurs phenomenologically in the *world lived*.

According to Streck (2009b, p. 201), man is defined as existence, as able-being, who invades

[20] HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte II**, p. 38.

[21] HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 58.

[22] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997; _____. **Verdade e método II**. Trad. Enio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 2002.

[23] MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa***:* (des)encontros entre economia e direito, p. 100-101.

[24] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, p. 588-589.

[25] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, p. 612.

[26] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 218.

the notion of being in the world, where there is the being-there in the world, the result of analysis of worldliness. Put another way: the understanding of being-there requires a pre-understanding of the world. "*O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui*"[27], by way of language, the abode of being. Thus, the understanding- hermeneutic process devised by Heidegger allows the very being-there, the notion of understanding, which seeks to provide opportunities for the release of the concealment of being-in the- world. By understanding the world, Man aims to interpret himself. Thus, hermeneutics is no longer seen as a method for the discovery of truth, to become the Philosophy invaded by language[28].

Thus, it remains a visible polyphonic essence of the Law, once, the product of human being will does not develop from a single impulse but his speech is the result of a previous chain of signifiers. Like in the origin of species, the law is not "abiogenético". Thus, in the face of this irremovable chain of signifiers, it is to be a faded thinking[29], after all:

> We are all effects of an Other who bathed us with words. Effect of word are: meat, fur, bone and blood alienated in language, subverted the language subjects, always prevented by the word itself, reach the essence.[30]

It is needed to determine that this Other is far from the "divino". Although present in friendship, the myth of the Judge-divinity, inhabitant of Olympus[31], that come through an existence, understood as a rite of passage, in which it is ready to judge the "bem *versus* o mal". That is not consistent with the paradigm of inherent judicial decision to the Rule of Law[32].

In these lines, it is approaching the theme of multiplicity in order to establish a democratic and *multilevel* defense system of Fundamental Rights and Guarantees in the light of social plurality, differences, similarities and identities of minorities. Within these reflections, it is

[27] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 201.

[28] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 222-224.

[29] ROSA, A. M. 2006. **Decisão penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 358.

[30] SILVA, Cyro Marcos da. **Entre autos e mundos**. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 78.

[31] "Nos diversos seminários de humanização da magistratura, trabalhamos os diversos efeitos perversos do lugar dos magistrados. É um lugar vivido com uma força muito especial, já que existem magistrados que vivem o lugar como se fosse o templo de alguma divindade. Este é vivido por muitos (mais do que democraticamente dever-se-ia esperar) como o Olimpo, um lugar onde pode se sentir um agregado dos deuses gregos. Eles não sabem que os templos destinados aos deuses gregos estavam sempre vazios em seu interior (inacessíveis para estranhos), nunca se encontrava nada, apenas era um culto ao inacessível. A diferença está em que os deuses gregos tinham consciência desse vazio: nossos magistrados agregados não a têm. O lugar enche os juízes de tristes arrogâncias, que se diluem na aposentadoria. Não existe maior tristeza que a de um juiz aposentado que, em toda sua vida ativa, acreditava ser agregado do Olimpo e agora, tem de passar sua inércia vital pelas gôndolas desertas de um supermercado, sendo as três da tarde um laborioso mártir." WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 224-225.

[32] ROSA, A. M. 2006. **Decisão penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 278-291.

important to note that each character has values. Through dialogue, every action is also a reaction, i.e. that each new manifestation is intrinsically linked to the action of another, thus building the sense of a dialogue depends on effective participation of another without elements of authority and hierarchy.

The networks model (or *puzzle*) breaks with the strength of the idea of time determined by a single will, ratified in timeline. The multiplicity defended by Calvino[33], is guided by the temporal bifurcations, forming and reforming growing networks and dizzying differing times, convergent and parallel.

This way one, understanding of the court decision as a large network, it must distance itself from the *self* who utters, in reverse, it shall result in the combination of information, versions, and related experiences, in accordance with Italo Calvino[34]. In this sense, the law is not just the voice of a single narrator. His creation, interpretation, application, modification or revocation operates in a polyphonic setting in which numerous individuals provide, directly and / or indirectly their speech, their values, their ideals, proving the fallacy created around the neutral legal discourse. Indeed, the idea of conflict must not pose a problem to the system, unlike, it needs to be understood as an input for its democratic sense.[35]

Control of such arguments breaks down the traditional and mythical notion of legal certainty, influenced by the philosophy of consciousness and structured institutes of truth, of the *ratio essendi* of Law, the *mens legis*, the *mens legislatoris*... The direction ceases to be an element of interpretive reproduction, to present themselves as linguistic opening from a project that relativize all the absolute truths in the name of multiplicities.

However, the legal discourse remains oblivious to all this turning, resisting the linguistic turn, at least in the national scenarios (fitted to the transnational nature of relationships designing new lights). It breeds in the XXI century, even as seven hundred years ago, the technique of

[33] CALVINO, Italo. **Seis propostas para o próximo milênio**, p. 134.

[34] CALVINO, Italo. **Seis propostas para o próximo milênio.**

35 In lessons Luis Alberto Warat (**Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Translation José Luís Bolzan de Morais. Porto Alegre: Sergio Fabris, p. 22), the conflict has a positive function in a democratic society: "É pouco plausível o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas do poder. [...] O sistema de representações expressas pela ideia do Estado de Direito, visto como uma utopia perfeita, torna-se ineficiente na medida em que fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais. Assim, fracassa como expressão jurídica da democracia negando-se a reconhecer que os sentidos da lei não existem como formas perfeitas de uma escrita e nem como momento dialético de múltiplos campos de luta."

disallowance, “apurada para sacar a palavra e lhe emprestar sentido, manejando retoricamente e na medida certa, falsas noções claras: equidade, natureza das coisas, verdade, interesse público, vontade geral, justiça, etc”[36]. So despite all this philosophical revolution, the transmission of legal knowledge guides the handling and sacralization of established power.[37]

This understanding is embodied in the harmonization of jurisprudence; clauses of general repercussion; repetitive features and binding precedents. The goal is clear, attests Junior Marcellino[38]: Uniformity and standardization build captious and thoughtless path to the meaning of the rule within the legal *establishment*, which are attributed to the judicial apparatus (judges, prosecutors, lawyers, etc.). Acting as a mere cog like in a Ford production line, repeating wise, peaceful orders through a power of symbolic violence[39].

This is the fashion of the moment. Of course you can deny any impact of fashion. But this would ignore what is happening, perhaps believing other convictions. Traditional hermeneutics continues working with notions that no longer make sense of (on/in) the hermeneutic point of view, but they are trendy[40].

It could be said that the era of “realismo jurídico tropical” endmost one week, where the logic of this model is that of informations labeled with ephemeral durability tag. Till the end of the week it is unknown, in fact, that may have changed. The increase in the constant speed prevents the same sort, the possibility of reflection. The newsletter is a kind of addiction, addiction played in the unenforcement. The latest issue of interpretation (sic) is running the latest version of fashion. And as most do not want to appear to be out, the direction changes automatically. The paradise of functionality prevents reflections from posting steadily, given the fragmentation of the time. A fragmentation individualized and egocentric, totally exclusive and independent intersubjective bonds, like a *self.*

---

[36] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 25.

[37] One can illustrate this assertion with the transcription of thought Sérgio Pinto Martins, for which “A confissão é considerada a rainha das provas”, ainda, e “a sentença não é um diálogo entre o juiz e a parte.” assim como no período da “Santa” Inquisição, em flagrante desconsideração aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25th ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 315 e 362.

[38] MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito, p. 107.

[39] Neste sentido: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 07.

40 The comparison between court decision and fashion, is merit the Rosa (**Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Aportes hermenêuticos. 2nd. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 100-107).

The product - entry - in this new symbolic economy of Judiciary, before and since by subject. It does not grant you, in addition, space to say otherwise. The argument from authority takes the place of reflection.

Play is thus on one side with the urge to-be-in and, another, with the irrationality of the consumer market. The judiciary finished, because, becoming the next fashion scene. Judicial decisions will stop saying the case. They were manufactured to be seen. The computer and the internet provided a showcase for the judgments. On one side orchestrated by the organs of the dome and the logic of Judicial Orchestra, they overflow as a single symphony for the entire court structure. There is a compulsion to admire, copy and legitimize those leads. The judgment, therefore, is dressed in the clothes from the latest collection and guaranteed by the brands STF, STJ.

Unfortunately, such practices prevent the polyphony of law and legal discourse. In this scenario where philosophy of consciousness is cloistered in the subject-object relation, the production of law takes the liberal-individualist-normative way, inextricably linked to the search of a sacralized truth represented by the motto "*It's the law*". With this law, as the result of a monologue, supplies a way to exclude a minority [progressively selective] for most voiceless and since, in the light of the performing arts does not fit, just maybe as a mere figuration. The subject, in the words of Melman[41], "perdeu o lugar de onde podia fazer oposição, de onde podia dizer 'Não! Não quero!', where he could rise up: 'as condições que me são apresentadas não são aceitáveis, não concordo'", notably it lacks a place for debate, what is worse: even in the judiciary, traditional enclosure of dialogue.

In search of speed, efficiency, and related procedural economy, the reasoning [compulsory] of the decisions assumes a position of hierarchical obedience, even blatantly unconstitutional[42], such as binding precedents 4, 5 and 10 of the Supreme Court. In this plan, the mode of decision making escapes the traditional model of the act of knowledge, to be an act of functional hierarchy[43], without spreading in an attempt to understand, to de-veiling. Therefore, it remains

[41] MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean Pierre Lebrun. Translation Sandra Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 39.

42To Magalhães: "É necessário que tenhamos consciência da riqueza de nosso sistema para que possamos preservá-lo das constantes tentativas autoritárias representadas, para nós, pelo fortalecimento do controle concentrado até a eliminação do controle difuso, além de outras tentativas extremamente autoritárias como a súmula vinculante, que representa o fim do Judiciario e a desumanização do processo." (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Reforma do Judiciário. **Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG**. Belo Horizonte, 2 year, n. 12, may 2000, p. 04).

[43] See STAFFEN, Márcio Ricardo. Sobre a analogia em Richard Posner. **Carta Forense**. São Paulo, v. 88, p. 19, sep. 2010.

the decision of the development process as adversarial procedure[44], that, in the light of physics has capacity to gather all the voices of the recipients of the final act in the midst of the process centripetal force, so that the law is a polyphonic decision and the result of argumentative interaction of the recipients of the final act.

> For Veyne the decision equates as a 'evento semântico', one happen in time, space and place in which a verification of significant occurs, which takes a certain narrative coherence, driven by unconscious constraints embodied in the decision making act, its time limit.[45]

For these reasons, and in the constancy of the democratic state it is imperative to build a concrete space of Democracy substantial, beyond the doctrines of the vanguard, in which subjects can cooperate in the dialectical process of making decisions, expressing their personal preferences, choices, values, tastes – "o que é inerente ao modo próprio do ser-no-mundo de cada pessoa"[46]. Democracy does not end in mere procedure or idea "um homem, um voto". And therefore, the need to bring into question the wave of standardization-the critical thinking via single speech, eminently concerned with issues of hierarchy.

3. BY WAY OF FINAL THOUGHTS ...

The question is on what basis are deciding, left already registered Rosa[47]. It is true that the act of deciding it is not the result of a divine illumination or cosmic alignment, similarly it is not the result of a real truth. The decision needs to be made in a process as adversarial procedure in which, for each recipient of the final act is afforded the right to manifest, expose their arguments on symmetry opportunities persuasion, even though they accepted the decision relativism, much less tradition of democracy, especially the constitutional order.

Taken this consideration, it is evident that the law in its essence is manifold, hence the multiplicity of Italo Calvino[48], especially in the paradigm of a democratic state. Like the novel by

[44] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Translation Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

[45] ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: bricolage de significantes., p. 375.

[46] This "não quer dizer, sob hipótese alguma, que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que for tomada pelo sujeito-intérprete." STRECK, Lenio Luiz. 2009c. Hermenêutica, constituição e processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, p. 03-28. p. 22.

[47] ROSA, Alexandre Morais da. Quando se fala de juiz no novo CPP de que juiz se fala? *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da constituição** (análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 126.

[48] CALVINO, Italo. **Seis propostas para o próximo milênio.**

Dostoevsky, each party is guaranteed to present their reasons so that understanding involves the pre-understanding and unveiling of being-there. The issue of binding precedents and other instruments to standardize judged are not outside the law and the Constitution, it is clear[49].

In other words, the statement of Binding Precedent can not represent a "sequestro de temporalidade"[50] of cases awaiting trial. The paradise of functionality prevents reflections from posting steadily, given the fragmentation of the moment. An individualized fragmentation and egocentric, totally exclusive and independent from intersubjective bonds, such that of a *selfie*.

A constitutional democracy can not tolerate that the person holding the power of judicial decision materialized in the utopian figure of Pavel Pavlovich, the eternal husband, who was appointed to be betrayed, and even aware of their condition does not seek to change the *status quo*. Their vows of loyalty prevent him to disengage from the shackles of glossators, of Philosophy of Consciousness, and especially the arguments of hierarchical authority issued by the High Courts and the National Council of Justice. In this scenario, the subject in The Eternal Husband can not and is not authorized hierarchically to recognize the polyphony of law, since, in the name of legal certainty decisions are made serially, using the Fordist industrial model as a benchmark of efficiency, in which the ends justify the means

It is important, in the light of the Fundamental Rights and Guarantees, look at the judge like the “eternal husband”. In addition the betrayed figure and the suitability for the traitor could represent a metaphor of the promises of the democratic rule of law embodied in the Constitution, even without realizing. It is where, in this court, the danger lies. The movement to standardize judged needed to be debated horizontally, without interventions.

If we organize in a vertical system, through the punishment to restore in the judge the awareness of Eichmann[51] that, given the absence of objection, performed hideous orders against humanity in the belief of doing the right thing. Such statements have, however, an existential

[49] Still based on the theory of legal system should be noted that: “Em suma, a partir do momento em que uma súmula ganha força vinculante, transforma-se, ela mesma, num texto normativo subordinado, que depende, para ser aplicado, de entrar novamente no jogo de interpretação/aplicação, no conjunto de normas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, devendo ser interpretada e somente ser aplicada se for o caso de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada.” PAULA, Rodrigo Francisco de; COURA, Alexandre de Castro. Súmulas vinculantes: limites e possibilidades de sua aplicação à luz de uma teoria discursiva da argumentação no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional. *In*: BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). **Pesquisas em direitos humanos**. Florianópolis/Vitória: Fundação Boiteux/FDV, 2009, p. 17.

[50] STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). *In*: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 154.

[51] See ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

paradox. In a tyranny, as the Nazi-fascist, after the failure of the regime the events occurred were explained and emphasized with the absence of conscience against violence and the lack of power. However, the question remains; what is the alibi given to the democratic paradigm, in which each subject has an action and effects response?

For all this, what is the limit of happiness of the legal operator attached to codes, created on the lines of manuals, legal briefs and related...? The law has polyphonic characteristic; than fulfill goals, establish and obey orders do not acknowledge who is the betrayed and / or the traitor. Indeed, what matters is to re-establish a democratic-participatory space for inclusion in the Brazilian legislative and judicial process open(ED) to each region of the society, in which each recipient is subjected to the act of deciding to present their considerations in a symmetric parity; which is based on the authentic tradition of a democracy under construction.

In the words of Italo Calvino[52]: "magari fosse concepibile un'opera concepita fuori dal *self*, un opera che ci permettesse di uscire da una prospettiva limitata di un'io individuale".

[52] CALVINO, Italo. **Seis propostas para o próximo milênio**, p. 138.

CONSISTENCY

Giacomo Capuzzo

Nunzia Parra[1]

*"*La coerenza è l'ultimo rifugio delle persone prive di immaginazione*."*

O. Wilde

1. La presente sessione è dedicata all'ultima delle sei lezioni americane che Italo Calvino avrebbe dovuto tenere presso la Harvard University: *consistency*. In realtà, la lezione non fu mai scritta dall'autore data l'improvvisa morte. Il titolo di quest'ultima lezione fu elaborato successivamente da Calvino, il quale originariamente voleva intitolare la lezione "*Openness"* facendo riferimento ad una proiezione spaziale aperta fra l'uomo e il mondo, in seguito optò per *consistency*.

La critica letteraria si è interrogata a lungo su quale potesse essere l'intenzione dell'autore nell'includere la *consistency* tra i valori, le qualità o le specificità da tramandare per il prossimo millennio. La mancanza del testo scritto non costituisce un aiuto. Ad ogni modo, sappiamo che Calvino, nell'ultima lezione, avrebbe incentrato il suo discorso attorno alla storia dello scrivano di Wall Street[2] raccontata da Hermann Melville[3].

La storia di Bartleby rappresenta, quindi, il fulcro sul quale Calvino immaginava di sviluppare le proprie riflessioni in tema di coerenza.

Il compito già arduo di legare insieme le lezioni scelte dall'autore con gli spunti provenienti dallo spazio giuridico, assume in questo caso dimensioni proibitive. In questa sede, più che procedere ad un'interpretazione originale di ciò che Calvino avrebbe inserito nella sua lezione sulla coerenza, appaiono interessanti alcuni spunti che ci permettono di leggere l'equazione *consistency* – diritto.

[1] Il presente scritto è frutto di una riflessione comune degli Autori; vanno tuttavia attribuiti a Giacomo Capuzzo i §§ 1 e 4 e a Nunzia Parra i §§ 2 e 3.

[2] CALVINO, Esther. **Prefazione**, in CALVINO*, Italo.* **Lezioni Americane. Sei proposte per ilprossimo millennio,** Milano: Mondadori Editore, 2013.

[3] MELVILLE, Hermann. **Bartleby the Scrivener**, 1853.

La scelta da parte di Calvino di partire dal breve storia di Bartleby è emblematica: il racconto di Melville rappresenta un ulteriore viaggio dell'enigma della lezione incompiuta di Calvino.

L'opera di Melville è ambientata in uno studio legale di Wall Street nella seconda metà del XXIX secolo e racconta, attraverso la voce di un avvocato, titolare dello studio, la vita dello scrivano Bartleby assunto come copista.

Bartleby esegue con forsennata fedeltà il suo lavoro ma si rifiuta di svolgere ulteriori compiti diversi da quelli del copiare. Peculiare è il modo in cui esprime il suo rifiuto: lo scrivano di Wall street non usa la forza ma caparbiamente ad ogni ulteriore invito dell'avvocato di effettuare attività diverse dal copiare risponde "*I would prefer not to!"*. Così facendo, l'esistenza di Bartleby viene intrappolata in un labirinto di "no", fino all'esasperazione: lo scrivano pone tale rifiuto mite persino quando l'avvocato lo licenzia, tant'è che quest'ultimo è costretto a trasferire il proprio studio legale. Tuttavia, Bartleby, rimane nel suo eremo: l'ex impiegato decide di confinarsi in quello studio legale nonostante il trasferimento dell'avvocato finché i nuovi inquilini esasperati non sono costretti a ricorrere alla forza pubblica. Il copista di Wall street si lascia morire nell'inedia, preferendo non mangiare.

Nella sua più totale assurdità, la storia di Bartleby pone in luce la forza di quella resistenza passiva che conduce il protagonista alla morte. Nella lezione incompiuta di Calvino, la contrapposizione fra la fiamma e il cristallo ritorna in quei due mondi a confronto narrati da Melville, che non riescono a interagire: da un lato, l'avvocato affermato di Wallstreet, che difende uomini abbienti, e, dall'altra, lo scrivano, catturato da quella smaniosa dedizione a tal punto da rifiutare tutto il resto. L'avvocato che ha sempre una spiegazione per tutto si trova di fronte ad un calmo rifiuto dello scrivano che non trova spiegazioni. L'incomunicabilità fra l'arrendersi alla facilità dell'avvocato e l'arrendersi alla morte dello scrivano è evidente: i tentativi da parte dell'avvocato sono vani e si contrappongono alla prepotenza mite dell'impiegato. L'assurdità della vicenda è sottolineata dal perseverare dello scrivano nel labirinto di negazioni: quella serie di rifiuti *"I would prefer not to"* si protrae fino alla morte.

Quello di Bartleby è un rifiuto categorico ma allo stesso tempo mite: il copista usa il condizionale per imporre tutta la sua resistenza passiva e con la sua calma ostilità stravolge

l'avvocato, rimanendo egli stesso intrappolato in quel abisso di possibilità che si è creato[4].

Bartleby ostinatamente rimane prigioniero di se stesso: egli sceglie di sottrarsi alle gerarchie e persino al linguaggio[5], la sua intransigenza sterile lo conduce alla morte. Nella vicenda dello scrivano, l'esasperazione lambisce l'assurdità. Quest'ultima si intreccia alla coerenza, tema dell'ultima lezione di Calvino, seguendo quel sentiero già intrapreso dall'autore nelle restanti conferenze. Infatti, Calvino lezione dopo lezione ci ha insegnato che bisogna essere leggeri nella pesantezza, rapidi nella lentezza, imprecisi nell'esattezza, concreti nell'immaginazione, uniti nel molteplicità. La chiave di lettura della sesta lezione è racchiusa nell'assurdità dello scrivano, che si palesa come limite ovvero come spia dell'irrimediabile.

Il protagonista nel racconto di Melville ripetendo costantemente gli stessi gesti, lo stesso lavoro, le stesse parole costruisce intorno a sè un muro dietro il quale egli si trincera, rifiutando ogni possibile via di fuga. La distanza che si viene a creare con i restanti personaggi si gioca tutta sul piano della coerenza: Bartleby appare come un soggetto incapace di senso comune, di calarsi in un contesto sociale nel quale gli individui interagiscano tra loro nel tentativo di soddisfare i propri interessi. Il protagonista è percepito come estraneo perché confinato nella meccanicità del suo mestiere e delle sue parole; la sua coerenza è il prodotto della tenacia con cui egli delimita la propria esistenza rispetto agli altri personaggi, i quali rimangono incapaci di capire o anche solo comprendere le sue azioni.

Il comportamento di Bartleby assume così coerenza principalmente negli occhi di chi lo osserva, quale portato dell'incomunicabilità e della chiusura che lo caratterizza. La coerenza diviene così l'unico significato capace di interpretare il significante scrivano, le sue azioni acquistano un tratto di coerenza nel tentativo effettuato dagli altri personaggi di stabilire una connessione con il protagonista.

Si tratta di una coerenza che ha matrice esterna, proviene quindi dall'osservatore e si proietta sullo scrivano; gli altri personaggi la utilizzano come strumento di decodificazione dell'assurdo. Bartleby è quindi coerente perché incapace di sfuggire alla costante ripetizione dei suoi comportamenti, il suo rifuggire il contesto sociale lo mette al riparo dalle contraddizioni e dai compromessi che informano l'agire umano. Tale astratta perfezione appare però più come una prigione che isola il protagonista dalla società, che il portato di una libera scelta fatta per sottrarsi

[4] DELEUZE, Gilles - AGAMBEN, Giorgio. **Bartleby. La formula della creazione,** Quodlibet, 2012.

[5] CICCARELLI, Roberto. **Singolare- Molteplice. Forma della filosofia impersonale,** Kainos, 7, 2007.

alle convenzioni.

Il racconto mette in luce così le contraddizioni che le strutture e i sistemi che si descrivono come coerenti tendono ad occultare. La coerenza si presenta quindi come una caratteristica astratta: un individuo, uno schema, una struttura, sono definiti coerenti quando il loro agire si presenta esente da contraddizioni ed antinomie. Un tale sistema si mostrerà agli occhi dell'osservatore quale perfetto: un insieme armonico di connessioni logiche e univoche. La coerenza diviene uno strumento di innalzamento, che assume connotati morali ed etici. Bartleby è così elevato dal ruolo di semplice copista a quello di una figura eroica a confronto con le quotidiane bassezze e le radicate indecisioni che plasmano le vite degli altri personaggi.

2. Il diritto si è a lungo intrecciato con il concetto di coerenza. In particolare con l'avvento della modernità e delle codificazioni, lo spazio giuridico ha cominciato a misurarsi con la necessità di una maggiore coerenza. Il forte sviluppo della legislazione e la stessa struttura di ripartizione del sapere giuridico che era derivata dai codici tendevano a ricercare una certa coerenza all'interno delle diverse discipline. Emblematica in tal senso è la vicenda che ha coinvolto l'area civilistica dopo l'avvento del codice civile francese del 1804. L'impatto di tale prima codificazione moderna fu tale da ricostruire l'intero diritto civile secondo uno schema coerente che derivava dalla sua natura moderna e individualista. Tale regolamentazione era considerata coerente in quanto elencava i poteri e le limitazioni che spettavano agli individui nelle loro relazioni economiche e sociali con gli altri. Una simile idea poggiava su di una base prima giusnaturalista e poi successivamente razionalista per la quale il codice civile conteneva tutte le possibili disposizioni atte a governare una particolare questione. La coerenza era così un corollario della chiarezza e completezza con cui veniva descritto il codice, l'ideologia liberale esaltava la struttura monolitica dell'ordinamento perché in grado di garantire i diritti degli individui.

Questo panorama cambia repentinamente con l'avvento del sociale: la necessità di piegare il diritto alla tutela degli interessi reali che emergono dalla società spingono i legislatori ad interventi specifici, che vengono attuati fuori dallo spazio ordinato e coerente dei codici. La presunzione di coerenza cade al pari di tutti gli assiomi che avevano caratterizzato il XIX secolo. In questa nuova età del diritto, la coerenza non rappresenta più un ideale a cui tendere, i giuristi sono maggiormente impegnati nel fornire risposte concrete ai problemi sostanziali che lo sviluppo capitalistico ha comportato all'interno degli stati liberali. Perdono gradualmente importanza lo

sviluppo armonico delle discipline giuridiche o il grado di completezza e di ordine dei codici civili. Si fa strada una concezione più elastica di coerenza, che si incentra sui principi giuridici, un sistema è tanto più coerente quanto più riesce ad strutturarsi alla luce di grandi concetti giuridici coordinati fra loro. Non è quindi più considerata raggiungibile una coerenza totale (se mai lo è stata) dell'ordinamento, ma viene perseguita una coerenza di principi, in modo che non si creino solchi troppo profondi tra le varie discipline.

Una tale concezione ha retto fino alla fine degli anni sessanta, successivamente, con l'esaurirsi della spinta progressista e del sociale, si è andata diffondendo un'idea di coerenza quale obiettivo da perseguire, più che come concetto al quale informare l'intero ordinamento. Secondo tale concezione, la coerenza diviene uno dei diversi scopi che i giuristi si prefiggono di portare avanti nel loro agire all'interno dello spazio giuridico.

3.1. Non esiste più un'unica logica da cercare o su cui interrogarsi, ma fra le diverse logiche e le molteplici dinamiche che caratterizzano il diritto, la coerenza può essere vista come uno dei diversi orizzonti verso cui tendere, quale sintesi di istanze contrapposte o come ponderazione di interessi confliggenti.

Per effettuare tale operazione i giudici di *common law* ricorrono all'opera di bilanciamento degli interessi contrapposti, mentre, negli ordinamenti di *civil law* entra in gioco il principio di proporzionalità.

In questa terza fase, la molteplicità del sociale è tangibile: vi è un'enorme proliferazione di diverse identità. Diventa sempre più difficile fornire un'unica risposta giuridica: la coerenza del sistema corre il rischio di andare alla deriva. Il paradosso dello scrivano di Wall street appare dietro l'angolo.

I relatori e le relatrici dei due panel in tema di consistency ci offrono interessanti spunti di riflessione sul binomio coerenza - diritto da diversi punti di prospettiva.

Questa estrema frammentazione sociale fa emergere una molteplicità di interessi: le macerie dei due pilastri su cui si erigeva la cittadinanza novecentesca, ovvero la centralità del lavoro e dello stato sociale, pongono le basi per rifondare il discorso sulla cittadinanza[6].

[6] MARELLA, Maria Rosaria, Per una nuova idea di *cittadinanza,* in ***Lettera internazionale***, n. 116, 2013.

Ritornando a Bartleby, gli spunti sono molteplici: nella vicenda dello scrivano di Melville paradossalmente emerge la problematica delle sacche di estraneità, che si formano all'interno della vita sociale.

Il ripensamento del concetto tradizionale di cittadinanza apre la strada a nuovi orizzonti: il bilanciamento di interessi assume sempre maggiore rilievo in una dimensione multilivello, la *coerenza* viene letta nella *molteplicità*.[7]

Interessanti appaiono, altresì, le ulteriori letture della *consistency* fornite in questo panel che sviscerano taluni aspetti del binomio diritto – economia all'interno del diritto del lavoro. In questo deserto dei diritti[8], le metamorfosi della tutela del lavoro[9] si susseguono senza tregua, dietro i diktat imposti dall'emergenza economica e finanziaria[10].

Emblematica è la lettura di tale binomio nella lente di Melville: il rigore imposto dalla crisi economica ricorda la forsennata fedeltà di Bartleby nel copiare rifiutando ogni alternativa. La morte dello scrivano rappresenta quell'emergenza democratica, che è dietro l'angolo.

La primazia della tutela indennitaria contenuta nelle recenti modifiche in materia di licenziamento ha accelerato quel processo di mercificazione del lavoro in atto. La coerenza delle regole imposte dall'economia ha sbiadito le tutele preesistenti.

Significativa appare, altresì, la problematica della stabilizzazione del pubblico impiego. Il precariato pubblico, ad oggi, rappresenta un braccio di ferro fra diritto ed economia, non ancora

---

[7] BEVILACQUA, Giorgia. **Riflessioni sulle migrazioni "agiate" verso l'Unione Europea e sulla tendenza verso una cittadinanza "economica" e "discriminatoria".**

[8] L'espressione è di RODOTA', Stefano. Il grande deserto dei diritti, in **Repubblica**: 3 gennaio 2013.

[9] M. V. Ballestrero ben descrive la direzione intrapresa da tali metamorfosi in un recente saggio, rilevando che «*il cammino del diritto del lavoro sulla strada dell'eguaglianza sostanziale si è però fermato presto, e da almeno un decennio a questa parte quella Carta dei diritti perde pezzi importanti, attaccata com'è da più parti e su più fronti: diritti negati nei fatti dalla crisi profonda che ha investito il lavoro, ma anche diritti che il diritto ha affievolito o ha reso fragili, riducendone la tradizionale inderogabilità*» BALLESTRERO, Maria Vittoria. **Il lavoro e l'eguaglianza nel «deserto dei diritti»,** in (a cura di) ALPA, Guido - ROPPO, Vincenzo. **La vocazione del giurista civile: saggi dedicati a Stefano Rodotà.** Roma: Laterza,2013, pag. 159.

[10] Uno degli esempi più significativi di tale interazione è costituito dalla lettera della BCE (Draghi – Trichet) indirizzata al Governo Italiano del 5 agosto 2011.Si rinvia a CENTOFANTI, Siro. **Il diritto dellavoro nell'epoca del debito pubblico**, Roma: Aracne Editore, 2012,ROMAGNOLI., Umberto. Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi**, Giornale didiritto del lavoro e relazioni industriali**. 2013, IV, pag. 585 e ss., TREU, Tiziano.Le istituzionidel lavoro nell'Europa della crisi**, Giornale didiritto del lavoro e relazioni industriali**.2013, IV, pag. 589, GIUBBONI, Stefano. Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nellacrisi europea, **Rivista di diritto della sicurezza sociale**., 2013, III, pag. 491 e ss., SCIARRA, Silvana**. L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi**,Bari: Laterza, 2013, JOERGES, Christian – GIUBBONI, Stefano. Diritto e politica della crisi europea,**Rivista critica di diritto privato**, 2013, III, pag. 343 e ss.

In merito al soffocamento dell'economia sugli ordinamenti democratico – sociali si rinvia a PITRUZZELLA, Giovanni. Crisi economica e decisioni di governo**, Rivista Associazione italiana costituzionalisti**, 2013, IV, pag. 12, SALAZAR, Carmela. Crisi economica e diritti fondamentali.**Rassegna parlamentare**, 2013, IV, pag. 785 – 831,BUCCI, Gaetano. Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico- sociali,**Costituzionalismo.it**, 2012, III, pag. 66, nonché a (a cura di) ZOPPINO, Federico – COCCOLI, Lorenzo – TABACCHINI, Marco,**Genealogie del presente**. Milano: Mimesis edizioni, 2014.

risolto[11]: il ricorso al contratto a termine ha consentito di superare le difficoltà, che la p.a. ha dovuto fronteggiare a causa del reiterato blocco di assunzioni in pianta stabile, al contempo, tale uso distorto ha determinato un'ampia diffusione di lavoro precario molto prolungato nel tempo.

Di fronte alle forti istanze di stabilizzazione dei lavoratori coinvolti e alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, gli operatori giuridici, contemperando i diversi interessi in gioco, hanno offerto un ventaglio di soluzioni, che si inseriscono in un lento processo di osmosi e ibridazione continua tra l'ordinamento europeo e l'ordinamento nazionale[12].

L'ambizione di questo nostro progetto era (ed è) quella di tessere insieme i vari saperi, io credo che questo tavolo di discussione nella sua intrinseca molteplicità ben rappresenti la coerenza con lo spirito dell'iniziativa.

3.2 Il secondo panel in tema di *consistency* ripercorre i temi e gli spunti che hanno contraddistinto il primo. I partecipanti hanno inteso ripercorrere i diversi ambiti in cui la coerenza risulta ancora un concetto centrale nel discorso giuridico. Gli approcci utilizzati sono stati i più differenti ed hanno coinvolto strumenti di analisi sia all'interno delle discipline giuridiche, sia delle scienze sociali in generale.

Il filo conduttore dei diversi interventi è rappresentato dalla necessità di accantonare definitivamente l'idea per la quale lo spazio giuridico sia caratterizzato da una congenita coerenza, in virtù della quale il diritto si rappresenti mediante una struttura monolitica edarmonica, del tutto completa ed incapace di produrre antinomie e paradossi. Al contrario, il diritto che emerge da questi contributi è un insieme indeterminato, incapace non solo di sopportare una coerenza totale a livello normativo, ma anche a dal punto di vista più astratto dei principi.

In particolare, tra i diversi contributi, si segnala quello della Prof.ssa Claudia Amodio[13], che utilizza il diritto comparato quale dispositivo per decostruire le concezioni positiviste e formaliste

[11] Ex multis, si rinvia a D'ONGHIA, Madia– RICCI, Maurizio (a cura di).***Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico***. Giuffre Editore, 2009, p. 123 e ss., DE MICHELE,Vincenzo.**Contratto a termine e precariato**, WoltersKluwer Italia, 2009.LO FARO, Antonio.Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 2014, II, pag. 279 e ss.ZAMPIERI, Nicola. La sentenza antispread della Cassazione costringe i giudici di merito a rimettere nuovamente alla Corte di Giustizia la questione della legittimità della disciplina dei rapporti di lavoro a termine nel comparto scuola, **D & L Rivista critica del diritto del lavoro privato e pubblico.** 2013, n. 4.

[12] GIANNOTTE, Roberta Patrizia. **La stabilizzazione del precariato fra istanze sociali e principio del pubblico concorso: quando l'armatore cerca di cambiare le regole della navigazione.**

[13] AMODIO Claudia, ***Taking metaphors seriously*****. L'occhio del comparatista sul diritto**

che caratterizzano le concezioni più consolidate del nostro ordinamento. L'occhio del comparatista diviene così uno strumento per poter setacciare lo spazio giuridico oltre i confini del sistema giuridico italiano, allo scopo di evidenziare i limiti insiti in una visione coerente ed omnicomprensiva del diritto; l'incapacità di tali rappresentazioni di descrivere una realtà del discorso giuridico molto più complessa ed indeterminata di quanto l'immagine classica ci voglia far pensare.

Sulla stessa onda si presenta il contributo offerto dal dottor Yuri Tornero Cruzatt[14], il giurista peruviano si sofferma sull'esperienza latinoamericana per approfondire la profonda influenza che il pensiero economico neoliberale, nella sua variante ordoliberista, ha esercitato ed esercita tuttora sul pensiero giuridico, in diversi sistemi giuridici nazionali.

In quest'analisi il diritto non è più una realtà a sé stante, un complesso armonico nel quale tutto funziona secondo regole univoche e indipendenti, al contrario lo spazio giuridico è contaminato da altre discipline, ha introiettato nozioni, terminologie e approcci provenienti dagli studi economici, sociologici e storici. L'impossibilità di immaginare il diritto quale sistema coerente di norme risiede anche nella sua dipendenza dalle evoluzioni sociali, economiche e politiche che contraddistinguono il contesto in cui viene applicato. Un mondo giuridico che non tenga conto dei mutati scenari socio-economici e delle diverse componenti geo-politiche è destinato ad essere marginalizzato in una dimensione meramente tecnica del tutto irrilevante.

Un approccio diverso è quello messo in campo della dottoressa Lavinia Vizzoni[15], il cui contributo approfondisce un aspetto certamente più particolare dell'ordinamento, l'istituto della fideiussione. In questo caso, la consistency è utilizzata come strumento per perseguire un particolare programma da parte dei giuristi, quello di bilanciare e controllare le relazioni contrattuali tra i consociati. All'interno di questa trattazione, la coerenza è utilizzata come un dispositivo per intervenire nel diritto dei contratti e per promuovere una serie di principi volti al bilanciamento degli interessi in gioco in materia di fideiussione.

La coerenza diviene così mezzo attraverso il quale passa la trasformazione del diritto, un cambiamento che si sviluppa per piccoli interventi nelle pieghe dell'ordinamento piuttosto che mediante grandi stravolgimenti a livello di sistema.

[14] TORNERO CRUZATT, Yuri, **La consistencia prescriptiva del discurso ordoliberal: La economía social de mercado en el caso peruano.**

[15] VIZZONI Lavinia, **A proposito di fideiussione e *consistency.***

4. In queste poche pagine si è tentato di riempire di contenuti uno spazio bianco rappresentato dall'ultima ed incompiuta delle lezioni americane di Calvino. Senza alcuna pretesa di voler imporre un'interpretazione sopra le altre, si è scelto di concentrare l'attenzione sul concetto di coerenza e sulle sue implicazioni in ambito giuridico. La figura emblematica di questo sforzo è lo scrivano Bartleby, la sua coerente ripetizione meccanica di gesti e parole appare come l'impersonificazione del concetto di *consistency* che è andato diffondendosi tra i giuristi. La coerenza è vista come un requisito intrinseco del diritto, che contribuisce ad elevarlo rispetto alle altre forme di organizzazione sociale. Il diritto possiede dei tratti propri che lo separano dalla politica e dalla tradizione, perché la sua struttura è armoniosa, completa e coerente, sempre in grado di produrre una ed un'unica soluzione per una determinata questione giuridica.

Come per Bartleby, anche per il diritto però, questa aurea di perfezione nasconde un'impossibilità di tradurre all'interno del contesto sociale questo impianto statico e coerente. Al pari dello scrivano di Wall Street, la concezione del diritto quale monolite armonioso non regge il confronto con le contraddizioni e le indeterminatezze della realtà quotidiana. Nel confronto con i diversi interessi che contraddistinguono le differenti classi di individui che compongono la società. La coerenza diviene sterile ed inutile se si traduce solamente nella difesa conservativa di un sistema formale, solo nel bilanciamento sostanziale degli interessi e nelle piccole modifiche operate tra le pieghe degli ordinamenti può trovare una diversa applicazione.

TAKING METAPHORS SERIOUSLY. L'OCCHIO DEL COMPARATISTA SUL DIRITTO

Claudia Amodio[1]

> Forse piuttosto che parlarvi di come ho scritto quello che ho scritto, sarebbe più interessante che vi dicessi i problemi che non ho ancora risolto, che non so come risolverò e cosa mi porteranno a scrivere ...
>
> Calvino, I., Lezioni americane. *Sei proposte per il prossimo millennio*. Milano: Mondadori Editore, 1993, p. 77.

1. L'"ANTILINGUA" DEL DIRITTO E LA *DÉMARCHE INTELLECTUELLE* DELLA COMPARAZIONE

"Il brigadiere è davanti alla macchina da scrivere. L'interrogato, seduto davanti a lui, risponde alle domande un po' balbettando, ma attento a dire tutto quel che ha da dire nel modo più preciso e senza una parola di troppo: "Stamattina presto andavo in cantina ad accendere la stufa e ho trovato tutti quei fiaschi di vino dietro la cassa del carbone. Ne ho preso uno per bermelo a cena. Non ne sapevo niente che la bottiglieria di sopra era stata scassinata".

Impassibile, il brigadiere batte veloce sui tasti la sua fedele trascrizione: "Il sottoscritto, essendosi recato nelle prime ore antimeridiane nei locali dello scantinato per eseguire l'avviamento dell'impianto termico, dichiara d'essere casualmente incorso nel rinvenimento di un quantitativo di prodotti vinicoli, situati in posizione retrostante al recipiente adibito al contenimento del combustibile, e di aver effettuato l'asportazione di uno dei detti articoli nell'intento di consumarlo durante il pasto pomeridiano, non essendo a conoscenza dell'avvenuta effrazione dell'esercizio soprastante".

Ogni giorno, soprattutto da cent'anni a questa parte, per un processo ormai automatico, centinaia di migliaia di nostri concittadini traducono mentalmente con la velocità di macchine elettroniche la lingua italiana in un'antilingua inesistente. Avvocati e funzionari, gabinetti ministeriali e consigli d'amministrazione, redazioni di giornali e di telegiornali scrivono parlano pensano nell'antilingua".[2]

---

[1] Ricercatore confermato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

[2] Calvino, Italo. "**L'antilingua".** Il saggio, che si inseriva nel dibattito sulla nuova lingua italiana aperto da Pasolini, fu pubblicato la

In questa celebre pagina, Calvino pone in modo efficace – e certo impietoso – la questione dell'abito linguistico archetipico degli 'operatori del diritto', e al contempo, sia pur indirettamente, quella di una certa 'antropologia di ceto'.

Naturalmente, la differenza di postura linguistica fra, da un lato, il cittadino che va a denunciare un furto in una bottiglieria, e, dall'altro, il brigadiere di turno incaricato di 'tradurre' il racconto in deposizione ufficiale, non è accidentale, né è plausibile ritenere che il tecnicismo in cui si esprime quest'ultimo – contrariamente, invero, a ciò che pensava Calvino – vada ascritto a qualche inconscio "terrore semantico".[3] L'una e l'altro sono al contrario costitutivi di quello che, in termini sociologici, può essere definito come il "campo giuridico" in cui opera il brigadiere.[4] Infatti, l'istituzione di un campo giuridico richiede sempre l'istituzione di frontiere, anche linguistiche, in quanto dispositivi coessenziali a quell'incrocio tra relazioni di potere e relazioni di sapere che si esprime, nel caso specifico, nell'assegnare un determinato ordine ad una 'materia' essenzialmente informe.[5]

Pur in presenza di contesti tanto diversi da apparire difficilmente confrontabili, è interessante notare come Tocqueville fosse già giunto per proprio conto ad analoga conclusione, nel sempre citato brano in cui descrive le caratteristiche proprie dell'intervento del giurista-consigliere del Principe: "Si l'on étudiait attentivement ce qui s'est passé dans le monde depuis que les hommes gardent le souvenir des événements, on découvrirait sans peine que dans tous les pays civilisés, à côté d'un despote qui commande, se rencontre presque toujours un légiste qui régularise et coordonne les volontés arbitraires et incohérentes du premier".[6]

Queste considerazioni interrogano però non soltanto il problematico legame tra operatori del diritto e "justiciables", ma anche un complesso intreccio di rapporti competitivi tutto interno al campo.[7] Specificamente occorre tenere presente che quest'ultimo è anche il luogo, com'è stato

---

prima volta sulle pagine de «Il Giorno», 3 febbraio1965, e poi successivamente raccolto in Calvino, Italo. **Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società**. Torino: Einaudi, 1980, 122 ss. Con un titolo diverso ("Per ora sommersi dall'antilingua"), apparve anche, nel frattempo, in Parlangeli Oronzo (a cura di), **La nuova questione della lingua.** Brescia: Paideia, 1971, 173 ss.

[3] CALVINO, Italo, **Una pietra sopra**, cit., 122.

[4] Sul principio di fedeltà dei giuristi ad un certo stile di pensiero, e su come questo non operi sempre necessariamente a livello inconscio, v. BOURDIEU, Pierre. Habitus, code et codification. **Actes de la recherche en Sciences Sociales**, n° 64, 1986, 40 ss.

[5] Laddove il significato di "dispositivo" rimanda qui alla rivisitazione proposta da AGAMBEN, Giorgio. **Che cos'è un dispositivo?.** Roma: I sassi - Nottetempo, 2006, 22 ss.

[6] DE TOCQUEVILLE, Alexis. État social et politique de la France avant et depuis la Révolution (1836). **Mélanges : fragments historiques et notes sur l'Ancien Régime, la Révolution et l'Empire; Voyages; Pensées: entièrement inédits**. Lévy, 1865, 39 s.

[7] Opportunamente, infatti, in un intervento dedicato al significato simbolico di un "luogo" della Legge quale il palazzo di giustizia, GARAPON, Antoine. Imaginer le palais de justice du XXIe siècle, **Notes de l'IHEJ, Institut des hautes études sur la justice**, n° 5, juin 2013, 19, attribuisce uguale rilievo ai due profili evocati : "Il a beaucoup été question jusqu'à présent du justiciable, du *front*

acutamente osservato, di quella lotta spietata, benché spesso dissimulata, che ha posta in gioco il "monopole du droit de dire le droit".[8]

È del resto anche a partire da questa considerazione che i cultori del diritto comparato hanno annoverato lo 'stile', in particolare delle leggi e delle sentenze, tra i tratti fondamentali di contrapposizione sistemologica,[9] essendo questo l'espressione a livello linguistico sia del potere – rispettivamente giudiziario e legislativo – al quale si riferisce, sia dei peculiari equilibri attorno ai quali in una determinata tradizione giuridica si è disegnato l'assetto istituzionale.

Da questo punto di vista, è possibile rilevare ad esempio come ai giudici francesi non sia restato che trarre tutte le conseguenze, anche a livello linguistico, della diffidenza da cui procede il loro statuto e tutto il *legal process* nel suo complesso, i quali a loro volta sono legati a doppio filo con una mentalità giuridica forgiata dall'ideologia positivista e con un modo di rappresentare "the essence of law" fortemente condizionato dall'immagine di una "sovereign will".[10] Caratteristiche come la segretezza delle loro deliberazioni e l'impersonalità del loro linguaggio, rispecchiano, in questo senso, più che una rivendicazione di indipendenza, l'ostentazione di una "discrezione", che si vuole assicurata sia al momento dell'elaborazione, sia al momento della stesura di una sentenza,[11] preordinata com'è ad alimentare una visione della decisione giudiziale in cui l'unica razionalità concessa è quella logica, ovvero l'esatta corrispondenza al testo applicato e l'assenza di contraddizioni interne.

L'opzione di fondo che nell'esperienza francese sostiene un peculiare paradigma della decisione di giustizia appare così quanto di più lontano si possa immaginare sia dalla preoccupazione di fornire una spiegazione comprensibile e persuasiva circa la bontà della

---

office de la justice. Mais il ne faudrait pas oublier pour autant le *back office*, celui qui abrite les rapports institutionnels" (c.vo originale).

[8] BOURDIEU, Pierre. La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la recherche en Sciences Sociales**, n° 64, 1986, 4.

[9] Da ultimo, v. LEGRAND, Pierre. **Pour la relevance des droit étrangers**. IRJS Éditions, 2014, part. 120 ss.

[10] Detto altrimenti, è percepibile, nello stile delle sentenze francesi, l'esasperazione degli assunti filosofico-giuridici che accompagnano nelle varie esperienze di *civil law* la posizione egemonica del legislatore nell'ordinamento, ovvero sono presenti tutte le caratteristiche coerenti con quell'idea di completa statalizzazione del diritto che ha condotto tutta la tradizione europeo-continentale a rifiutare, o comunque a stabilire fondamentali differenze con, l'idea che il diritto si sviluppi, e soprattutto abbia la sua origine, "within society of its own vitality": ALLEN

, Carleton K. **Law in the Making**, 7 ed., Oxford, 1964, 1. Nel senso che tale idea sia condizionata anche dalla visione tipicamente protestante dei rapporti tra l'universale e il particolare v. GARAPON, Antoine – PAPADOPULOS, Ioannis. **Juger en Amérique et en France: culture juridique française et common law.** Odile Jacob, 2003, 124.

[11] Cfr. MASTOR, Wanda. **Opiner à voix basse… et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés. Mélanges Genevois.** Paris: Dalloz, 2009, 725 ss.

soluzione adottata,[12] sia da quella, connessa, di enunciare una regola, un precedente, che sia giuridicamente vincolante per l'avvenire:[13] preoccupazioni cui, per converso, risponde il modello deliberativo proprio delle sentenze di *common law*, storicamente improntato ad una concezione della razionalità più pluralistica e politicamente più carica di quella in cui la giurisprudenza francese, e in più in generale la cultura giuridica, è disposta a riconoscersi.[14]

In questo quadro, ovviamente, non può passare sotto silenzio come sulla concezione e sulla tecnica di redazione della decisione giurisprudenziale abbia inciso e continui ad incidere, nel diritto francese, anche il modello del giudice funzionario, preordinato questo com'è a rendere partecipe la funzione giudiziaria – e con essa la sua espressione tipica: la sentenza – di un unico momento di sovranità consistente nell'azione del legislatore.[15] Infatti, se è certamente vero che "il giudice, a differenza del legislatore, deve motivare razionalmente la sua regola",[16] e che ogni sentenza, in quanto atto interpretativo, è fondamentalmente un atto politico e intellettuale, è altrettanto vero che tali caratteristiche possono essere limitate, attraverso appunto uno stile burocratico e sorvegliatamente avalutativo.

Volendo tornare al monito di Calvino, è quindi del tutto comprensibile, e non è senza ragione, che soprattutto nell'ambito della tradizione di *civil law*,[17] tanto la dimensione antropologica attribuibile all'operatore del diritto, quanto il suo *habitus* linguistico, lo rendano quanto mai lontani, per quanto rilevante possa essere l'impatto sociale della sua attività, da ciò che comunemente s'intende per "intellettuale".[18]

---

[12] Sul punto cfr. TARUFFO, Michele. Motivazione. **Enc. giur. Treccani**, vol. 20, 1990, Roma, 2.

[13] Cfr. CORNU, Gerard La sentence en France. In **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà: Ferrara***, 10-12 ottobre 1985*. Padova: Cedam, 1988, 161.

[14] FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. 65 **Law & Contemp. Prob**., 2002, 41 ss. e 65. Per una dettagliata comparazione, sul piano funzionale, tra lo stile di una sentenza come 'decisione' della lite e lo stile di una sentenza come 'precedente giudiziale', v. già GORLA, Gino. Lo stile delle sentenze. Testi commentati. **Quaderni de «Il Foro italiano**, 1968, 376 ss.

[15] Per ulteriori considerazioni e riferimenti, sia consentito il rinvio a AMODIO, Claudia**. Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo.** Torino: Giappichelli, 2012, 177 ss.

[16] GAMBARO, Antonio. Riflessione breve sulla argomentazione giurisprudenziale, **Giur. comm.**, 2005, II, 774.

[17] MERRYMAN, John Henry – PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. Stanford University Press, 2007, 36.

[18] Considerazioni sintetiche ma significative sono espresse al riguardo da Christophe Jamin, Direttore de l'*Ecole de Droit di Sciences* Po di Parigi, nel testo che descrive i contenuti del corso da lui tenuto e intitolato "Comment pensent les juristes" : "On […] reproche [aux juristes] alternativement d'être ésotériques (on ne comprend rien à ce qu'ils disent) ou simplistes (ils se bornent à appliquer des règles à des situations concrètes) ou encore de nous cacher des choses (en étant au pire les gardiens hypocrites de l'hypocrisie collective). En toute hypothèse, ils ne sont jamais assimilés à de vrais intellectuels, alors qu'on leur reconnaît l'exercice d'un pouvoir certain dans la société" (http://formation.sciences-po.fr/enseignement/2014/IFCO/2165). Il fenomeno può essere utilmente analizzato anche nella prospettiva dei "legal consciousness studies", nel significato dell'espressione reperibile in EWICK Patricia – SILBEY Susan. Conformity, Contestation and Resistance : An Account of Legal Consciousness **New England Law Review**, vol. 26, 1992, 731 ss.

Cionondimeno, è a tutti evidente, e mi riferisco in particolare ai cultori della comparazione giuridica, che non ogni discorso intorno al diritto è destinato a risolversi in un appiattimento sulla dogmatica o sui tecnicismi, e anzi bisogna dire che in svariatissimi modi, la comparazione giuridica ha assunto tale deriva del discorso giuridico a punto di riferimento e centro di irradiazione delle sue contro-narrative: circostanza del resto implicita nell'idea di comparazione come disciplina "sovversiva".[19] Non solo ma nel corso di questi anni la letteratura comparatistica ha potuto mettere a punto una sua 'lente' speciale per 'vedere' il diritto anche là dove esso non appare, portando ad emersione, assieme alle vaste 'zone d'ombra' più o meno programmaticamente proiettate sulla sua dimensione culturale, ermeneutica, politica, il nesso strategico che l'elevazione intellettuale del giurista richiede di stabilire tra il *comparāre* e il *comparēre*, nel senso etimologico di "comparire", "mostrarsi", "diventare visibile", "esistere".[20]

Sul piano strettamente linguistico, fatto sta questa *demarche intellectuelle* ha contribuito ad ampliare in modo decisivo, grazie anche alle molteplici alleanze interdisciplinari strette dalla comparazione, lo stesso 'vocabolario' del discorso giuridico. Da questo punto di vista, non è quindi una forzatura intendere l'analisi del discorso comparativo come l'analisi di un particolare tipo di genere letterario,[21] caratterizzato da strategie narrative sviluppatisi all'interno di una certa "interpretative community",[22] con la specificazione peraltro che per il medio di queste ultime a prendere forma sono istanze conoscitive, istanze critiche, ma anche istanze sensoriali. "Ce que gagne le comparatiste par un meilleur entendement du droit étranger" – Pierre Legrand ha infatti opportunamente osservato – è l'acquisizione di "meilleurs perceptions".[23]

2. DUE VARIAZIONI SULLA POETICA DELL'ESATTEZZA

Seppure il tratto di coesione più evidente della comunità dei comparatisti continui a risiedere nella sua genealogia eminentemente polemica, contro il positivismo nelle sue varie

[19] Cfr. MUIR-WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. **Rev. intern. dr. comp.**, 2000, 503 ss.

[20] Cfr. DE CONCILIIS, Eleonora. **Il potere della comparazione. Un gioco sociologico**, Mimesis, 2012, 21 ss.

[21] Laddove a venire particolarmente in rilievo è "la presenza di asserzioni fattuali e di elementi retorici, se non poetici, intenzionalmente impiegati per dare alla congerie degli eventi 'abito di storia significativa'": COSTANTINI, Cristina, L'anima apologetica della comparazione e la 'geopolitica' del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale. **Riv. crit. dir. priv.,** 2005, 185. Più di recente, cfr. MARINI, Giovanni. Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione. **Polemos**, 2010, 31 ss.

[22] Con la precisazione che "interpretive communities are no more stable than texts because interpretive strategies are not natural or universal, but learned": FISH, Stanley. **Is There A Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities.** Harvard University Press, 1980, 172.

[23] LEGRAND, Pierre. **Le droit compare.** P.U.F., 2009, 69.

declinazioni,[24] assai diverse sono le modalità attraverso le quali la comparazione ha inteso accreditarsi come "strumento di conoscenza critica del diritto"[25] e rivendicare sulla specificità del suo 'occhio' sul fenomeno giuridico.

A questo riguardo, appaiono particolarmente evocative le considerazioni che nelle Lezioni americane Calvino dedica all'esattezza: "penso che siamo sempre alla caccia di qualcosa di nascosto o di solo potenziale o ipotetico, di cui seguiamo le tracce che affiorano sulla superficie del suolo. […] 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".[26] Più specificamente, merita attenzione la sottolineatura del continuo oscillare della ricerca dell'esattezza tra due prospettive: da una parte, "la riduzione degli avvenimenti contingenti a schemi astratti con cui si possono compiere operazioni e dimostrare teoremi", dall'altra "lo sforzo delle parole per render conto con la maggior precisione possibile dell'aspetto sensibile delle cose".[27]

Si potrebbe dimostrare, infatti, che, anche nel dominio della comparazione giuridica, è accaduto ciò che Calvino riferisce alla sua specifica esperienza letteraria. Si allude, in particolare, al difficile rapporto di convivenza delle pulsioni classificatorie e lato sensu scientiste con i rivoli della complessità e dell'indeterminatezza del reale, e alla conseguente problematica coesistenza all'interno del discorso comparativo delle due declinazioni di esattezza prospettate da Calvino:[28] da un lato, l'esattezza come ricerca della corrispondenza delle descrizioni alla realtà, cioè come ricerca guidata da paradigmi scientisti, scelti per avvalorare con interna necessità le descrizioni proposte; dall'altro, come impresa intellettuale che riconduce a metodi di rappresentazione e di apprensione di senso più propriamente umanistici, rimettendo in discussione non solo ciò che si osserva, ma anche l'occhio di chi osserva.

Preliminarmente, è notevole a tal proposito rilevare come da qualche tempo si avverta sempre più il bisogno, all'interno della comunità dei comparatisti, di lavorare intorno ad una consapevole agenda del proprio cammino e del proprio destino intellettuali. I legami che tale

[24] In questo senso, con la consueta fermezza, LEGRAND, Pierre. Au lieu de soi. In LEGRAND, Pierre (dir.), **Comparer les droits, résolument**. Presses Universitaires de France, 2009, 37: "Comparer les droits, résolument, c'est-à-dire envers et contre tous les positivistes, envers et contre le tout de positivisme aussi".

[25] SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato.** Laterza, 2014, 5.

[26] CALVINO, Italo. **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio**. Mondadori Editore, 1993, 85.

[27] CALVINO, Italo. Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio, 82.

[28] Cfr. ad es. PILZ, Kerstin. **Mapping Complexity: Literature and Science in the Works of Italo Calvino.** Troubador. 2005, 58 ss.

bisogno intrattiene con la rivendicazione della funzione culturale della comparazione sono rilevantissimi. Specificamente, la necessità di riorientare in senso critico la "rebirth of comparative law",[29] è una questione che segna oggi con rinnovata centralità il dibattito sulla specificità dell''occhio' del comparatista sul fenomeno giuridico, tanto che è recentemente emersa l'opportunità di distinguere tra una comparazione convenzionale o ortodossa e una comparazione eterodossa.[30]

Una mappatura delle posizioni emerse nel dibattito interno alla materia confermerebbe peraltro che come in tutte le scienze umane, il manifestarsi di un'eterodossia, lungi dal spazzar via in una notte le teorie precedenti,[31] passa più frequentemente attraverso la radicalizzazione di interrogativi, questioni, matrici, punti di vista. Per rendere l'idea di come la scienza comparativa proceda per continuità e rotture che talvolta possono sovrapporsi o intrecciarsi fra loro, basterebbe rilevare ad esempio come da un lato siano tutt'ora all'opera ampie schiere di comparatisti che possono dirsi rappresentative del *mainstream*, e come dall'altro impostazioni anche risalenti nel tempo possano benissimo essere riapprese in chiave eterodossa.[32]

Sarebbe improprio in ogni caso descrivere l'evoluzione della disciplina in termini di un'evoluzione cronologica o progressiva: si è persuasivamente notato come "when reading comparative law articles, [one] could hardly distinguish without being told whether any one was written in the 1900s, 1950s, and the 2000s, so little has the field progressed in the past century.[33]

Fatte queste premesse, sarà pur vero che la presenza di una metafora è indizio di imbarazzo intellettuale, ma si dà il caso che il discorso comparativo sia disseminato di metafore e

[29] MONATERI, Pier Giuseppe. Introduction. MONATERI, Pier Giuseppe (a cura di) **Methods of Comparative Law**, Edward Elgar, 2012, 1.

[30] A tal proposito, si rinvia alla pubblicazione degli Atti del Colloquio "Global Legal Thought: The Legacies of Hetorodoxy", promosso dall'*Institute for Global Law and Policy* e svoltosi alla *Harvard Law School* il 3 giugno 2014.

[31] Sulle discontinuità nello sviluppo storico della scienza, cfr. ovviamente KUHN, Thomas Samuel. **La struttura delle rivoluzioni scientifiche** (1962). Torino: Einaudi, 1999, 19 ss. Per un illuminante tentativo di impiegare la nozione kuhniana di paradigma, rendendola pertinente con le caratteristiche proprie delle scienze umane in generale e con il sapere storico-comparativo in particolare, cfr. COSTA, Pietro **Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella giuspubblicistica italiana fra Otto e Novecento**. Giuffrè, 1986.

[32] Si pensi, in particolare, ad alcune istanze antipositiviste del realismo giuridico americano: cfr., da diverse prospettive, JAMIN, Christophe. Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée. In **Droits: revue francaise de theorie, de philosophie et de culture juridiques**, 51, 2010, 137 ss. ; MARINI, Giovanni. Alessandro Giuliani: l'eredità del realismo giuridico nordamericano e l'"anxiety of influence. In CERRONE, Francesco (a cura di), **Alessandro Giuliani. L'esperienza giuridica fra logica ed etica.** Milano: Giuffrè, 2012, 183 ss.

[33] GINSBURG, Tom, MONATERI, Pier Giuseppe, PARISI, Francesco. **Classics in Comparative Law: An Introduction**, consultabile all'indirizzo http://ssrn.com/abstract=2390695 (part. 2) e ora anche in GINSBURG, Tom, MONATERI, Pier Giuseppe, PARISI Francesco (a cura di.), **Classics in Comparative Law (3 voll.).** Edward Elgar, 2014.

di altre figure retoriche,[34] le quali quindi non possono non assumere una qualche rilevanza in un'ottica di riorientamento critico della comparazione. Specificamente, nell'analisi che prende corpo in queste pagine, l'occhio sarà inteso non, evidentemente, come celebrazione della vista, ma piuttosto di una visione,[35] vale a dire come emblema della peculiare funzione di mediazione che Calvino riteneva propria della letteratura, e quindi, secondo quanto si vorrebbe qui sostenere con riferimento al diritto, come matrice di ciò che è stato scritto nel discorso comparativo, e di ciò ancora è scrivibile[36].

Riproponendo una metafora che svolge un ruolo emblematico nella simbologia calviniana,[37] e che soprattutto ha una qualche storia nella letteratura comparatistica,[38] si vorrebbe in altre parole tentare di tematizzarne il residuo potenziale polemico: verificare cioè, per quanto possibile, quali istanze visive, percettive, immaginative, e più semplicemente narrative, possono risultare essenziali nella prospettiva di attualizzare la sfida archetipica e originaria della comparazione, che nelle sue varie declinazioni è pur sempre quella di lasciare qualcosa di 'scritto' e di 'visibile' al posto di un 'non scritto' e un 'non visibile'.

A questi fini, oggetto di attenzione saranno in particolare due campi in cui lo sguardo del comparatista ha svolto e può ancora svolgere il suo specifico ruolo di mediazione nel campo giuridico.

In primo luogo, a venire in rilievo saranno i modi in cui la comparazione, in un certo senso prendendo le distanze dal determinismo geopolitico associato all'idea di sistema giuridico, ha ridisegnato i confini dei sistemi, dislocandoli in spazi identitari più ampi e intendendo così portare ad emersione, per il medio di alcuni tropi linguistici e figurativi ben noti, alcune relazioni tra il diritto ed un più vasto contesto storico-intellettuale.

Un secondo settore in cui la capacità 'visiva' dell'occhio del comparatista è stata proclamata, anche qui per il medio di alcuni noti espedienti linguistici è quello dell'interpretazione del diritto. Qui l'alienazione del comparatista dall'ottica municipale ha assunto tradizionalmente la

[34] MONATERI Pier Giuseppe, **La geopolitica del diritto**. Laterza, 2013, 8 s.

[35] Cfr. al proposito HART, Henry. What is Heaney Seeing in Seeing Things?, 30 **Colby Quarterly**, 1994, 33 ss.

[36] Nella stessa direzione, v. LEGRAND, Pierre. Pour la relevance des droit étrangers, cit., part. 424 s.

[37] V., per una dettagliata analisi, BELPOLITI Marco. **L'occhio di Calvino**, Torino: Einaudi, 2006.

[38] Cfr. ad es., da prospettive diverse, MONATERI Pier Giuseppe. L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia, **Contr. impr.,** 1988, 192 ss.; DE VITA, Anna. Ad occhi aperti. In Bertorello, V. (a cura di) **Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?** Milano: Giuffrè, 2003 77 ss.; STRAMIGNONI, Igor, Le regard de la comparaison: Nietzsche, Heideeger, Derrida. In LEGRAND, Pierre (dir.) Comparer les droits, résolument, cit., 147 ss.

forma, com'è stato osservato, di un'ermeneutica del sospetto applicata all'ermeneutica stessa delle proposizioni teoretiche.[39] Un approccio che tra l'altro è servito a rivendicare alla comparazione la capacità di far presa su ciò che i sistemi condividono da un punto di vista microcomparativo, cioè nello specifico sulle analogie operazionali che si nascondono sotto le divergenti tassonomie nazionali.

3. SGUARDI E SPAZI: LE PROSPETTIVE APERTE DALLA COMPARAZIONE SISTEMOLOGICA

Per molti aspetti la comparazione giuridica elevata a scienza autonoma nasce come sistemologia, cioè come tentativo di considerare il diritto come parte di una più ampia vicenda storico-intellettuale, la cui apprensione/scrittura è affidata a tassonomie trasnazionali – basti qui menzionare 'famiglie di sistemi', 'tradizioni giuridiche' – ma anche, figurativamente, a mappe e cartografie.[40]

Che allo slancio degli esordi della comparazione, in gran parte fondato sulla contrapposizione tra tradizione di *civil law* e tradizione di *common law*, abbiano fatto séguito tentativi di articolare nuove e più rilevanti contrapposizioni, e dunque anche nuove e più rilevanti identità, è cosa troppo nota per essere ripresa. Cionondimeno, ricordare come l'enfatizzazione delle prestazioni cognitive 'pure' delle classificazioni e delle cartografie, la proclamazione della loro rilevanza storica/genealogica, costituiscano componenti strutturali della riflessione sistemologica,[41] può spingere a valutare come "the convergence or divergence debate is […] not just a debate about law; it is, perhaps more importantly, a debate about the role of the comparatist".[42]

In tale prospettiva, appare interessante sottolineare come in numerosi scritti Calvino si sia interessato alle classificazioni e alle cartografie quali peculiari forme di scrittura.

Con riguardo alle classificazioni, Palomar, lo si sa, è forse il personaggio di Calvino maggiormente segnato da scrupoli epistemologici, il più desideroso di ridurre la complessità del

[39] MONATERI, Pier Giuseppe Comparazione, critica e civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento. **Riv. crit. dir. Priv.**, 1998, 456.

[40] Da ultimo, SIEMS, Mathias. **Comparative Law** Cambridge University Press, 2014, 72 ss.

[41] KENNEDY, David. The Methods and the Politics of Comparative Law. Legrand, Pierre and Munday, R. (a cura di*.),* **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions**, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 345.

[42] SAMUEL, Geoffrey. All that Heaven Allows: Are Transnational Codes a 'Scientific Truth' or Are They Just a Form of Elegant 'Pastiche'? In MONATERI Pier Giuseppe (a cura di), Methods of Comparative Law, cit., 178.

mondo in un ordine scritto e al contempo il più insoddisfatto del gradiente di astrazione che quest'operazione comporta. Così capita che in uno dei tanti momenti in cui si dedica all'arte dell'osservare e classificare, Palomar osservi l'universo a occhio nudo, laddove ciò che lo interessa, in ultima analisi, è stabilire un rapporto di appropriazione tra il pianeta e il suo occhio… "o almeno di quanto d'un pianeta può entrare dentro un occhio".[43]

Ma il tema delle pulsioni classificatorie applicate ad un oggetto irriducibilmente 'polverizzato' è al centro, anche metaforicamente, della raccolta "Collezione di sabbia",[44] laddove a venire in rilievo attraverso la metafora della collezione sono evidentemente anche altri aspetti molto evocativi per il cultore del diritto comparato, primi tra tutti il rapporto identità-differenza sotteso a tutte le forme di classificazione, la specifica direzione narrativa impressa al problema scientifico della classificazione, l'apprensione di quest'ultima nella sua dimensione di 'artefatto culturale': "il collezionista è un artista, in grado di tenere insieme oggetti diversi attraverso un potente e misterioso artificio, entro uno scenario in cui gli oggetti che compongono la collezione assurgono, per un processo di sublimazione, a momenti di una sequenza segnica, trasfigurati in modo da diventare i termini di una narrazione, che si protrae senza mai svelarsi, che delinea un orizzonte verso cui muovere, senza mai pervenire ad una conclusione, a un disvelamento".[45]

È interessante notare poi come in uno dei saggi contenuti nella raccolta "Collezione di sabbia" – il riferimento è a "Il viandante sulla mappa" – Calvino metta a fuoco un profilo problematico ulteriore al rapporto di appropriazione, per definizione non imparziale, che la scrittura-occhio stabilisce con il mondo. Si tratta della specifica correlazione tra spazio e tempo che lo scrittore intuisce essere associata, sin dalle origini, alla letteratura di ispirazione cartografica: "La necessità di comprendere in un'immagine la dimensione del tempo assieme a quella dello spazio è origine della cartografia. Tempo come storia del passato: penso alle carte atzeche sempre piene di figurazioni storico-narrative, ma anche a carte medievali come una pergamena miniata per il re di Francia dal famoso cartografo di Maiorca Cresques Abraham (XIV sec.). E tempo al futuro: come presenza di ostacoli che si incontrano nel viaggio, e qui il tempo atmosferico si salda al tempo cronologico; a questa funzione rispondono le carte dei climi, come quella che disegna già nel secolo XII il geografo arabo Al-Edrisi.

[43] CALVINO, Italo. **Palomar.** Torino: Einaudi, 1983, 43.

[44] CALVINO, Italo. **Collezione di sabbia**. Milano: Garzanti, 1984.

[45] Così nel saggio introduttivo di MOSCHINI, Francesco, **Una collezione del "disincanto"**. RONCONI, Fabrizio – TOSO, Gianfranco (a cura di), **Presenze nel presente - arti e architettura 1900-2013**, NovaTiporom, 2014, X.

La carta geografica insomma, anche se statica, presuppone un'idea narrativa, è concepita in funzione di un itinerario, è Odissea".[46]

Attraverso la riflessione calviniana viene quindi ad emersione un dato fondamentale, e cioè che anche ad operazioni che pure sembrano basate sull'oggettività più neutra quali sono le classificazioni o la cartografia non è mai concesso di essere fine a se stesse.[47] Lo stesso Calvino di fatto crea una poetica dello spazio – una "geo-poetica", appunto[48] – che muta al mutare del suo 'sguardo'.[49]

Questa considerazione, per cui non si dà molta differenza tra la semantica che struttura la costruzione di un modello e quella che sostanzia la narrazione di un racconto, in quanto entrambe richiedono la stessa funzionalità, assume un rilievo determinante se dal campo letterario si passa al campo giuridico.

Nel quadro dei nuovi approcci alla comparazione, è anzi possibile, in questa direzione, rilevare una significativa testimonianza. Acquista infatti sempre più consistenza l'idea che varie generazioni di studiosi, costruendo il proprio discorso di sapere attraverso una continua riscrittura degli spazi, abbiano pensato l'ordine del diritto che è stato o che è (anche) come progetto di un ordine che deve essere, potrà essere o sarà. Altrimenti detto, la problematizzazione della specifica 'esattezza' attingibile da classificazioni e mappe si associa, nei nuovi approcci, ad una compiuta consapevolezza del potere ordinante e strategico delle narrative e delle rappresentazioni spaziali.[50]

Va in particolare sottolineato come una tale consapevolezza sia ora ben rappresentata nell'ambito degli studi comparativi da una tradizione accademica avviata in tempi abbastanza recenti, ma che nel suo più compiuto svolgimento ha già portato alla costruzione intellettuale di un nuovo paradigma: il riferimento è al paradigma geopolitico, e alla sua specifica declinazione in relazione alle dinamiche e alle strategie che nel discorso comparativo sovrintendono la

[46] CALVINO, Italo. Il viandante sulla mappa. In CALVINO, Italo. Collezione di sabbia, cit., 24.

[47] Con specifico riferimento alla cartografia, v. JACOB, Christian. **L'empire des cartes. Approche théorique de la cartographie à travers l'histoire**. Albin Michel, 1992, part. 37 ss.

[48] Cfr., quale testo fondatore della prospettiva geo-centrata negli studi letterari, WHITE, K. **Le plateau de l'albatros. Introduction à la géopoétique**. Paris: B. Grasset, 1994.

[49] Come ben messo in luce da MESCHIARI, Matteo. Italo Calvino et le paysage "géopoétique", **Chroniques italiennes**, 1/2006 (articolo reperibile all'indirizzo http://chroniquesitaliennes.univ-paris3.fr).

[50] COSTANTINI, Cristina. L'anima apologetica della comparazione e la 'geopolitica' del diritto, cit., 183 ss.

costruzione politica della spazialità del mondo e della retorica della storia.[51]

Ad un primo livello di riflessione, un tale riorientamento in senso critico della comparazione spinge a considerare come l'elemento che tiene insieme i comparatisti "who seek knowledge about foreign legal systems more or less for its own sake" e "those who see themselves as technicians in a project whose political direction has been determined elsewhere" sia da rinvenire in una complessa "argumentative machinery".[52]

Torna insomma ad evidenza la sopra richiamata intuizione di Tocqueville circa il ruolo del giurista: anche il cultore del diritto comparato, in fondo, non si trova di fronte al mondo se non per trascenderlo con la tecnica e la retorica di cui è detentore, se non per conferire ad un 'corpo di fatti' la coesione adeguata, il lessico, le distinzioni, funzionali alla coerenza e all'unitarietà di un predeterminato progetto politico. E anzi da questo punto di vista, è difficile negare come una lettura in chiave geopolitica sia semplicemente l'unica percorribile quando i raffronti tra i sistemi sottendono esigenze e attese istituzionali. Il caso più eclatante è rappresentato naturalmente dai Report "Doing Business" della Banca Mondiale,[53] nei quali l'uso del metodo del *benchmarking* ha la precipua caratteristica, valutativa per definizione, di costruire una gerarchia interna all'ordine giuridico globale, politicamente progettata da un lato, per orientare i comportamenti degli imprenditori sotto il profilo degli investimenti, e dall'altro, per promuovere l'adeguamento di importanti settori dell'ordinamento giuridico dei vari Paesi del mondo a determinati standard di riforma.[54]

L'idea che affiora ha però implicazioni anche più generali: progettuale il comparatista lo è in modo scoperto e programmatico quando si fa consigliere del Principe, lo è in modo implicito, per lo più dissimulato, quando produce un discorso di sapere.[55] E ciò tanto più quando questo discorso riposa sulla presentizzazione della logica spaziale, tipicamente opposizionale, del 'dentro' e del 'fuori', dell''interno' e dell''esterno', del 'centro e della 'periferia'.[56]

---

[51] MONATERI, Pier Giuseppe. **La geopolitica del diritto**. Laterza, 2013, part. 12 ss.

[52] KENNEDY, David. The Methods and the Politics, cit. 345.

[53] Cfr. in particolare World Bank, International Finance Corporation. **Doing Business**. Oxford University Press, 2004 e 2005.

[54] MICHAELS, Ralf. Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law. 57 **Am. J. Comp. Law**, 2009, 765 ss. V. anche *infra.*

[55] Dello stesso segno le considerazioni di MATHUEU-IZORCHE, Marie-Laure. Approches épistémologiques de la comparaison des droits. In LEGRAND, Pierre (dir.) Comparer les droits, résolument, cit., 137 : "il convient ainsi de tenter de montrer que l'aspiration scientifique, qui constitue un discours explicite assez répandu […], est souvent destinée a justifier la poursuite d'objectifs d'une autre nature, à savoir des enjeux politiques".

[56] Cfr., per alcuni significativi riscontri, NEGT, Oskar. **L'Espace public oppositionnel.** Payot, 2007.

Come dire che la metafora dell'occhio del comparatista può veicolare e materializzare molto di più che il semplice *medium* di una rappresentazione spaziale. Ad essere chiamato in causa, infatti, è anche la considerazione di un dispositivo di potere e di disciplinamento del mondo: nell'ineguagliabile sintesi foucaultiana, lo sguardo "pose le problème de la visibilité, mais c'est en pensant à une visibilité organisée entièrement autour d'un regard dominateur et surveillant".[57]

In riferimento agli approcci più recenti, sarebbe dunque fuorviante discorrere di un passaggio da una comparazione 'neutra' a una comparazione 'impegnata', per la semplice ragione che 'impegnata', la comparazione, lo è stata, innegabilmente, fin dagli inizi. Semmai, il primo compito critico che la comparazione odierna assegna a se stessa può essere meglio colto nel senso di riportare costantemente alla visibilità i modi in cui le condizioni di configurabilità delle tradizioni giuridiche sono state costruite e difese, e le strategie connesse a tali costrutti intellettuali. Nelle parole di uno degli esponenti della critica al *mainstream*, "the challenge is to render the projects and commitments of methodological eclecticism visible and contestable, disputing the intuitively appealing idea that avoiding methodological dogmatism avoids or neutralizes political effects".[58]

Se tutto ciò fa giustizia delle cartografie che rivendicano un'aspirazione puramente scientifica, un'altra considerazione sembra segnare lo scenario attuale: lo sguardo del comparatista 'produce' non solo le condizioni di attribuzione e di stabilizzazione di senso, ma anche quelle per la configurazione di resoconti alternativi,[59] donde – tra l'altro – l'utilità di leggere le diverse rappresentazioni 'prodotte', e naturalmente anche la dicotomia poco sopra evocata 'comparazione convenzionale vs comparazione eterodossa', secondo una prospettiva antagonistica.[60]

Non ci si può ovviamente qui impegnare in una trattazione dettagliata, ma riflettendo sulle contronarrative recentemente sviluppate in seno alla riflessione sui sistemi, la sensazione è che siano essenzialmente due le dimensioni rispetto alle quali la comparazione tende a perdere il tono

[57] FOUCAULT, Michel. L'œil du pouvoir (entretien avec J.-P. Barou et M. Perrot)", **Dits et écrits** *(1954-1988)*, III. Paris: Gallimard, 1994, 195.

[58] Kennedy, David. The Methods and the Politics 408.

[59] Cfr. HUSA, Jaakko. Classification of Legal Families Today - Is it Time for Memorial Hymn? 56 **Rev. int. dr. comp.**, 2004, 11 ss. Del resto, è pur sempre vero che "l'unanimità di opinione può essere adatta per una chiesa, per le vittime atterrite o bramose di qualche mito (antico o moderno), e per i seguaci deboli e pronti di qualche tiranno": FEYERABEND, Paul K. **Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza** (1975). Feltrinelli, 2002, 39.

[60] Nel senso chiarito da BLOOM, Harold. **Agon: Towards a Theory of Revisionism**, Oxford University Press, 1983. Analoga prospettiva si trova nei precedenti **The Anxiety of Influence**. Oxford University Press, 1973 e **A Map of Misreading**. Oxford University Press, 1975.

'scientista' che lo ha a lungo caratterizzato: la dimensione politica e la dimensione ermeneutica. Semplificando un po', è plausibile ritenere che sotto entrambi i profili, la posta in gioco della riflessione odierna sia quella di guadagnare in termini di molteplicità e complessità ciò che deliberatamente si perde in termini di oggettività.[61]

La dimensione politica è chiamata in questione quando a venire criticamente in rilievo sono i cedimenti della letteratura comparatistica *mainstream* verso visioni etnocentriche del fenomeno giuridico, giusta le quali la differenza tra Occidente e Oriente corrisponde, più o meno esplicitamente, a quella tra modernità e tradizione.[62] Non solo, infatti, si tende sempre più a riconoscere che tali visioni nascondono e sottraggono più di quanto mostrino, mantenendo un'ampia zona d'ombra su ciò che viene considerato "Oriente", ma a prendere forma è anche la consapevolezza che ad essere implicata nelle ricostruzioni orientaliste[63] è una sapiente opera di trasfigurazione, in senso esclusivistico e normalizzante, della soggettività occidentale.[64]

Tenendo presenti queste premesse, due tendenze della comparazione eterodossa divengono allora immediatamente evidenti: da un lato, interessa sempre più scardinare qualsiasi significato precostituito dei "vari Orienti descritti" teso a limitarne l'inventività o, al contrario, a esasperarne il carattere esotico[65]; dall'altro, l'insoddisfazione verso forme identitarie rigide dell'Occidente produce contronarrative che attivano collegamenti con gli elementi marginalizzati o dimenticati dai processi di soggettivazione dominanti.[66]

La radicalità dell'imperativo sottostante questi nuovi approcci potrebbe allora essere espressa in questi termini: "in the face of exoticization, normalize, in the face of normalization,

[61] CALVINO, Italo, Una pietra sopra**,** cit., VIII: "prende via via più rilievo un aspetto che a ben vedere era presente fin da principio: il senso del complicato e del molteplice e del relativo e dello sfaccettato che determina un'attitudine di perplessità sistematica". Per quanto qui specificamente interessa, e ancora una volta, si tratta allora di pensare fino in fondo una certa *démarche*, e di portarla a compimento, in una direzione che trova significativi punti di contatto con il riferito passo calviniano.

[62] È questo uno dei punti-chiave dell'incontro della comparazione con gli studi coloniali e postcoloniali: cfr. MERINO ACUÑA, Roger. **Comparative Law from Below. The Construction of a Critical Project in Comparative Legal Studies**. LAP Lambert Academic Publishing, 2012, 31 ss.

[63] La prospettiva orientalista, portata all'attenzione internazionale da SAID, Edward. **Orientalism**, Pantheon Books, 1978, è recentemente sviluppata da RUSKOLA, Teemu. **Legal orientalism**. Harvard University Press, 2013.

[64] Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition.** Routledge, 1995, 273 ss. Il contributo decisivo del discorso comparativo nel dar forma a progetti di soggettivazione deve con ciò essere appreso tenendo presente che questi ultimi sono "l'une des possibilités données d'organisation d'une conscience de soi" FOUCAULT, Michel. Le retour de la morale. **Dits et écrits** *(1954-1988)*, IV. Gallimard, 1994, 706.

[65] Richiamo qui, negli intenti e nelle espressioni, MARINI, Giovanni. La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano. **Riv. crit. dir. priv.** 2011, part. 188.

[66] In riferimento alle "radici" romanistiche della tradizione giuridica occidentale, il saggio-manifesto è MONATERI, Pier Giuseppe. Black Gaius. A quest for the multicultural origin of Western Legal Tradition. 51 **Hastings Law Journal**, 2000, 479 ss

exoticize".[67] E ovviamente, per questa via, anche l'interpretazione della nuova spazialità, pretesamente "liscia", e in realtà molto "striata", del mondo globalizzato[68], cambia profondamente, conducendo ad attribuire nuovo significato politico al monito foucaultiano: "Fragmenter ce qu'on pensait uni".[69]

Da questo punto di vista, vale anzi la pena osservare come i resoconti di *Law and Finance* sull'intrinseca superiorità economica dei sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law* – resoconti che come si sa costituiscono la base culturale dei sopra evocati Rapporti della Banca mondiale[70] – siano solo apparentemente inconciliabili con la retorica sulla *Western Legal Tradition* con cui parte della letteratura comparatistica ha inteso, per così dire, "«urbanizza[re]» il paesaggio"[71] occidentale: come non si è mancato di rilevare, infatti, tale retorica si nutre di argomenti in ultima analisi votati a normalizzare una pretesa direzione univoca dell'Occidente, e come tale non è priva di nessi con l'approccio di *Law and Finance* nel momento in cui entrambi intendono, in ultima analisi, sponsorizzare un allineamento del diritto europeo-continentale alla struttura valoriale della *common law*, soprattutto nella sua versione nordamericana.[72]

Venendo agli aspetti più strettamente ermeneutici, pare possibile rilevare il profilarsi di un preciso itinerario di quella che, mutuando l'espressione da uno studioso da sempre attento a dare voce a tutte le forme di pluralismo giuridico[73], chiameremo qui l'"imagination du comparatiste".[74]

Intanto, l'immaginazione, proprio per il suo essere una sorta di zona franca dell'intelletto, costituisce da sempre da sempre il terreno sul quale si edificano ponti tra discipline, i quali a loro volta assumono un'importanza cruciale per il comparatista che voglia "invitare nuovi mondi"[75],

---

[67] BERMAN, Nathaniel. Aftershocks: Exoticization, Normalization, and the Hermeneutic Compulsion. 1997 **Utah L. Rev.** 286.

[68] GALLI, Carlo. Le forme della politica. In GREGORY Tullio (a cura di), **XXI Secolo. Il mondo e la storia. Vol. 3**, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2009, 79 ss. L'elaborazione delle categorie 'liscio' e 'striato' si deve, notoriamente a DELEUZE Gilles – GUATTARI, Felix. **Capitalisme et schizophrénie. T. 2: Mille plateaux.** Les Éditions de Minuit, 1980, 592 ss.

[69] Ripreso ad es. da LEGRAND, Pierre **Pour la relevance des droit étrangers,** cit., 26. Cfr. anche, in riferimento allo svelamento della natura ontologicamente duale dell'Occidente, MONATERI, Pier Giuseppe. La geopolitica del diritto. cit., 36.

[70] Cfr. SIEMS, Mathias. **Legal Origins: Reconciling Law & Finance and Comparative Law**, reperibile all'indirizzo www.cbr.cam.ac.uk; LA PORTA Rafael et al. Law and Finance. 106 **J. Pol. Ec**. 1998, 1113 ss.; GLAESER Edward and SHLEIFER Andrei. Legal origins. 117 **Quart. Journ. Econ**., 2002, 1193 ss.; BECK Thorsten et al. Law and Finance. Why Does Legal Origin Matter? 31 **J. Comp. Econ**, 2003, 653 ss.

[71] COSTANTINI, Cristina. The 'timeless present'. De-costruzione e ri-fondazione delle radici europee. **Riv. crit. dir. priv**., 2004, 183.

[72] Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. Globalizzazione e diritto europeo dei contratti. In Somma, Alessandro (a cura di), **Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti.** Giappichelli: Torino, 2007, 181 ss. e SOMMA Alessandro, Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica. **Ars interpretandi**, 2003, 349 ss.

[73] V. ora VANDERLINDEN, Jacques. **Les pluralismes juridiques.** Bruylant, 2013.

[74] VANDERLINDEN, Jacques "A propos des catégories du droit ou propos décousus d'un juriste arboricole contemplant un jardin de roses rampantes". *Revue de la common law en français*, 2 (1999), 330.

[75] COVER, Robert. **Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto** *(1983)*. Torino: Giappichelli, 2008, 92.

interrogando inesplorate articolazioni interpretative dell'"aspetto sensibile"[76] del Giuridico. Non è certamente un caso che il recente, notevole, ampliamento delle 'fonti' potenzialmente interpellabili dal comparatista abbia prodotto ricerche le cui categorie cardine sono 'liminalità'[77], 'confine',[78] 'soglia',[79] 'interstizio',[80] o ancora 'icona',[81] spettralità,[82] laddove le ragioni di tale ricorrenza sono legate a doppio filo con il tentativo, da un lato, di risalto/riscatto alle diverse forme di rappresentazione/legittimazione, affettive, simboliche, immaginali, di cui si nutre il diritto[83], e dall'altro, congiuntamente, di rimeditare la complessità del Giuridico pensando all'eccedenza e allo scarto, a quel residuo di invisibilità e di ambiguità che resta sotto la superficie[84] di concetti chiave della comparazione, come stile, Legge… o ancora memoria, mentalità, tradizione.[85]

"L'affermazione che la mia prosa sia provocata dalla polemica" – ha scritto una volta Carlo Emilio Gadda - è acuta, ma quantitativamente esagerata: non tutto in me è polemica; posto il canone polemico all'inizio, nel mio mondo io poi mi muovo liricamente".[86] Il dibattito contemporaneo sembra testimoniare che la polemica archetipica della comparazione, la già riferita peculiarità del suo 'vocabolario', sono destinati al contrario, e sotto molto aspetti, ad essere radicalizzati. Ciò che peraltro è interessante notare è che la consapevolezza dell'ampio spettro di significati e argomenti capaci di essere attratti nel campo della definizione del Giuridico, la determinazione a svolgere in tutte le loro valenze concetti e nozioni ermeneuticamente pregnanti come quelli sopra evocati, la sottolineatura della necessità di abbandonare le "vie lineari

[76] CALVINO, Italo. Lezioni americane, cit., 82.

[77] CARPI, Daniela – GAAKEER, Jeanne (a cura di). **Liminal Discourses - Subliminal Tensions in Law and Literature**. Berlin and Boston, 2013.

[78] MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge. Sovranità e governo del mondo**. Bollati Boringhieri, 2014.

[79] V. il numero monografico (*Focus*: Diritto e Religione) di **Cosmo**, 3, 2013, e in particolare i contributi di MONATERI, Pier Giuseppe. Stasis in Moltmann e Schmitt, *ivi*, 9 ss.; CARPI, Daniela. Diritto e Religione: esempi dal romanzo gotico inglese, *ivi*, 31 ss., e COSTANTINI, Cristina, The English Katéchon. La mediazione teologico-politica in epoca Tudor, *ivi*, 41 ss.

[80] GOODRICH, Peter. Interstitium and non-law. In MONATERI, Pier Giuseppe (a cura di) Methods of Comparative Law, cit., 213 ss.

[81] COSTANTINI, Cristina, The English Katéchon. La mediazione teologico-politica in epoca Tudor, cit. 41 ss.

[82] LEGRAND, Pierre. Pour la relevance des droit étrangers, cit., part. 53 ss.

[83] Ne sono significativa testimonianza MONATERI, Pier Giuseppe. The Books and the Gavel: L'immagine della Legge e la teoria del 'Sublime americano'. **Polemos**, 2011, 3 ss. e COSTANTINI, Cristina Representing Law: Narrative Practices, Poetic Devices, Visual Signs and the Aesthetics of the Common Law Mind". CARPI, Daniela – GAAKEER, Jeanne (a cura di), **Liminal Discourses - Subliminal Tensions in Law and Literature**., 27 ss.

[84] Cfr. HUSA, Jaakko. The Tip of the Iceberg or What Lies Beneath the Surface of Comparative Law. 16 **Maastricht Journ. Eur. Comp. Law**, 2005, 73 ss.

[85] Si sottoscrive pertanto pienamente il rilievo per cui "on this ground even the lexicon of [comparative law] could be re-substantiated", formulato da COSTANTINI, Cristina The Iconicity of Space: Comparative Law and the Geopolitics of Jurisdictions. Monateri, Pier Giuseppe (a cura di) Methods of Comparative Law, cit., 231.

[86] Reperibile in "Lettere ed epistolari di Carlo Emilio Gadda". FORTI, Marco. **Narrativa e Romanzo nel Novecento Italiano: studi critici, ritratti e ricerche**. Milano: Il saggiatore, 2009, 124

e ben tracciate"[87] delle ricostruzioni correnti e di intraprendere gli "incerti percorsi del diritto come arte",[88] si accompagna sempre più, nella riflessione odierna, alla prospettazione di inedite possibilità estetiche[89] e liriche della comparazione.[90] Ed esercita anzi una certa suggestione che uno degli artefici della svolta epistemologica avutasi nel campo nelle scienze storiche, abbia una volta detto che disporsi a percorrere itinerari narrativi 'altri', implica niente di più e niente di meno che disporsi ad accettare che l'"intelligenza" dello studioso, liberata dalla preoccupazione di doversi autorappresentare come 'scientificamente forte', si prenda "una grande rivincita" sul "mero dato di fatto".[91]

Detto altrimenti, e valorizzando i possibili punti di contatto con la poetica di Calvino, la riflessione odierna ripropone radicalmente il problema delle potenzialità polemiche dell'esattezza, e per questa via della scrittura come dispositivo di visibilità. È notevole del resto che la poetica calviniana autorizzi a dare risalto anche a questo specifico aspetto della metafora dell'occhio: se in Calvino non viene mai meno lo sforzo di far presa sulle cose nascoste, è perché l'operazione di illuminare alcuni tratti d'esperienza implica sempre lasciarne altri nel cono d'ombra proiettato dalla sorgente luminosa prescelta, onde escludere un oggetto dalla piena 'visibilita' richiede sempre e comunque un qualche 'pensiero', una qualche 'consapevolezza' dell'oggetto escluso e dei suoi sotterranei rapporti con l'area trattenuta, per così dire, in piena luce.

Dal dibattito odierno non sarà forse possibile ricavare i contorni di un vero e proprio 'statuto' di uno studio critico dei sistemi giuridici. Cionondimeno, esso fornisce molti elementi in questa direzione e qualche utile indicazione preziosa, ancorché non definitiva, sulle prospettive che potrebbero aprire all'attualizzazione della polemica archetipica e originaria del 'discorso cartografico' della comparazione, nonché, correlativamente, al riempimento dei 'vuoti' attraverso cui questo si è andato costruendo.

Ciò è vero, come si cercherà di sostenere, anche in relazione alle declinazioni più

[87] SOMMA, Alessandro. Crêuze de mä e caruggi. Gli incerti percorsi del diritto come arte. Desanti, Lucetta, Ferretti, Paolo e Manfredini Arrigo Diego (a cura di*),* **Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà**, Milano: Giuffrè, 2009, 428.

[88] Al riguardo, Somma, Alessandro. Crêuze de mä e caruggi. Gli incerti percorsi del diritto come arte, 429 appunta come "ciò non rappresenta una perversione rispetto ad improbabili ideali di purezza scientifica, bensì un contributo alla definizione di meccanismi democratici di partecipazione al potere e di controllo sul potere".

[89] Specificamente, la problematica della visibilità dischiude alla comparazione una dimensione estetica che nel campo letterario trova particolari possibilità di espressione nella poesia. Per un'affascinante sinossi, v. HEANEY, S. **Seeing things**, Faber and Faber, 1991.

[90] Laddove il lirismo va inteso proprio come un rinnovato e consapevole protagonismo del soggetto: cfr. FERRARIS Denis – BUDOR Dominique (dir.) **Les lyrismes interdits.** Presses de la Sorbonne Nouvelle, 2002.

[91] BLOCH, Marc **Apologia della storia.** Einaudi, 1969, 69.

microcomparative della materia.

4. L'OCCHIO DEL COMPARATISTA E I LIMITI DELLA NORMATIVITÀ ESPLICITA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI RAPPORTI TRA DIRITTO E INTERPRETAZIONE

Dando per assunto che la comparazione come forma di letteratura critica sul diritto si è sviluppata, si sviluppa, e sempre si svilupperà, attraverso risposte a domande più o meno sottintese,[92] è possibile rilevare come le domande che oggi si pongono anche nel campo dei rapporti tra diritto e interpretazione tendano ad essere diverse da quelle che ci si poneva in un passato pure recente.

Da molti punti di vista, è abbastanza chiaro che tutta la critica comparatista del modo municipale di pensare il diritto, e la connessa idea che la comparazione possa stanare le regole operazionali proprio dietro, e il più delle volte contro, le proposizioni linguistiche e l'apparato concettuale che le riguardano, si lascia iscrivere nella poetica dell'esattezza e della visibilità che Calvino delinea con riferimento alla letteratura: ciò è particolarmente vero per le teorie strutturaliste della dissociazione dei formanti e della scoperta dei crittotipi, che furono elaborate proprio al fine di portare ad emersione i fenomeni di latenza normativa, ma il discorso può riguardare, per analogia, anche l'elaborazione, da parte funzionalista, del *factual approach*, che fu anch'esso messo a punto nell'ottica di andare oltre (e contro) le categorie dogmatiche.

Pur in presenza di alleanze interdisciplinari diverse, è opinione condivisibile infatti che una via per una lettura unitaria dei due approcci sia data dall'osservazione secondo cui "in many ways, legal formants play the same role in Sacco's scheme that 'factual problem' do in Schlesinger's Cornell project".[93] Alla base delle due impostazioni vi è in sostanza un comune pregiudizio ermeneutico di partenza, il quale a sua volta richiama il tipico stile di pensiero dei detective *à la* Sherlock Holmes: si parte da una congettura (il darsi di vincoli universali sulla struttura dei sistemi, la sostanziale riduzione dei singoli armamentari concettuali e finanche del contesto storico-istituzionale a 'fattori contingenti', e via dicendo) e 'si escogita' un piano che consenta di

[92] SAMUEL, Geoffrey. **An Introduction to Comparative Law Theory and Method**. Bloomsbury Publishing, 2014, part. Cap. 2 dell'edizione digitale.

[93] KENNEDY, David, The methods and the Politics, p. 399. Cfr. anche FRANKENBERG, Guenther. How to do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core. Monateri, Pier Giuseppe (a cura di) Methods of Comparative Law, cit., 120 ss. e MATTEI, U. The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence. RILES, Annelise (a cura di) **Rethinking the Masters of Comparative Law**. Oxford and Portland: Hart, 2001, 238 ss.

'catturare' il maggior numero di prove possibili a suffragio della congettura[94]

Specificamente, com'è noto, le ricerche di stampo strutturalista operano in raccordo con le scienze cognitive e la linguistica, e s'imperniano in particolare sulla possibile intermediazione del dato tacito tra le proposizioni teoretiche e le regole operazionali, rivendicando alla comparazione, meno condizionata rispetto all'analisi dogmatica dal presupposto della coerenza tra le une e le altre, il compito di fare luce sui termini di questa intermediazione.[95]. In tale prospettiva, gli strutturalisti muovono dall'idea che i meccanismi collettivi e non verbalizzati di (pre)comprensione[96] che soprassiedono alle interpretazioni dei giuristi e che relativizzano dall'interno le differenze concettuali intersistemiche, si perpetuino, più o meno consapevolmente, allo stesso modo in cui le norme giuridiche delle società senza scrittura sono trasmesse da una generazione all'altra.

Per converso, di ciò che renderebbe possibile che tassonomie nazionali anche molto diverse possano convivere con similitudini intersistemiche sul piano operazionale, i funzionalisti adottano un modello di spiegazione sociologico, e cioè la presunzione che le proprietà funzionali siano suscettibili di accomunare i sistemi a prescindere dal riscontro di "differenze nello sviluppo storico, nella loro struttura sistematico-teorica e nello stile delle applicazioni pratiche".[97].

In riferimento a tali svolgimenti della letteratura comparatistica, la questione centrale ovviamente non è tanto rilevare come il corpo di dati acquisiti, benché sia il frutto di procedure di astrazione piuttosto complesse, e forse proprio per questo, abbia potuto essere presentato come un qualcosa che si offre all'"agnosticism" neutrale di un metodo di indagine,[98] con correlativa minimizzazione della correlata attività di precomprensione di partenza, della specifica aspettativa di senso associata al sospetto iniziale e fondatore.

Ancora una volta, l'aspetto che va piuttosto sottolineato è che la critica alla teoria

[94] Sul punto, cfr. le considerazioni di KAUFMANN, Arthur. Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto. **Ars interpretandi**., 2001, 321 ss.

[95] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al diritto comparato.** 5. ed., Utet, 1992, 60 e SACCO, Rodolfo. Crittotipo. **Digesto civile** Vol. 5, Torino: Utet, 1989, 3.

[96] Cfr. ampiamente MONATERI, Pier Giuseppe. Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi del diritto comparato). **Riv. dir. civ.,** 1987, I, 600 ss. e part. 611.

[97] ZWEIGERT, K. Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode. In AA.VV., **Scopi e metodi del diritto comparato**, Cedam e Oceanias Publications, 1973, 737 s. Se ne deduce, ed è stato notato, che nella prospettiva funzionalista le differenze di mentalità sono ridotte a "just a question of 'style'". così, criticamente, SAMUEL, Geoffrey. Common law. In Smits, J.M. (a cura di), **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Edward Elgar, 2006, 159 (c.vo mio). In precedenza, FRANKENBERG, Guenther. Critical comparisons: Rethinking Comparative Law. 26 **Harv. Int. L. Journ.,** 1985, 434 ss.

[98] Cfr. al riguardo FRANKENBERG, Guenther, How to do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core*,* cit., part. 134 s.

dell'interpretazione finora condotta, senza nulla togliere alla sua funzione sotto vari aspetti illuminante, la quale è stata senz'altro di cruciale importanza nel vivo della rivolta contro le secche del formalismo, non esaurisce (per fortuna) tutta la storia dei "limites de la normativité explicite".[99]

In via preliminare, appare sotto molto profili rilevatore un aspetto che la critica letteraria ha messo in luce con riguardo al prototipo del detective freddo e razionale, e cioè il fatto che "the initial undecidability of signs, and the linguistic or aesthetic excess with which it is associated, is always recontaneid […] through the production of the […] "thuth"".[100] Si potrebbe infatti dimostrare come un analogo "exile of the excess"[101] sia riscontrabile nei discorsi comparativi in cui l'attitudine a guardare quel qualcosa in più, quel porsi domande che non trovano risposta nei discorsi ufficiali, si traduce, più o meno esplicitamente, in una sottrazione, qual è, nello specifico, la considerazione delle regole al netto dalle formulazioni espressive e dei discorsi normativi prodotti all'interno di una certa comunità giuridica.[102]

Con questo non si vuole sostenere che operazioni centrali delle ricerche sul *common core* dei sistemi, quali l'"*appiattimento* della rilevanza di tutti i fattori che entrano in gioco rispetto ad una data soluzione" e "la *ricostruzione* della loro influenza sulla soluzione, *indipendentemente* dal modo in cui sono considerati dai giuristi dei sistemi studiati",[103] pecchino indefettibilmente di "epistemological optimism";[104] semmai, a venire criticamente in rilievo è il fatto che tali ricerche abbiano appunto costruito il proprio 'senso' intorno a delle 'omissioni'.

A divenire oggetto di problema è, in altre parole, la peculiare 'coerenza narrativa' attinta dalla comparazione quando il nodo dell'interpretazione viene collocato all'interno di una cornice astratta e universalizzante. Non solo ma una tale consapevolezza può condurre, come ha scritto

---

[99] MORISSETTE, Yves-Marie. L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens. 43 **Rev. Jur. Thémis**, 2009, 460.

[100] JACOBS, Karen. **The Eye's Mind: Literary Modernism and Visual Culture**. Cornell University Press, 2001, 49.

[101] JACOBS, Karen. The Eye's Mind: Literary Modernism and Visual Culture. Cornell University Press, 2001, 49.

[102] Si consideri ad esempio l'atteggiamento in un certo senso curiosamente 'edenico' che Rodolfo Sacco una volta ha detto essere alla base di un'impostazione antiformalista del problema dell'interpretazione, e nello specifico dell'analisi operazionale e del factual approach: un tale approccio – scrive Sacco – "presuppone una conoscenza capillare dei denominatori adottati nei vari Paesi considerati; diremmo quasi, presuppone che i singoli relatori partecipino inizialmente delle illusioni ottiche usuali nei rispettivi Paesi, e giungano a superarle durante i lavori": cfr. SACCO, Rodolfo. Un metodo di lavoro nuovo: il seminario di Cornell**. Riv. dir. civ.**, 1972, II, 175. Vale la pena notare come "In mondo scritto e non scritto", l'azione del 'rendere visibile' sia raffigurata da Calvino in termini non dissimili, come l'azione del "rompere lo schermo di parole e concetti e […] vedere il mondo come se si presentasse per la prima volta al nostro sguardo": CALVINO, Italo. **Mondo scritto e mondo non scritto**. Arnoldo Mondadori Editore, 2002, 110.

[103] MATTEI, Ugo – MONATERI, Pier Giuseppe. **Introduzione breve al diritto comparato**, Cedam, 1997, 17. (c.vo mio)

[104] VAN HOECKE, Mark. Deep Level Comparative Law. In VAN HOECKE, Mark (a cura di), **Epistemology and Methodology of Comparative Law**. Hart, 2004, 172.

Mitchel Lasser, "to the seemingly paradoxical conclusion that even Common Core analysis is every bit as much about difference as it is about similarity. Every insight into the similarities – or what is held in common – between two legal systems necessarily underlines all that is different. If nothing else, it is all the residue, it is all that is left; and that, frankly, is a lot".[105]

Si noti allora che il riferimento, poco sopra, alla 'coerenza' è intenzionalmente ironico, perché l'alienazione del comparatista dalla visuale interna è sì servita a rovesciare il presupposto della necessaria coerenza tra dogmatica e regole operazionali, ma ha anche collocato in un'area di 'discreta invisibilità' tutto il materiale da cui la tenuta/coerenza del paradigma prescelto imponeva di astrarre, cioè in particolare le implicazioni per così dire più 'inquietanti', ermeneuticamente e politicamente, del rapporto tra diritto e interpretazione.

Ci si limita qui, molto sinteticamente, ad evocare tre questioni, la cui rilevanza sta orientando la comparazione verso una nuova visione dei rapporti tra diritto e interpretazione.

In primo luogo, da un punto di vista strettamente ermeneutico, sembra possibile ipotizzare un passaggio "de la diversité méthologique à la complexité épistémologique".[106]

La posta in gioco, in sostanza, è quella di rilanciare un percorso intellettuale della comparazione, e più precisamente un orizzonte relazionale e interdisciplinare, entro il quale anche le questioni che nel passato "have been keeping many thoughtful lawyers awake"[107] possano essere ri-osservate "con la lente d'ingrandimento".[108]

Come già nella poetica calviniana, disporsi a fare i conti con il carattere 'equivoco' e con i vari cortocircuiti della visibilità, segna quindi il passaggio obbligato per la comparazione odierna: l'impressione è anzi che il cultore del diritto comparato tenda oggi sempre più, per così dire, a guardarsi allo specchio, consapevole che la realtà sulla quale il suo occhio vorrebbe far presa è passibile di essere colta solo prospetticamente, attraverso approcci che sono essi stessi

[105] LASSER, Mitchell de S.-O.-L'E. **Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy**. Oxford University Press, 2009, 165.

[106] SAMUEL, Geoffrey. Dépasser le fonctionalisme. In Legrand, Pierre (dir.) **Comparer les droits, résolument**, cit., 422.

[107] PALMER, Vernon Valentine. From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology**.** 53 **Am. Journ. Comp. L.**, 2005, 261.

[108] "[L]a 'teoria' ha proprio a che fare […] con una nuova 'lettura ravvicinata' (close reading) dei classici della letteratura, osservando con la *lente di ingrandimento* i meccanismi attraverso i quali il referente, più che dissiparsi, rimane continuamente differito dalla scrittura stessa, che rivela una vera e propria ontologia della polisemia. Cioè la polisemia non è un prodotto della attività interpretativa, ma una caratteristica ontologica della scrittura, che viene disconosciuta, dimenticata, dagli 'innocenti' che resistono alla teoria, così come per costoro cade in oblio il fatto che l'opera costruisca il proprio senso differendolo, e si possa quindi ricostruirlo intorno ai suoi 'vuoti'": così MONATERI, P.G**.** La 'American Theory': nuovo realismo e lettura ontologica. A proposito dell'edizione italiana di François Cusset, French Theory**,** Il saggiatore, Milano 2012. **Cosmo**, 2, 2013, 134 (c.vo mio).

ermeneuticamente pregiudicati. Infatti, un problema su cui sempre più si tende ad attirare l'attenzione, al limite anche con accenti di pessimismo epistemologico e di nichilismo *à la* Pierre Legrand, riguarda l'insieme di interazioni e di mediazioni che legano il soggetto e l'oggetto della comparazione, ovvero dei limiti di varia natura che incontra "s'intéresser à un droit étranger, donc à un autre droit que le "sien"".[109]

In relazione all'enfasi posta su tali questioni, ottimismo e pessimismo sono in realtà categorie troppo chiuse e troppo nette, e hanno ormai poco senso in quanto tali. Semmai, pare plausibile affermare che il *pathos* dei recenti sviluppi del discorso comparativo vada ricercato, congiuntamente, in un radicale rifiuto del *taken-for-granted*, nel consapevole avvio di un autentico progetto di 'r-esistenza' contro il tentativo di chi, con l'obiettivo ultimo di costringere l'impresa comparativa entro gli schemi e i paradigmi delle scienze 'dure', ha dedicato alla comparazione persino un prematuro necrologio,[110] e in ultima analisi, per ulteriore estensione, proprio in quella sorta di cortocircuito tra ottimismo e pessimismo che è rappresentato dalla speranza,[111] nel caso specifico dalla speranza di far presa sul materiale finora più o meno consapevolmente 'escluso' dalle narrative convenzionali. Come dire che anche l'invito, da più parti formulato, a mantenere vive le suggestioni della nichilistica "éthique du non savoir", sottende in realtà l'esortazione ad approdare ad un' "éthique du "Plus"",[112] nella misura in cui è proprio il compiuto *engagement* del comparatista in questioni complesse ciò che prova che egli non è un arido cultore del modello del 'fact finding', né potrebbe esserlo, preso com'è in ben più articolate irresolutezze e polisemie, tutte in grado di spingere verso il riposizionamento teorico della comparazione all'interno delle scienze umane, nonché – com'è intuibile – verso la (ri)fondazione delle sue strategie.[113]. Specificamente, e conclusivamente su questo punto, si può considerare che il fine ultimo sia quello di riorientare la comparazione giuridica verso una visione non rigidamente oppositiva, e soprattutto non 'innocente', di due dualismi in cui essa è immersa per il fatto stesso di essere uno

[109] LEGRAND, Pierre. La comparaison des droits expliquée à mes étudiants. In LEGRAND, Pierre (dir.), Comparer les droits, résolument, cit., 209.

[110] Il riferimento è a SIEMS, Mathias. **The End of Comparative Law.** 2 **The Journ. of Comp. L.**, 2007, 133 ss. In aperta polemica con questa asserzione, v. l'*incipit* di COSTANTINI, Cristina The Iconicity of Space: Comparative Law and the Geopolitics of Jurisdictions, cit., 230: "Comparative law is not at its intellectual end".

[111] "In short, Nietzsche with the utmost gravity told modern man that he was freefalling in the abyss of nihilism. Perhaps after having lived through this terrible experience, drunk it to the dregs, people might *hope* for a fresh era of value creation, the emergence of new gods": BLOOM, Allan. **Closing of the American Mind**. Simon and Schuster, 2008, 143 (c.vo mio).

[112] CARETTE, Jeremy. Études religieuses comparatives et éthique de la connaissance: de la moralité des catégories**.** In LEGRAND, Pierre (a cura di) Comparer les droits, résolument, cit., part. 535 s.

[113] MONATERI, Pier Giuseppe. Deep inside the brumble bush: complessità e riaffermazione delle scienze umane. **Riv. crit. dir. priv.** 2006, 481 ss.

studio umanistico e uno studio umanistico comparato: 'soggettivo/oggettivo', 'il sé/l'altro'.[114]

L'accresciuta rilevanza delle interrogazioni epistemologiche non è la sola novità da appuntare. Un'altra questione che attraversa trasversalmente il dibattito odierno è, infatti, essenzialmente, quella di sapere se una teoria dell'interpretazione che voglia proporsi come autenticamente critica possa effettivamente prescindere dalla dimensione discorsiva in cui vivono le regole.[115] Si può notare allora come in questa prospettiva, l'occhio del comparatista tenda sempre più a volgere il suo sguardo verso tutti quei fattori che entrano in gioco rispetto ad una data soluzione e da cui fino a tempi abbastanza recenti si è voluto astrarre, dal valore esteriore delle parole allo stile delle applicazioni pratiche, passando per i presupposti che gli atti di interpretazione devono soddisfare per 'inserirsi' nella struttura sistematico-teorica di una certa comunità linguistico-normativa. Ed è naturale che in tale quadro emerga il bisogno di attrezzarsi di nuovi strumenti interpretativi in grado di comprendere anche la complessità dei fenomeni di circolazione dei modelli, e di arricchire – per il loro medio – la trama dei consueti discorsi sui trapianti giuridici[116] e sulle dinamiche del *legal development*.[117]

In terzo luogo, a guadagnare terreno è l'idea che collocare il problema dell'interpretazione all'interno di un paradigma astrattizzante, equivale anche a volerne negare gli aspetti più politicamente sensibili.

Intanto, e banalmente, perché rilevare delle incoerenze nei rapporti tra la *law in books* e il diritto vivente, non significa che non si possano avvertire differenze nel campo del diritto vivente, passando da un campo all'altro del *legal process*. In altre parole, l'interpretazione, la dimensione 'esperienziale' del diritto, "è sempre e solo al plurale"[118], cosicché adottare un punto di vista eterodosso significa anche moltiplicare le prospettive, tentando nello specifico di portare ad emersione le dinamiche istituzionali che in ogni sistema regolano il conflitto in ordine alla

[114] Cfr., con espliciti riferimenti alla metafora dell'occhio, LEGRAND, Pierre. Pour la relevance des droits étrangers, cit., 425 e Stramignoni, Igor. Le regard de la comparaison: Nietzsche, Heideeger, Derrida, cit., 147 ss.

[115] Su questi aspetti, v. di recente CROCE, Mariano **Self-sufficiency of Law: A Critical-institutional Theory of Social Order.** Springer, 2012, part. 190 ss. Con riferimento al contesto europeo, l'ipotesi di un diritto "autosufficiente" è discussa in MICKLITZ, Hans W. and SVETIEV, Yane (a cura di), **A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?,** EUI Working Papers Law No. 2012/31, reperibile all'indirizzo http://hdl.handle.net/1814/24534.

[116] Cfr. per molti NELKEN, D. Comparatists and transferability. In Legrand, Pierre and Munday, Roderick (a cura di), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, cit., 437 ss.

[117] Cfr. da ultimo, con ampi riferimenti, ZUMBANSEN, Peer. **"Whose Rule of Law? Arguments for and against its Transnational Diffusion",** *paper* presentato al *Victoria Colloquium on Political, Social and Legal Theory*, Faculty of Law, University of Victoria, il 7 novembre 2014, reperibile ora all'indirizzo:http://www.law.uvic.ca/demcon/papers/Zumbansen%202014%20Whose%20Rule%20of%20Law%20draft%2006.pdf.

[118] SOMMA, Alessandro. Introduzione al diritto comparato, cit., 31.

produzione di significato del discorso giuridico.

In un senso politicamente ancora più pregnante, sembra poi interessante dare risalto al fatto che il discorso comparativo sembra non più negarsi ad una particolare dimensione della interpretazione: mi riferisco qui alla dimensione distributiva e, per ulteriore deduzione, alle correlative possibili interazioni tra privato e pubblico.[119]

Se, infatti, è anche in relazione al problema dell'interpretazione, al suo ruolo, alle sue modalità, che il paradigma ortodosso ha collaudato la sua capacita di svincolare il più possibile la metafora dell'occhio da elementi che in qualche modo lo riconducessero al mondo della valutazione, si potrebbero oggi fare molti esempi che dimostrano come lo sguardo del comparatista sia sempre meno contemplativo anche nel senso di indicare come linea di sviluppo dell'attività giuridica, in particolare dell'attività giurisprudenziale, il nesso interpretazione-politica-distribuzione. [120] La direzione intrapresa è radicale, anche nella misura in cui implica l'immaginazione come dimensione costitutiva di una nuova contronarrativa, intenzionalmente orientata a rappresentare il diritto non per quello che 'ineluttabilmente' è, ma per quello che si vorrebbe che fosse quanto a valori, scelte politiche, distribuzione: la sfida, insomma, è quella di rilanciare il discorso sull'occhio del comparatista collocandolo in un orizzonte diversamente preoccupato, e direi anche più ambizioso, entro il quale possa prendere progressivamente forma una sorta di inversione dell'antropologia di ceto del giurista, definita e caratterizzata proprio da una consapevole contrapposizione allo *status quo*.

Venendo quindi alle conclusioni, esistono oggi molti buoni motivi perché il cultore del diritto comparato svincoli il suo angolo visuale, compiutamente e definitivamente, da ogni sorta di prospettiva 'innocente': e ancora una volta, è plausibile ritenere che, anche con riferimento ai rapporti tra diritto e interpretazione, il passaggio obbligato risieda nel sostituire il paradigma della riduzione con quello della moltiplicità, quello dell'unità con quello della complessità, quello dell'oggettività proclamata con quello della 'legal imagination'.

Vorrei pertanto concludere il mio intervento con un passaggio delle "Lezioni americane" particolarmente 'illuminante' in tale prospettiva, e una parte del quale figura nella presentazione della meritevole iniziativa che ha occasionato queste riflessioni: "L'eccessiva ambizione dei propositi può essere rimproverata in molti campi d'attività, non in letteratura. La letteratura vive

[119] MARINI Giovanni. Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione, cit.,

[120] Cfr. per tutti KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle].** Harvard University Press, 2009, part. 241 ss.

solo se si pone degli obiettivi smisurati, anche al di là d'ogni possibilità di realizzazione. Solo se poeti e scrittori si proporranno imprese che nessun altro osa immaginare la letteratura continuerà ad avere una funzione. Da quando la scienza diffida dalle spiegazioni generali e dalle soluzioni che non siano settoriali e specialistiche, la grande sfida per la letteratura è il saper tessere insieme i diversi saperi e i diversi codici in una visione plurima sfaccettata del mondo".[121]

[121] CALVINO, Italo, **Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio,** cit., 110.

RIFLESSIONI SULLE MIGRAZIONI "AGIATE" VERSO L'UNIONE EUROPEA E SULLA TENDENZA VERSO UNA CITTADINANZA "ECONOMICA" E "DISCRIMINATORIA"

Giorgia Bevilacqua[1]

1. CRISI DELLA NOZIONE TRADIZIONALE DI CITTADINANZA

La cittadinanza viene generalmente definita come la condizione giuridica riconosciuta dal diritto positivo al soggetto che appartiene alla popolazione costitutiva di uno Stato. Il rapporto che lega il cittadino allo Stato è un rapporto di appartenenza. Va da sé che ogni singolo Stato decida di dotarsi di una legge sulla cittadinanza e stabilisca le situazioni giuridiche soggettive (es. nascita, filiazione, adozione, residenza, etc.) in base a cui un soggetto può essere definito cittadino e può legittimamente appartenere al proprio ordinamento.[2] Il concetto di cittadinanza è per sua natura un concetto dinamico e in continua evoluzione. Le ideologie che in ogni epoca storica si trovano alla base dell'elaborazione giuridica vanno ad attribuire al rapporto di appartenenza tra Stato e cittadino un diverso significato e un diverso contenuto. A loro volta, i nuovi significati e i nuovi contenuti andranno a confluire in una nuova legislazione statale.[3] Non sarà un caso che la questione del diritto alla cittadinanza riaffiori proprio al giorno d'oggi, in tempi ben lontani dalla *citoyenneté* della rivoluzione francese.

Numerose e di diversa natura sono le ragioni che conducono a un ripensamento del tradizionale concetto di cittadinanza. Tra queste, particolare attenzione va innanzitutto rivolta alla crisi del contesto istituzionale in cui la nozione classica di cittadinanza è nata e si è sviluppata. Allo stato attuale, le dinamiche della globalizzazione dei mercati e dell'integrazione politica europea sono causa di continue sollecitazioni ai sistemi istituzionali che si fondano su un solido nesso tra lo Stato e il cittadino.[4] A fronte della crescente internazionalizzazione dei rapporti economici e

[1] IRISS – Istituto di Ricerca su Innovazione e Servizi per lo Sviluppo - Consiglio Nazionale delle Ricerche - LL.M. in diritto dell'Unione europea - Dottore di ricerca in diritto internazionale comunitario dello sviluppo socio-economico.

[2] Sulla definizione giuridica di cittadinanza, fra tanti, si rimanda a GROSSO, Enrico, Cittadinanza, FLORES, Marcello (cur.),**Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione**, Torino, Utet, 2007, p. 128.

[3] Cfr. GROSSO, Ennio, Cittadinanza, on FLORES, Marcello (cur.),**Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione**, p. 129.

[4] Sul punto, si veda TRIGGIANI, Ennio, La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale", in **Studi sull'integrazione europea**, Bari, n. 3, p. 435, 2006.

finanziari e della diffusione di fenomeni extraterritoriali, che non possono essere più regolati in modo efficace da politiche nazionali,[5] gli Stati hanno cominciato a cedere fette consistenti della loro sovranità a organismi sovranazionali. È così che, come nel caso delle norme che si sono venute formando nell'ambito della tutela dei diritti umani e della cooperazione in campo economico e sociale,[6]anche in materia di cittadinanza, gli Stati hanno dovuto superare le precedenti reticenze tese a preservarsi in questo settore un ambito di competenza esclusiva. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'istituto della cittadinanza europea.[7] Pur non potendoci soffermare sulla ricostruzione teorica di questo istituto, sia qui sufficiente ricordare che, a partire dal caso *Micheletti* in poi*,* la Corte di giustizia ha chiarito che: "ll]a determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario".[8] Il consolidato rapporto di appartenenza tra cittadino e Stato può essere tradito dall'ingerenza di un organismo sovranazionale. In base a quanto sancito dai giudici di Lussemburgo, nel peculiare sistema giuridico europeo, la competenza a definire le situazioni giuridiche soggettive da cui discende l'attribuzione o la revoca dello *status* di cittadino resta statale ma deve essere esercitata nell'osservanza del diritto dell'Unione. E, anche a voler considerare il più recente processo di evoluzione dell'Unione europea (UE), quest'ultima non può essere assimilata a un'entità statale.[9]

Un altro importante elemento di trasformazione dell'idea classica di cittadinanza può essere ricondotto al fenomeno delle migrazioni. Malgrado si tratti di un fenomeno notoriamente risalente, le preoccupanti condizioni politiche di diversi Paesi del Nord Africa e del Medio Oriente hanno dato un nuovo significativo impulso alle migrazioni verso l'Italia e altri Paesi europei. A ciò si aggiunga che l'introduzione delle libertà di circolazione, di soggiorno e di residenza ha favorito la

[5] Quali ad esempio il terrorismo, l'immigrazione o l'inquinamento.

[6] Per un approfondimento sull'erosione del dominio statale, si veda CONFORTI, Benedetto, **Diritto internazionale**, 8 ed. Napoli, Editoriale Scientifica, p. 195; D'AMATO, **Anthony, Domestic Jurisdiction**, in **Encyclopedia of Public International Law**, North-Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo, 1992, p. 1090 ss.

[7] Per una ricognizione della dottrina e della giurisprudenza in tema di cittadinanza europea, si rimanda a ROSSI DAL POZZO, Francesco e REALE, Maria Cristina (cur.), **La Cittadinanza europea**, Milano Giuffré, 2013, p. 5 ss.,

[8] Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegacíon del Gobierno en Cantabria*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TribunalSuperior de Justicia della Cantabria, caso Micheletti, p.10. In sintesi, con la questione pregiudiziale, il Tribunale di rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di accertare se le disposizioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento ostino a che un Stato membro (Spagna) neghi a un cittadino di un altro Stato membro (Italia), che è simultaneamente in possesso della cittadinanza di uno Stato terzo (Argentina), il diritto di avvalersi della suddetta libertà, per il solo motivo che la legislazione dello Stato ospitante lo considera come cittadino dello Stato terzo.

[9] Al riguardo, circa gli elementi di atipicità della cittadinanza europea rispetto al concetto tradizionale di cittadinanza, si veda PALLADINO, Rosaria, Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea), in **Studi sull'integrazione europea**, Bari, n. 2, p. 333, 2011.

mobilità delle persone e degli altri fattori produttivi all'interno del mercato comune europeo. Molti infatti sono i soggetti economicamente attivi che oggi usufruiscono della facoltà di spostarsi liberamente all'interno delle frontiere europee per scopi di lavoro ma anche per trascorrere gli anni della pensione, per studiare o per accompagnare un familiare residente in un altro Paese membro. Di conseguenza, la presenza stanziale di soggetti, provenienti sia da Stati terzi sia da altri Stati membri dell'UE, ha condotto a un ripensamento della configurazione e dell'organizzazione della società e reso necessario individuare politiche e strumenti alternativi in grado di assicurare la loro progressiva integrazione all'interno della compagine sociale dei vari Paesi di destinazione. È così che, nel corso del tempo, a un'accezione politica della cittadinanza si è andata lentamente contrapponendo un'accezione amministrativa, tesa a privilegiare l'effettiva integrazione di un individuo - tendenzialmente straniero – all'interno di uno specifico contesto territoriale.[10] Sarebbe del resto ingenuo pensare che coloro che partecipano attivamente alla vita sociale ed economica di una determinata comunità possano essere totalmente esclusi dal processo di integrazione con il resto dei cittadini.

Ancora, una terza non trascurabile causa di trasformazione dell'antico concetto di cittadinanza è data dalla crisi economica globale. La crisi, infatti, ha reso necessario individuare nuove fonti di approvvigionamento per le casse degli Stati. Tra queste, sarà qui oggetto di indagine il meccanismo della c.d. cittadinanza in vendita, meccanismo paragonabile a un vero e proprio piano di investimenti sulle migrazioni "agiate", che sposta la definizione del concetto di cittadinanza da un piano politico a un piano prettamente materiale. I piani più diffusi possono essere sostanzialmente di due tipi: quelli che subordinano il riconoscimento della cittadinanza all'acquisto di proprietà private - che mirano specificamente a creare nuovi posti di lavoro attirando risorse straniere - e quelli che invece lo subordinano agli investimenti diretti in obbligazioni o fondi statali - che servono a sostenere importanti piani di sviluppo economico nazionale. Il comune denominatore di entrambe le tipologie di piani è, evidentemente, un criterio mercantilistico: si tratta di investire in cambio dei diritti di cittadinanza o di residenza nel Paese di destinazione.[11]

[10] In proposito, circa il riferimento della cittadinanza europea a un'entità sovranazionale, si veda TRIGGIANI, Ennio, La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale", p. 440 ss.; GERHARD U., *Cittadinanza di genere*, BONACCHI G. (cur.), **Una Costituzione senza Stato**, p. 348.

[11] Per una rigorosa ricostruzione dei Paesi cha attualmente ricorrono all'istituto della cittadinanza in vendita, si veda SUMPTION, Madeleine, HOOPER, Kate, SellingVisas and Citizenship, Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration, **Report del Migration Policy Institute**, ottobre 2014, p. 2 ss., disponibile in: file:///C:/Users/win/Downloads/Investor-Visas-Report%20(1).pdf, accesso effettuato il 5 gennaio 2014. Sugli aspetti problematici della cittadinanza in vendita, si veda CASOLARI,

Alla luce dei cambiamenti appena ricordati può dirsi che la struttura della classica definizione di cittadinanza, basata su un solido legame tra cittadino e Stato nazionale, comincia a sgretolarsi, divenendo impropria o comunque insufficiente a esprimere tutti i significati che il termine sta *de facto* progressivamente assumendo. La tendenza di fondo sembra essere quella di superare la dimensione nazionale, tanto verso l'alto, attraverso l'ideazione di organismi sovranazionali dotati di consistenti porzioni di sovranità anche in materia di cittadinanza, tanto verso il basso, attraverso la partecipazione a dimensioni locali di governo. In entrambe le direzioni, tuttavia, la nozione più moderna di cittadinanza sembra presentare anche un'accezione economica o materiale. Obiettivo di questo lavoro è pertanto quello di verificare se la tendenza attuale ad attribuire un significato economico-materiale possa essere ritenuta legittima rispetto ai valori dell'equità, della democrazia e dell'uguaglianza, su cui, com'è noto, la società europea si fonda. A tal fine, procederemo nella nostra analisi esaminando alcuni strumenti di acquisto dello *status* di cittadino adottati più di recente, soffermandoci, in particolare, sul meccanismo della cittadinanza in vendita, recentemente introdotto a Malta e in molti altri Paesi membri dell'UE. Come vedremo di qui a poco, l'istituto è oggetto di un dibattito istituzionale a livello europeo e, proprio prendendo spunto da tale dibattito, verificheremo più da vicino se l'introduzione di una cittadinanza basata sullo *iuspecuniae* possa violare il principio di leale cooperazione tra Stati membri e istituzioni europee, condizionare il consolidato equilibrio tra diritto internazionale e diritto interno basato sul *genuine link* e, infine, se la tendenza verso un'accezione meramente economica del concetto di cittadinanza possa determinare una violazione del fondamentale principio di non discriminazione.

2. VERSO NUOVI MODELLI DI ACQUISTO DEI DIRITTI DI CITTADINANZA

Nel secolo scorso, nei diversi ordinamenti nazionali del variegato panorama europeo, l'acquisto della cittadinanza veniva regolato mediante due principali criteri: quello dello *ius soli* che, com'è noto, privilegia il legame tra l'individuo e il territorio e quello dello *iussanguinis* che, al contrario, privilegia il legame dell'individuo con la propria famiglia di origine. E, mentre il criterio dello *ius soli* veniva adoperato nel Regno Unito e in Irlanda, per motivi per lo più legati alla

Federico, AAA cittadinanza dell'Unione vendesi, **Blog della Società Italiana di diritto internazionale**, 10 marzo 2014, disponibile in: http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?author=12, accesso effettuato 28 dicembre 2014.

tradizione giuridica del diritto civile e all'esperienza prevalente di emigrazione, lo *ius sanguinis* ha per lungo tempo caratterizzato la maggior parte dei sistemi normativi del resto dell'Europa continentale.[12]

Dagli anni Settanta in poi, tuttavia, si è assistito a una generale revisione delle normative nazionali, con la sempre più diffusa applicazione di regimi misti o temperati, che allo *iussanguinis* accostavano anche elementi di *ius soli* e viceversa. Ne è conseguito, che ai tradizionali modelli legati alla mera appartenenza a una comunità politica, in virtù di un vincolo familiare o territoriale, sono stati progressivamente affiancati differenti parametri, connessi alla partecipazione attiva alla vita sociale ed economica di una determinata comunità locale. In proposito, si ricorda che con l'obiettivo di armonizzare in questa materia le legislazioni e le politiche nazionali, la direttiva 2003/109/CE ha introdotto lo *status* europeo di soggiornante di lungo periodo. In virtù di tale *status*, come i cittadini europei, gli stranieri che risiedono legalmente e ininterrottamente per un periodo di cinque anni sul territorio di uno qualunque dei Paesi membri dell'UE, possono godere di una serie di diritti supplementari, come ad esempio quelli relativi all'accesso al lavoro, all'istruzione e alla formazione professionale, nonché quelli che consentono di accedere liberamente a tutto lo spazio Schengen.[13] In questi ambiti si mira ad assicurare la parità di trattamento tra cittadini e stranieri allo scopo di evitare che il riconoscimento della cittadinanza resti un elemento di discriminazione nei confronti di coloro che, pur essendo, da un punto di vista socio-economico, parte attiva di una determinata comunità, possano essere privati dei cc.dd. diritti di cittadinanza. Inoltre, è bene considerare che tra i fattori che hanno maggiormente contribuito all'adozione di regimi misti o temperati, si annovera la progressiva affermazione di atti e strumenti europei e internazionali relativi alla tutela dei diritti umani.[14] Tali strumenti, infatti, pongono dei limiti al potere assoluto degli Stati di determinare le disposizioni in materia di

[12] In Italia, ad esempio, la cittadinanza si basa sul principio dello *iussanguinis*, in base al quale il figlio nato da padre e madre italiani è italiano. I cittadini stranieri, tuttavia, possono acquistarla se in possesso di determinati requisiti. La materia è attualmente regolata dalla legge n. 91 del 5 febbraio 1992, come modificata dalla legge 94 del 2009 e successivi regolamenti. In base a questi è possibile individuare due tipologie di concessione: a) per matrimonio (articolo 5 della legge n. 91 del 5 febbraio 1992); e b). per residenza (articolo 9 della legge n. 91 del 5 febbraio 1992).

[13] Cfr. Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. Inoltre, Direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 che modifica la Direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale. Per una ricognizione dello spazio Schengen, spazio senza frontiere interne in Europa, si rimanda a un documento della Commissione europea (affari interni), aggiornato al 19 dicembre 2011, disponibile in: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_it.pdf, ultimo accesso in: 6 gennaio 2015.

[14] Ad esempio. si rimanda alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, approvata e proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali firmata dai membri del Consiglio d'Europa il 4 novembre del 1950.

attribuzione e di negazione o privazione della cittadinanza e obbligano gli ordinamenti nazionali a riconoscere un nocciolo duro di diritti fondamentali a qualunque essere umano, anche quando privo dello *statuscivitatis*e, quindi, indipendentemente dalla nazionalità di appartenenza.[15]

Nel corso degli ultimi dieci anni è poi cresciuto il numero di Paesi europei che ha introdotto nel proprio ordinamento giuridico il meccanismo della cittadinanza in vendita. Tale crescita è probabilmente dipesa dall'aumento di soggetti agiati interessati a migrare. Attualmente, interessate a investire al fine di acquistare i diritti di cittadinanza in un Paese terzo sono élite di persone provenienti o da economie emergenti, come la Russia, la Cina e gli altri Paesi del Sud-est asiatico, o da Paesi che attraversano periodi di temporanea instabilità economica o politica. Ebbene, in base a quanto riportato da un recentissimo rapporto del *Migration Policy Institut*, il numero dei migranti-investitori provenienti dalle sponde meridionali del Mediterraneo è aumentato proprio in concomitanza della primavera araba.[16] Inoltre, a far muovere i migranti sono anche i fattori di attrazione e, dunque, nel caso della cittadinanza in vendita, la possibilità di accedere a una serie di diritti di ordine economico, politico e sociale presenti nel paese di destinazione. È chiaro che quando a "mettere in vendita" la cittadinanza nazionale è uno Stato membro dell'UE, i fattori di attrazione aumentano perché riguardano tanto il Paese di destinazione quanto l'intero spazio europeo. È del resto noto che il Trattato di Maastricht ha inserito nel Trattato CE una nuova Parte II rubricata ''Cittadinanza dell'Unione'', che è oggi conservata con alcune modifiche, dovute all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,[17] nell'articolo 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE),[18] secondo cui qualunque cittadino di uno Stato membro dell'UE può sostanzialmente contare su una cittadinanza duale e, dunque, sia sulla cittadinanza nazionale dello Stato membro di appartenenza sia sulla correlata cittadinanza europea. In base a questo meccanismo, che non è nuovo in termini assoluti ma lo è se contestualizzato nell'attuale panorama europeo, un individuo potrà potenzialmente essere cittadino cinese, maltese ed europeo e contare su una serie di diritti supplementari rispetto a

[15] In proposito, si veda TRIGGIANI, Ennio, La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale, p. 438. BESSON, Samantha, The European Union and Human Rights: Towards A Post-National Human Rights Institution?, **Human Rights Law Review**, vol. 6, n. 2, Oxford University Press, 22 luglio 2006, p. 323 ss.

[16] In particolare, siveda SUMPTION, Madeleine, HOOPER, Kate, Selling Visas and Citizenship, Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration, **Report del Migration Policy Institute**, ottobre 2014, p. 4 ss.

[17] Il Trattato di Lisbona, che è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha apportato ampie modifiche al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea.

[18] In virtù del disposto di cui all'articolo 20.1 del TFUE la cittadinanza europea può essere acquistata da qualunque cittadino di uno Stato membro dell'Unione.

quelli derivanti dalla cittadinanza nazionale.[19] A ciò si aggiunga che, nonostante i limiti che la nozione di cittadinanza europea innegabilmente presenta in termini di autonomia concettuale, il fatto che dal suo acquisto derivino una serie di diritti e doveri supplementari previsti dai Trattati, dalla legislazione europea secondaria, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, è senz'altro ascrivibile al tentativo di sganciare lo *status* di cittadino europeo dal rapporto di appartenenza con lo Stato nazionale.[20]

3. LA RIFORMA SULLA CITTADINANZA MALTESE E LA TENDENZA VERSO UNA CITTADINANZA BASATA SULLO IUS PECUNIAE NEL CONTESTO DI ALCUNI PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UE

In un momento di grave crisi finanziaria e di forti restrizioni di bilancio, la logica mercantilistica dei piani di investimento sulle migrazioni agiate ha interessato molti Paesi europei e tra questi, in ultimo, anche Malta che, com'è noto, è Paese membro dell'UE dal 2004 e parte dello spazio Schengen dal 2007.

L'*Individual Investor Programme,* introdotto nei primi mesi di quest'anno, si rivolge a stranieri particolarmente facoltosi che intendono acquistare la cittadinanza maltese e ai loro parenti più prossimi a cui il processo di naturalizzazione può essere esteso mediante un impegno finanziario aggiuntivo a quello presentato in via principale. Il piano di investimenti è di tipo misto, perché subordina il conferimento della cittadinanza all'impegno ad effettuare degli investimenti sia di ordine pubblico che di ordine privato sul territorio nazionale. L'obiettivo della riforma è quello di indirizzare gran parte delle entrate provenienti dagli investimenti nel settore pubblico, a sostegno dei progetti del Fondo nazionale di sviluppo economico e sociale e quelle provenienti dagli investimenti nel settore privato, a sostegno dei mercati immobiliari e mobiliari locali.[21]

---

[19] Tra i più tangibili, ricordiamo quelli legati al mercato comune e, dunque, al godimento delle già ricordate libertà di circolazione, di soggiorno e residenza all'interno delle frontiere europee. In proposito, per una ricostruzione aggiornata, si rimanda a Commissione europea, Comunicazione del 25.11.2013, al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. **Libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari: cinque azioni fanno la differenza**, Bruxelles, COM(2013) 837 final, p. 6. A questi, si aggiungono anche diritti e doveri di natura politica. Ad esempio, i cittadini residenti in uno Stato diverso da quello di cui hanno la cittadinanza nazionale possono votare alle elezioni comunali ed europee nello Stato in cui risiedono.

[20] Sul punto si veda, DE BEUS, Jos, Quasi-national European identity and European Democracy, **Law and Philosophy***,* vol 20,n. 3, p. 283, 2001; BARTOLE S., La cittadinanza e l'identità europea, **Quaderni Costituzionali**,2000.

[21] Il meccanismo della cittadinanza in vendita è stato introdotto tramite un emendamento del 15 novembre 2013 (L.N.450 of 2013) al *Maltese CitizenshipAct*, *Chapter 188* della legge maltese. La versione consolidata del testo della Legge sulla Cittadinanza maltese è disponibile in: http://eudo-citizenship.eu/NationalDB/docs/English%20MAL%20ACT%20XV%20of%202013%20-. ultimo accesso in: 6 gennaio 2015.

Un ulteriore *condicio sine qua non* perl'accesso ai diritti civili e politici nel territorio maltese è poi costituito dalla necessità di risiedere nel Paese per un periodo di tempo di almeno dodici mesi.[22] Quest'ultimo requisito, assente nel progetto di legge originario, è il risultato di un accordo tra il governo maltese e la Commissione europea. L'idea di introdurre l'*Individual Investor Programme* ha dato infatti adito a non poche contestazioni sul versante europeo.[23] Gli altri Stati membri ne hanno fatto una questione di disparità economica. Dal loro punto di vista la logica mercantilistica sottostante la riforma maltese assicura solo a Malta dei benefici economici, mentre ribalta sugli altri Paesi membri dell'Unione gli oneri derivanti dalla mobilità all'interno di tutto lo spazio Schengen. Dal punto di vista delle istituzioni europee, invece, il progetto di riforma sulla cittadinanza maltese, nelle sue linee originarie, violava alcuni principi fondamentali del diritto internazionale e del diritto dell'Unione. Su queste premesse si sono susseguiti gli interventi del Parlamento europeo e della Commissione, prospettando, tra l'altro, la possibilità di avviare una vera e propria procedura d'infrazione nei confronti del governo maltese. L'introduzione del requisito della residenza ha permesso di raggiungere un accordo tra Malta e la Commissione.[24] Tuttavia, alla luce dell'ampia diffusione che i programmi di investimento sulla cittadinanza stanno avendo all'interno dell'Unione, ci sembra necessario esaminare i punti principali attorno ai quali il dibattito istituzionale si è sviluppato.

3.1 (segue) la prospettata violazione del principio di leale cooperazione

Alcuni spunti di riflessione sulla validità della riforma maltese sono forniti dalla risoluzione sulla "Cittadinanza dell'Unione in vendita", adottata del Parlamento europeo in seduta plenaria il 16 gennaio 2014.[25] Con questa risoluzione, il Parlamento si è rivolto agli Stati membri e alle istituzioni dell'UE, chiedendo, *inter alia*, di valutare la compatibilità dei programmi di investimento sulla cittadinanza rispetto al principio di leale cooperazione (punto 4) e al legame effettivo tra il cittadino, gli Stati membri e l'Unione (punto 7).

%20Maltese%20Citizenship%20Act,%20Cap%20188%20(New%20Amendments).pdf, ultimo accesso in: 6 gennaio 2015.

[22] Un approfondimento sui nuovi requisiti necessari ad avviare il processo di naturalizzazione è disponibile in: http://iip.gov.mt/wp-content/uploads/2014/07/IIP-Brochure-v1.2_updated.pdf, ultimo accesso in: 6 gennaio 2015.

[23] Cfr. CASOLARI, Federico, AAA cittadinanza dell'Unione vendesi, **Blog della Società Italiana di diritto internazionale**, CARRERA, Sergio, How much Citizenship Cost? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair: a Breakthrough Sincere Cooperation, **Citizenship of the Union**, n. 64, p. 3 ss., aprile 2014, disponibile in file:///C:/Users/win/Downloads/SSRN-id2430117.pdf, accessoeffettuato in: 6 gennazio 2015.

[24] Cfr. Commissione europea (MEMO/14/70), *Joint Press Statement by the European Commission and the Maltese Authorities on Malta's Individual Investor Programme (IIP),* del 21 gennaio 2014.

[25] Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014 sulla cittadinanza dell'Unione europea in vendita (2013/2995).

Riguardo al principio di leale cooperazione va ricordato che esso è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia quale principio generale del diritto europeo ed è oggi previsto dall'articolo 4 del TUE, nel quadro dei rapporti tra l'UE e gli Stati membri e dall'articolo 13 del TUE, nel quadro dei rapporti tra le stesse istituzioni dell'UE. Il profilo che qui rileva è quello enunciato dall'articolo 4.3 del TUE, secondo cui gli Stati membri devono adottare tutti i provvedimenti necessari per ottemperare a tutti i loro obblighi risultanti dal Trattato, nonché astenersi dal porre in essere comportamenti che possano ostacolare il buon funzionamento dell'Unione. Il dovere di leale cooperazione si basa su una relazione di reciprocità che impone tanto alle istituzioni europee quanto agli Stati membri di rispettarsi e di assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dal diritto primario. Secondo il Parlamento, dunque, Malta e gli altri Stati membri che hanno adottato o che intendono adottare similari programmi di investimento sulla cittadinanza, violerebbero il principio di cui all'articolo 4, par. 3 del trattato sull'Unione europea, introducendo norme che ostano all'adempimento degli obblighi derivanti dai trattati.

In effetti, già in precedenza e proprio in tema di cittadinanza, il principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4.3 del TUE veniva evocato nelle conclusioni dall'Avvocato generale relative al caso *Rottmann*.[26] Così come nella recente vicenda maltese, anche in quel caso si trattava di determinare l'ampiezza del potere discrezionale di cui gli Stati membri possono disporre per fissare le condizioni di acquisto e di perdita della cittadinanza nazionale. Ebbene, si è visto che se in principio tale competenza spettava in via esclusiva agli ordinamenti degli Stati membri, dal Trattato di Maastricht in poi dalla cittadinanza nazionale si è fatta derivare la cittadinanza europea. La circostanza non è priva di significato giuridico. Fra le norme che possono limitare il potere legislativo degli Stati in materia di cittadinanza rientrano, infatti, anche le norme del diritto primario e i principi fondamentali dell'Unione, da cui appunto la cittadinanza europea deriva. Affinché si configuri una violazione del principio di leale cooperazione, tuttavia, è altresì necessario che sia soddisfatta un'ulteriore condizione. Al riguardo, nelle conclusioni del caso *Rottmann,* si è osservato che il principio di leale cooperazione "potrebbe essere leso qualora uno Stato membro procedesse, senza consultare la Commissione e i propri partner, a

[26] Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), *s*entenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08,*JankoRottmann c. FreistaatBayern,* domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesverwaltungsgericht (Germania), caso *Rottmann*. In sostanza, la Corte stabilisce che Il diritto dell'Unione non osta a che uno Stato membro revochi ad un cittadino dell'Unione europea la cittadinanza di tale Stato acquisita per naturalizzazione, qualora questa sia stata ottenuta in maniera fraudolenta, a condizione che tale decisione di revoca rispetti il principio di proporzionalità. Con riferimento alla suddetta causa, si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale M. POIARES MADURO presentate il 30 settembre 2009, p. 30. Per un commento sul caso, si veda BARTOLONI, Maria Eugenia, Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann, **Diritti umani e diritto internazionale,** n. 4, 2010, p. 423 ss.

un'ingiustificata naturalizzazione in massa di cittadini di paesi terzi".[27] Affinché il principio in parola venga leso è dunque necessario che dal comportamento di uno Stato membro derivi un considerevole impatto negativo per il resto dell'Unione. La recente riforma maltese, invece, è riservata a élite di cittadini stranieri particolarmente benestanti. Sembra difficile ipotizzare che il processo di naturalizzazione sia realisticamente in grado di ribaltare sul resto dei Paesi europei degli oneri considerevoli.[28]

3.2 (segue) la problematiche legate al principio del genuine link

Un ulteriore passaggio rilevante della risoluzione presa in esame è quello in cui il Parlamento osserva che "la cittadinanza dell'UE implica un interesse nell'Unione e dipende dai legami di una persona con l'Europa e i suoi Stati membri o dai legami personali con cittadini dell'Unione [...]" (punto 7). Per delegittimare le autorità maltesi ad adottare strumenti di vendita dei diritti di cittadinanza, il Parlamento ha evocato la teoria del *genuine link*. In effetti, in base a tale teoria, elaborata per la prima volta dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm,*[29] un cittadino, per essere propriamente qualificato come tale, deve essere legato allo stato di appartenenza in virtù di un legame effettivo, riguardante una determinata dimensione culturale, politica o territoriale. Nel corso del tempo il *genuine link* è stato poi elevato a principio generale di diritto internazionale e utilizzato come vero e proprio limite dogmatico alla competenza assoluta del diritto interno degli Stati a determinare i propri cittadini. Pertanto, evocando tale teoria, il Parlamento europeo ha probabilmente voluto dire che un investimento economico effettuato dal cittadino di uno Stato terzo in un Paese membro dell'UE non può essere considerato come una condizione sufficiente ad instaurare un legame effettivo né con uno Stato membro, né tanto meno con il resto dell'Unione.

È noto, tuttavia, che la dottrina è tutt'altro che unanime nell'interpretare il principio elaborato nella storica pronuncia nel caso *Nottebohm*.[30] Secondo parte della dottrina, quest'ultima andrebbe ridimensionata e contestualizzata al tempo in cui veniva adottata.

[27] Cfr. Corte di giustizia, caso *Rottmann,* conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, p. 30.

[28] Anche CASOLARI, Federico, AAA cittadinanza dell'Unione vendesi, **Blog della Società Italiana di diritto internazionale**.

[29] Cfr. International Court of Justice, sentenza del 6 aprile 1955, Liechtenstein *c.* Guatemala, caso *Nottebohm*.

[30] In favore di un'interpretazione più letterale della pronuncia, si veda SLOANE, Robert D., Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, **Harvard International Law Journal,** vol. 50, n. 1, dicembre 2009, p. 1 ss.

All'epoca, infatti, la competenza interna a determinare le modalità di acquisto e di revoca della cittadinanza era praticamente assoluta, perché poteva essere astrattamente arginata solo dagli obblighi derivanti dai Trattati internazionali cui si era deciso di aderire o da vaghe formule, secondo cui il potere degli Stati di conferire la nazionalità non è illimitato. Il sig. Nottebohm era peraltro un *ex* nazista tedesco che aveva acquistato la cittadinanza del Liechtenstein al mero scopo di diventare cittadino del Guatemala, dove aveva vissuto per anni; il Guatemala, tuttavia, nel frattempo aveva deciso di schierarsi contro la Germania. Bisognava quindi trovare un *escamotage* per limitare gli effetti della competenza statale in ambito internazionale. inoltre, è bene notare che alla luce dei criteri fissati in materia della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, l'applicazione della teoria del *genuine link* sarebbe anacronistica e incongruente. Tornando al caso del sig. Micheletti – cittadino italo-argentino che chiedeva il riconoscimento dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea in Spagna –, ove anche a lui fosse stata applicata la teoria del legame effettivo, alla sua richiesta non si sarebbe dato seguito, posto che il centro dei suoi interessi si trovava in Argentina.[31]

4. QUALI MARGINI DI COMPATIBILITÀ TRA IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE E LA CITTADINANZA BASATA SULLO IUS PECUNIAE

Altri punti della risoluzione cui qui si intende dare rilievo sono quelli in cui il Parlamento europeo osserva che "la cittadinanza dell'UE non dovrebbe mai diventare un prodotto commerciabile" (punto 7), "i diritti conferiti dalla cittadinanza dell'UE si fondano sulla dignità umana e non dovrebbero essere acquistati o venduti a nessun prezzo" (punto 8), "sussistono preoccupazioni per quanto riguarda possibili discriminazioni, in quanto tali pratiche degli Stati membri permettono di ottenere la cittadinanza dell'UE soltanto ai cittadini più ricchi di paesi terzi, senza che vengano presi in considerazione altri criteri" (considerando k) e "invita la Commissione, in qualità di custode dei Trattati, a indicare chiaramente se tali programmi rispettino […] le norme dell'Unione in materia di non discriminazione" (punto 3).[32]

In prima battuta verrebbe da eccepire che un vasto novero di democrazie - dunque non solo Malta - ha già da diversi anni fatto ricorso a piani di investimento sulle migrazioni agiate.La prassi di mettere in vendita i diritti di cittadinanza (o di residenza) è ampliamente diffusa tanto in

[31] Cfr. Corte di giustizia, caso *Micheletti.*

[32] Cfr. a titolo esemplificativo, Corte di giustizia, caso *Rottmann*.

Paesi extraeuropei, come Stati Uniti, Australia, Singapore e Hong Kong, quanto all'interno dello stesso contesto dell'Unione, in paesi come Francia, Regno Unito e Paesi Bassi. Come l'originario progetto di legge maltese, peraltro, non tutti gli ordinamenti subordinano il conferimento dei diritti di cittadinanza al requisito della previa residenza sul territorio nazionale. Tra i Paesi membri dell'UE che hanno fatto a meno di tale requisito si annoverano sia la Bulgaria che l'Ungheria.[33] Inoltre, è interessante notare che molti dei Paesi che nel corso degli ultimi anni hanno stabilito di adottare riforme della cittadinanza sul modello maltese sono o Paesi gravemente colpiti dalla crisi immobiliare, come ad esempio la Spagna, o Paesi che mirano, con tali norme, a controbilanciare gli oneri derivanti dagli sbarchi sul territorio nazionale di migranti notoriamente meno agiati, come nel caso di Grecia e Cipro.[34]

Esigenze comprensibili, ma può - ci si chiede - una logica mercantilistica rappresentare l'unico vero discrimine alla base del conferimento della cittadinanza? A questa domanda rispondiamo con due considerazioni.

Da un lato ci sembra inevitabile cominciare a prendere atto di una vera e propria tendenza sempre più diffusa verso una cittadinanza basata sullo *iuspecuniae.* A ben vedere, infatti, nell'ambito del continente europeo, il conferimento della cittadinanza o dei diritti ad essa correlati è frequentemente connesso, se non proprio subordinato, a una logica economica. Ad esempio, si è sopra accennato al fatto che lo *status* europeo di soggiornante di lungo periodo implica l'esercizio di ampli diritti che, peraltro, vengono riconosciuti anche agli stessi cittadini dell'Unione. Il conferimento di tali diritti, tuttavia, si fa discendere dalla capacità reddituale del soggetto richiedente. Per il loro riconoscimento è indispensabile dimostrare di essere soggetti economicamente attivi e, dunque, di essere soggetti in grado di sostenersi autonomamente. Analogamente, il mercato comune all'interno del quale i cittadini europei e gli altri fattori produttivi possono e devono liberamente circolare, risiedere e soggiornare è notoriamente rivolto a tutti i cittadini dell'Unione, purché costoro non siano un onere per il Paese di destinazione. Ne consegue, dunque, che l'adozione di normative nazionali che contemplano programmi di investimento sulla cittadinanza è perfettamente in linea con il profilo economico dell'UE.

Dall'altro lato, è bene ricordare che da alcuni anni a questa parte l'UE aspira a rafforzare il

[33] Al di fuori del contesto europeo, invece, anche alcuni Paesi Caraibici, prescindono dal requisito della residenza.

[34] Cfr. CASOLARI, Federico, AAA cittadinanza dell'Unione vendesi, **Blog della Società Italiana di diritto internazionale***;* CARRERA, Sergio, How muchCitizenshipCost? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair: a Breakthrough Sincere Cooperation, **Citizenship of the Union,** p. 6.

suo profilo politico. In ragione di tale aspirazione, i punti della risoluzione del Parlamento europeo sopra richiamati dovrebbero riportare la nostra attenzione sui valori fondanti l'UE, quale spazio comune di libertà, giustizia e sicurezza ispirato ai valori di equità, democrazia e uguaglianza. È quindi proprio rispetto a questi valori che ci sembra difficile conciliare la tendenza attuale verso una cittadinanza basata sullo *iuspecuniae*. Al riguardo, specifica attenzione deve essere a questo punto rivolta al principio di non discriminazione.[35] Tale principio, al pari del principio di eguaglianza, viene evocato tanto dalle Costituzioni nazionali degli Stati membri dell'UE,[36] quanto dai diversi strumenti europei e internazionali di tutela dei diritti umani.[37] Generalmente, tale principio si articola mediante una clausola generale di divieto, applicabile a:

> […] qualsiasi forma di discriminazione fondata […] sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.[38]

Il campo di applicazione del divieto in parola è estremamente ampio e riguarda tanto le discriminazioni dirette quanto quelle indirette, e ciò vale a dire, che esso si applica anche quando:

> una disposizione, un criterio, una prassi apparentemente neutrale si possa ripercuotere negativamente su una persona in virtù della sua appartenenza etnica, di genere, religione e via dicendo, a meno che tali disposizioni, criteri o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima".[39]

Pertanto, secondo una comune interpretazione del principio di non discriminazione, esso intende soddisfare una duplice esigenza: trattare in modo uguale situazioni identiche o

[35] Sul rapporto tra cittadinanza europea e diritti umani, si rimanda a BESSON, Samantha, The European Union and Human Rights: Towards A Post-National Human Rights Institution?, p. 348 ss. Al riguardo, si veda anche DI PASCALE, Alessia, I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?, **Rivista di Diritto Internazionale**, n. 4, 2014, p. 114 ss.

[36] Per l'ordinamento italiano, si rimanda all'articolo 3 della Costituzione e si rammenta che al punto 5.2 della sentenza n. 80/2011, la Corte Costituzionale ha stabilito che: "[…] la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che – secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato – comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri".Articolo 21, par. 1 Carta di Nizza.

[37] Ad esempio, l'articolo 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, articolo 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e l'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali.

[38] Cfr. Articolo 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

[39] Cfr. definizioni contenute nell'articolo 2 della Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (*GUCE* L 180 del 19.7.2000) e nell'articolo 2 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (*GUCE* L 303 del 2.12.2000).

comparabili e in modo differente situazioni dissimili.40 In base a questa veloce ricostruzione del principio di non discriminazione, nonché in base a quanto si è detto fino ad ora dell'ampio potere di cui gli Stati godono nel fissare le condizioni soggettive per determinare i propri cittadini, ci sembra verosimile che le autorità statali applichino un trattamento differente a seconda delle categorie di soggetti cui di volta in volta si rivolgono. Sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha peraltro chiarito che:

> il fatto che uno Stato accordi un trattamento preferenziale ai cittadini di Paesi con i quali persegue una politica di integrazione nel quadro di un ordine giuridico, come è il caso per gli Stati membri della Comunità europea, non costituisce un trattamento che possa essere qualificato discriminatorio, dato che si basa su una giustificazione oggettiva e ragionevole.[41]

Affinché il diverso trattamento non sia qualificabile come arbitrario è pertanto necessario che esso venga giustificato in modo *oggettivo* e *ragionevole*. Ebbene, nel caso dei programmi di investimento sulla cittadinanza, una giustificazione esiste ma ci sembra difficile qualificarla come oggettiva e ragionevole. Essa riguarda infatti una condizione personale - e non un elemento oggettivo -,[42] evidentemente legata alla consistenza del patrimonio del soggetto aspirante a divenire cittadino maltese ed europeo.[43] Il problema, poi, è che tale giustificazione non risulta ragionevole rispetto ai valori su cui l'UE si fonda o aspira a fondarsi. Peraltro, è bene precisare che proprio l'articolo 21 della Carta europea dei diritti fondamentali vieta espressamente ogni forma di discriminazione che sia fondata sul patrimonio.[44]

5. BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Le perplessità e le critiche sollevate in merito alla vicenda della riforma maltese dimostrano la necessità di intervenire per definire in modo chiaro e definitivo i confini del compromesso tra la

---

[40] Agenzia dell'Unione europea per diritti fondamentali, Corte europea dei diritti dell'uomo, consiglio d'Europa, **Manuale di diritto europeo della non discriminazione**, Strasburgo 2010, p. 124.

+[41] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 febbraio 1991, *Moustquim c. Belgio*, *ricorso n. 12313/86,* in *Série A*, n. 193, p. 49.

[42] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 dicembre 1976, D.H., Kjeldsen, Busk Madsen &Pedersen*c.*Danemark*,* ricorso n. 5095/71, in *Série A*, n. 23, p. 56.

[43] Le fattispecie presentate al vaglio della Corte europea dei diritti umani riguardanti discriminazioni sul patrimonio sono poche. Qui si ricorda, la sentenza pronunciata in Grande camera del 29 aprile 1999, nella causa Chassagnou e al *c.* Francia*,* ricorsi nn. 250889/94, 28331/95 e 28443/95, in cui i ricorrenti contestavano il fatto di non essere autorizzati a usare i propri terreni come desideravano237. Le leggi in vigore in determinate regioni obbligavano i piccoli proprietari terrieri a trasferire diritti pubblici di caccia sui loro terreni, mentre tale obbligo non era imposto a coloro che possedevano grandi proprietà fondiarie, che potevano disporre dei loro terreni come preferivano. La Corte ha constatato che tale obbligo costituiva una discriminazione fondata sulla ricchezza.

[44] Per un comment generale sull'articolo 21, si veda SICILIANOS, Linos-Alexandre, Article 21, EU Network of Independent experts on Fundamental rights (ed.), **Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, giugno 2006, p. 188.

necessità di assicurare la competenza degli Stati in tema di nazionalità e quella di tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini europei. In particolare, dal quadro delineato emerge l'esigenza di avviare un processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di acquisto e revoca della cittadinanza nazionale; esigenza che, a nostro parere, potrà essere efficacemente soddisfatta solo a livello sopra-nazionale e, dunque, solo a livello europeo.[45] Gli obiettivi primari di tale riforma dovrebbero essere sostanzialmente due: in primo luogo, andrebbero limate il più possibile le disomogeneità esistenti a livello degli Stati membri e individuate delle comuni condizioni di accesso dello straniero alla cittadinanza nazionale ed europea; in secondo luogo andrebbe "ricucito" il legame di appartenenza tra il cittadino e l'entità in cui quest'ultimo si riconosce e si identifica. Alla base della riforma si colloca un'importante scelta di fondo dell'Unione europea: va stabilito se essa intende proseguire il suo cammino verso un'Europa di diritto oppure se essa intenda compiere un passo indietro verso il progetto originario che, com'è noto, si poneva unicamente obiettivi di natura economica. Allo stato attuale, la presenza di disposizioni come quelle contenute nell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dimostra che gli strumenti necessari a garantire i diritti umani sono stati creati. Affinché tali strumenti siano anche utilmente applicati, tuttavia, è necessario che esista la volontà di farlo.[46] Operata tale scelta potranno prendersi nella dovuta considerazione le problematiche concrete legate all'individuazione di un determinato modello di cittadinanza, quali ad esempio: è possibile equiparare i c.d. cittadini acquisiti a quelli originari? Come si possono/devono inquadrare i rapporti tra cittadini acquisiti e originari? … E di quali specifici servizi (istruzione, formazione, assistenza sanitaria, etc.) possono/devono usufruire sul territorio nazionale ed europeo i cittadini acquisiti?

[45] Cfr. Risoluzione del 2 aprile 2009, in GUUE C 137 E del 27 maggio 2010, p. 14

[46] In proposito, si vedano le ben note riserve di WEILER, Joseph, **To be a European Citizen – Eros and Civilization**, Journal of European Public Policy**,** vol. 4, n. 4, p. 495, 1997.

LA STABILIZZAZIONE DEL PRECARIATO TRA ISTANZE SOCIALI E PRINCIPIO DEL PUBBLICO CONCORSO: QUANDO L'ARMATORE CERCA DI CAMBIARE LE REGOLE DELLA NAVIGAZIONE

Patrizia Roberta Giannotte[1]

"La Costituzione sta sulla nave
per conto dell'armatore,
nel cui interesse controlla
in che modo procede la navigazione,
intervenendo qualora
ne vede infrante le regole".
*(*BIN*, Capire la Costituzione,* Roma-Bari, 2002, p. 97*)*

INTRODUZIONE

Nella nostra società, affetta da crisi economica e istituzionale, è indubbio come si siano susseguiti rilevanti mutamenti di contesto statuale e amministrativo[2], che hanno portato ad una modificazione sostanziale sia del sistema delle fonti, sia delle modalità di produzione delle norme[3].

Alla nascita dello Stato di diritto, la legge, in senso formale e sostanziale, è al centro dell'ordinamento[4], espressione più alta della volontà dello Stato – soggetto legislatore[5].

Con la crisi dello Stato borghese, il sistema delle fonti si fa più composito ed, a tratti, caotico. Da un lato, avviene un vero e proprio accerchiamento della legge[6] (intesa in senso formale e sostanziale), che perde gran parte del suo valore precettivo e si affianca a norme governative e norme sovraordinate; dall'altro, si aggiunge una volontà, anche a livello internazionale, di semplificazione e riorganizzazione del complesso normativo[7].

---

[1] Dottore di ricerca in Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica" presso l'Università degli Studi di Cagliari.

[2] L'espressione è utilizzata da FRACCHIA, Fabrizio. Il pubblico dipendente nella «formazione sociale»-«organizzazione pubblica», in AA.VV**., Studi economico-giuridici in memoria di Franco Ledda**, Cagliari-Torino, 2004, p. 485.

[3] Sul punto appare interessante la lettura di LAZZARO, Giorgio, Come legiferare?, in BASCIU, Maurizio, (a cura di), **Legislazione- Profili giuridici e politici,** Milano, 1992, pp. 157 e ss., che parla addirittura di "discredito della legge".

[4] MODUGNO, Franco.inBASCIU, Maurizio(a cura di), Legislazione- Profili giuridici e politici, p. 141.

[5] DE FIORES, Claudio.**Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative**, Roma-Padova, 2001, pp. 33-34.

[6] L'espressione è usata da MODUGNO, Franco. Crisi della legge e sistema delle fonti, p. 143.

[65] Ne è un esempio la conferenza tenutasi recentemente ad Helsinki sul punto. Si veda DE FIORES, Claudio. Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative, p. 2.

La crisi della legge (così viene chiamato questo fenomeno) è alimentata principalmente dal fatto che l'evoluzione tecnologica e del mercato è rapidissima ed appare difficilmente regolamentabile con leggi a rischio di rapida obsolescenza[8].

Al cambiamento suddetto sono conseguenti, il rafforzamento del potere normativo del Governo ed una conseguente pressione della compagine sociale. Più precisamente, ne deriva un maggiore ricorso alla delega legislativa al potere esecutivo, ritenuto più snello, e, dunque, un rafforzamento del Governo[9]. Alcuni autori, a questo proposito, hanno parlato di una riviviscenza della politica, che sembrava destinata a perire senza poter più influire sulla vita dello Stato[10]. Al contrario, essa ha trovato nuova linfa vitale grazie al ruolo assunto dall'esecutivo.

Inoltre, l'ulteriore tendenza sviluppatasi in tema di riforma del sistema delle fonti è la relazione con gli interessi di alcuni gruppi, collettività o formazioni sociali intermedie che entrano con forza nel procedimento di normazione[11].

Nel contesto appena descritto, dunque, appare quasi normale che le istanze sociali, incarnanti i problemi ritenuti più rilevanti, rivendichino di modificare il diritto pressando sull'esecutivo, preoccupato anche di mantenere il consenso politico. Ne consegue un'approvazione normativa non più ordinata: al contrario, l'urgenza e l'estremità delle situazioni prendono spesso il sopravvento e modificano l'agenda di Governo ed il calendario delle riforme.

Sempre più spesso, quando il legislatore politico interviene, la contingenza lo porta frequentemente a risultati distonici. Ed allora, è la giurisprudenza, quella costituzionale ed ordinaria, a limare le norme, a togliere le parti dispositive di troppo, ad eliminare le contraddittorietà. Insomma, a far rientrare gli interventi legislativi entro il più ampio sistema del nostro ordinamento.

Le considerazioni esposte trovano conferma nell'ambito del mercato del lavoro, in particolare nel pubblico impiego. Negli ultimi anni si è assistito, infatti, al moltiplicarsi dei rapporti lavorativi a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione. Detti rapporti, sovente, non si

[8] Sul punto si veda, in generale, GAROFOLI, Roberto – FERRARI, Giulia. **Manuale di diritto amministrativo**, Roma: IV ed.,2010, p. 272.

[9] DE FIORES, Claudio.Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative, p. 17.

[10] FRACCHIA, Fabrizio. Il pubblico dipendente nella «formazione sociale»-«organizzazione pubblica», p. 486, il quale specifica che "come conseguenza di alcune vicende patologiche, la politica ed il suo peso sembravano aver conosciuto una crisi gravissima, addirittura da taluno giudicata irreversibile, nel corso degli anni Novanta; la storia successiva si è però incaricata di chiarire come essa prepotentemente ritorni alla ribalta e continui a manifestare le proprie potenzialità e la propria influenza".

[11] MODUGNO, Franco. Crisi della legge e sistema delle fonti, p. 149. Nello specifico, l'Autore si riferisce a sindacati e confessioni religiose, ma non esclude la pressione svolta anche da altri gruppi sociali.

sono limitati a brevi periodi di prestazione a favore dell'Amministrazione, ma mediante rinnovi susseguitisi nel tempo, hanno portato a situazioni da un lato di perenne incertezza, dall'altro ad un incardinamento di fatto del lavoratore nella stabile organizzazione dell'ente.

Ecco, quindi, che da una limitata contingenza nasce un rapporto contrattuale che ingenera affidamento nel lavoratore. Data la rilevanza quantitativa dei rapporti in esame e l'impossibilità di ignorare il fenomeno, il legislatore ha coniato l'istituto della stabilizzazione.

1. I PRESUPPOSTI E LE MODALITÀ DI STABILIZZAZIONE

La stabilizzazione è un procedimento diretto all'assorbimento del precariato (in particolare il precariato "storico") da parte della Pubblica Amministrazione, che trova la sua principale fonte normativa nell'art. 1, comma 519 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. finanziaria per il 2007)[12].

Successivamente, la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica 30 aprile 2007, n. 7[13] ha specificato presupposti e requisiti per l'attivazione delle procedure.

Per quanto di interesse, l'art. 2 della direttiva ha statuito che siano sottoponibili a stabilizzazione situazioni di lavoro precario che si protraggano da lungo tempo, che hanno disatteso le norme che regolano il sistema di provvista di personale nelle pubbliche amministrazioni e creato diffuse aspettative nei dipendenti così assunti.

Inoltre, deve essere accertata la vacanza del posto all'interno dell'organico dell'Amministrazione interessata, il possesso del titolo di studio per l'accesso dall'esterno nelle

[12] "Per l'anno 2007 una quota pari al 20 per cento del fondo di cui al comma 513 è destinata alla stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge, che ne faccia istanza, purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge. Alle iniziative di stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse si provvede previo espletamento di prove selettive. Le amministrazioni continuano ad avvalersi del personale di cui al presente comma, e prioritariamente del personale di cui all'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 8 maggio 2001, n. 215, e successive modificazioni, in servizio al 31 dicembre 2006, nelle more della conclusione delle procedure di stabilizzazione(…)".

In generale, si vedano anche MILANI, Le misure di stabilizzazione del lavoro precario nel settore pubblico previste dalla finanziaria 2007, in **Giustizia di diritto amministrativo**, 2007, p. 1265; DANZA, Maurizio. La stabilizzazione nella giurisprudenza dl pubblico impiego contrattualizzato, in **www.altalex.it.**

Dove chiarirsi, inoltre, che il presente lavoro si soffermerà sul precariato del personale amministrativo, non approfondendo l'altro (seppur interessante) aspetto del precariato universitario, su cui, in generale, si vedano CARLONI, Abilitazioni in attesa di criteri, in **Giornale di diritto amministrativo**, 2011, p. 802 ess.;BELLAVISTA, Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge "Gelmini", in **www.roars.it.**

[13] Consultabile su *www.dejure.it*.

singole qualifiche, nonché deve essere rispettato il principio di selezione previsto dall'art. 35, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001[14].

Una breve notazione merita il settore che probabilmente riveste maggiore rilievo in tema di precariato: l'Università pubblica. Infatti, apparentemente, la suddetta normativa non sembrerebbe applicabile agli enti universitari.

La non diretta applicabilità deriverebbe dall'art. 1, 3° paragrafo della citata direttiva n° 7/2007[15].

La norma, da un lato, esclude l'immediata riferibilità al personale universitario[16]. Dall'altro, tuttavia, la medesima disposizione afferma che l'Università debba uniformare il proprio ordinamento alle norme che regolano la stabilizzazione dei precari, con specifico riferimento ai requisiti ed alle modalità di assunzione. L'unico limite per l'adeguamento dell'ordinamento universitario è la conformità al bilancio dell'ente universitario stesso.

Se ne deduce, conseguentemente, che le modalità ed i requisiti per l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori precari seguano, in ogni caso, le regole della stabilizzazione.

Dunque, la non applicabilità diretta dell'art. 1, comma 519 della legge finanziaria per il 2007 non esclude l'assunzione a tempo indeterminato dei dipendenti precari mediante procedura che, in sostanza, sia una stabilizzazione, con le caratteristiche descritte dalla giurisprudenza costituzionale succitata.

Occorre precisare, tuttavia, che oggi vengono ricomprese nell'istituto della stabilizzazione sia procedure selettive, sia procedure non selettive.

Con riferimento alle prime, il D.L. 101/2013, convertito con modificazioni con L. 30 ottobre

---

[14] Nel caso in cui quest'ultima disposizione in merito alla selezione pubblica non venga rispettata, cioè nel caso in cui il dipendente sia stato assunto senza alcuna procedura latamente concorsuale, è necessario che vi si proceda in fase di stabilizzazione.

Con riferimento ai principi di pubblicità, trasparenza e pari opportunità, l'art. 4 della direttiva prevede che le amministrazioni provvedano a pubblicizzare l'avviso di selezione, al pari delle procedure concorsuali.

Sull'art. 35 T.U. Pubblico impiego si veda CAMPANELLA, *sub art. 35 D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in CARINGELLA. Francesco – SILVESTRO, Ciro - VALLACQUA, Francesco, **Codice del Pubblico impiego**, Roma, 2011, p. 343.

[15] "Le amministrazioni pubbliche non richiamate espressamente nel comma 519 (cioè quelle amministrazioni non direttamente destinatarie dei commi 95 e 96 dell'articolo 1, della legge n. 311/2004), in quanto sottoposte a specifiche disposizioni in materia di assunzioni, quali ad esempio i commi 101, 102 e 105 della legge n. 311 del 2004 (Aci, Consigli nazionali degli ordini, federazioni, Università o Camere di commercio), adeguano i propri ordinamenti a quanto previsto dal medesimo comma 519 in termini di requisiti e modalità di assunzione, tenendo conto delle relative peculiarità e nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio e delle specifiche disposizioni in materia di assunzioni e di tetti di spesa".

[16] Si precisa che per *"personale universitario"* si intende in questa sede i soli dipendenti pubblici in regime di diritto privato. D'altronde, la medesima direttiva n° 7/2007 prevede che "*le procedure di stabilizzazione riguardano il solo personale di cui al comma 2 dell'art. 2 del d.lgs. 165/2001"*.

2013, n. 125[17], ha introdotto, oltre alle già previste procedure di reclutamento speciale a regime previste dall'art. 36, comma 3bis del D.lgs. n. 165/2001[18], ulteriori procedure di reclutamento speciale transitorio, che si concretizzano principalmente con riserve di posti e particolari valutazioni dei titoli di anzianità. Il carattere transitorio delle procedure speciali si evince dalla circostanza che possono essere avviate entro limiti temporali precisi, cioè solo a valere sulle risorse assunzionali dal 2013 al 2016[19].

Ma è soprattutto con riferimento alle seconde procedure, quelle prive di selezione pubblica, che sorgono i maggiori problemi.

2. LA STABILIZZAZIONE E L'ART. 97 COST.: UN RAPPORTO POSSIBILE?

In primo luogo, si pone un problema di compatibilità tra le procedure di stabilizzazione del precariato non selettive e l'art. 97, 3° comma Cost.[20], che impone l'ingresso dei lavoratori nella PA mediante concorso[21].

L'art. 97, secondo quanto affermato da autorevole dottrina[22], appare una felice sintesi di quattro motivi ispiratori delle riforme dell'amministrazione, di stampo illuministico ma che giungono fin dentro il ventesimo secolo.

Il primo motivo è di ordine efficientistico: occorre scegliere i migliori per l'amministrazione affinchè l'amministrazione diventi migliore. Il secondo è di ordine sociale: in un momento in cui si espande il suffragio universale, i giuristi osservano come sia impensabile dare a tutti i cittadini la possibilità di eleggere i propri rappresentanti senza, tuttavia, la parallela opportunità di occupare

[17] L'intervento normativo rappresenta l'attuazione degli indirizzi programmativi definiti da Governo e Parti Sociali con il *Protocollo d'intesa sul Lavoro Pubblico* del 3 maggio 2012, il quale prevedeva anche l'introduzione di "sistemi di reclutamento ispirati alla tenuretrack nel rispetto dell'art. 97 della Costituzione (…) nonché interventi volti a contrastare l'uso improprio e strumentale delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile". Sul punto si veda NUZZO, Giuseppe Donato. Precari della P.A.: chiarimenti sulle nuove procedure di stabilizzazione, in **www.altalex.it.**

[18] Si tratta, in breve, di procedure di reclutamento mediante concorso pubblico con riserva di posti nel limite del 40% di quelli banditi e selezioni per titoli ed esami, finalizzate a valorizzare con apposito punteggio, l'esperienza già maturata all'interno dell'Amministrazione.

[19] NUZZO, Giuseppe Donato. **Precari della P.A.: chiarimenti sulle nuove procedure di stabilizzazione**.

[20] In generale, sull'art. 97 Cost. ed il pubblico impiego si veda TERRANOVA, Salvatore.**Il rapporto di pubblico impiego**, Milano: Giuffrè, 1995, pp. 75 e ss.

[21] Tra le tante, si segnala per chiarezza TAR Lecce, sez. III, 19 gennaio 2008, n. 125, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale rileva anche come la scelta di privilegiare la stabilizzazione dei lavoratori precari non sia di per sé irragionevole ma frutto di una ponderazione tra molteplici interessi, aventi tutti rilevanza costituzionale.

[22] Si veda CASSESE, Sabino. **L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati**. Lectio magistralis per l'inaugurazione del Master di 2° livello in diritto amministrativo "Laboratorio per i concorsi pubblici", Napoli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza, 19 gennaio 2007, pp. 19 e ss.

gli uffici pubblici. Il terzo motivo ispiratore, di matrice montesquiana, si basa sull'equilibrio dei poteri, per cui una burocrazia stabile e professionale può agire come freno e contrappeso all'arbitrio ed all'onnipotenza ministeriale. Infine, il quarto ed ultimo, parzialmente legato al terzo, attiene alla necessaria neutralità di alcune scelte[23], tra cui i concorsi[24].

Parte della dottrina pone l'accento sul fatto che l'art. 97 Cost. da un lato, fa emergere segnatamente la necessità di utilizzazione delle risorse economiche pubbliche nella modalità più efficiente, cioè nella selezione dei migliori. Dall'altro, è rilevante constatare come la disposizione costituzionale tutela la *par condicio* tra gli aspiranti pubblici impiegati[25], nonché, più in generale, costituisce una estrinsecazione dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini[26].

Ma le suddette non appaiono le uniche obiezioni esistenti nell'ambito della necessità di selezionare gli impiegati pubblici mediante concorso pubblico. Infatti, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione, autorevole dottrina osservava che *"La corruzione dei governi parlamentari (…) ha un'altra cagione nell'immenso patronato di cui essi possono disporre; cioè negli impieghi ed uffici che possono conferire ai loro partigiani"*[27].

È evidente come, almeno teoricamente, l'istituto della stabilizzazione si scontra con la *ratio* del principio costituzionale del pubblico concorso. Solo nel pubblico concorso, infatti, possono essere selezionati i migliori dipendenti e dunque, al contempo, essere valutati gli interessi pubblici e privati in gioco, essere evitato il clientelismo ed essere spese al meglio le risorse pubbliche.

Ma la forte istanza sociale di coloro che, loro malgrado, siano entrati temporaneamente nella P.A. per restarci *sine die* conseguentemente a numerosi rinnovi del proprio contratto di lavoro mettono a dura prova la tenuta del suddetto principio costituzionale.

La tensione ha origine da problemi sia di tipo strettamente tecnico-giuridico, sia di tipo pratico-sociale.

---

[23]MILL, John Stuart. **Il governo rappresentativo**, vol. II, Torino, 1886, p. 1132.

[24]In particolare, CASSESE, Sabino. L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati, p. 22, sostiene che, dei motivi ispiratori, soprattutto il terzo ed il quarto furono fondamentali nella redazione delle norme costituzionali relative alla pubblica amministrazione.

[25]CERULLI IRELLI, Vincenzo. **Assunzioni in ruolo incostituzionali**, in **Giurisprudenza costituzionale,** 2011, p. 573, in nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 42. Peraltro l'Autore, pur non ritenendo illegittime tutte le forme di stabilizzazione, circoscrive le ipotesi di deroga al principio del concorso pubblico alle sole nomine dirette per posizioni apicali e le assunzioni da elenchi predisposti da appositi uffici secondo determinate priorità.

[26]TERRANOVA, Salvatore. **Il rapporto di pubblico impiego**, p. 71.

[27]SPAVENTA, Silvio. Giustizia nell'amministrazione (1880), in **La giustizia nell'amministrazione**, Torino, 1949, p. 99. Della stessa opinione è MINGHETTI, Marco.**I partiti politici e la loro ingerenza nella giustizia e nell'amministrazione**, Bologna, 1881, prima ristampa Napoli, 1992, p. 168, secondo il quale "l'ideale di una buona amministrazione dovrebbe comprendere la stabilità dell'impiegato, la sua indipendenza da ogni influsso politico, le sue promozioni regolari per anzianità o per merito".

Di aspetto giuridico è il tema della tutela dell'affidamento ingenerato dal comportamento della Pubblica Amministrazione. Se, infatti, non è il contratto di lavoro che, di per sé, potrebbe essere fonte di affidamento, data la sua chiara temporaneità, è il rinnovo che si presta a questioni di tal genere.

Il rinnovo spesso è un atto che si accompagna a numerose condotte nella P.A., volte a segnalare (anche in via indiretta) il soggetto sulla continuazione o meno del rapporto lavorativo. Si pensi alle mansioni a lungo termine che possono essere date al lavoratore, all'informazione sulla mancanza di personale nella determinata area di collocazione o alla aspettativa, dopo numerosi anni di attività, di vedere stabilizzata la propria posizione. Insomma, chi è all'interno dell'Amministrazione può rendersi conto della situazione in cui versa l'ente di appartenenza e maturare non una mera speranza quanto un apprezzabile e valutato affidamento sulla propria situazione.

Il suddetto comportamento probabilmente non è illegittimo[28], ma sicuramente strumentale. Conseguentemente, è plausibile che esso possa generare un'aspettativa. Ma può questa aspettativa, dal punto di vista giuridico, superare il dettato costituzionale?

La risposta teorica deve essere, ovviamente, negativa.

Ma si tratta di una risposta che non elimina il problema di tipo pratico – sociologico. Resta da chiedersi se l'imponenza quantitativa di un fenomeno possa essere motivo di diversa interpretazione o addirittura di elusione di un principio costituzionale.

Il problema non può essere risolto, ma rimane, per così dire, sul tappeto. Può aiutare, tuttavia, ad uscire dall'*empasse* il ricorso ad una metafora proposta da un autorevole costituzionalista[29], il quale ritiene che la Carta ponga pochi ceppi di confine che dovranno poi valere nella "infinita varietà del concreto"[30]. Se il confine è ben tracciato, allora la norma costituzionale detta la disciplina per la fattispecie prevista. Qualora, al contrario, il ceppo fosse mancante, deve ricordarsi che alla Assemblea Costituente bastava segnare un punto di tensione, da risolvere anche applicando altri principi ben definiti.

Ed allora, è necessario domandarsi se l'art. 97 Cost. sia un "ceppo di confine" oppure no.

[28] L'art. 2 della direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica 30 aprile 2007, n. 7 parla di norme disattese, ma non classifica questo comportamento come tecnicamente illegittimo.

[29] BIN, Roberto. **Capire la Costituzione**, Roma-Bari, 2002, pp. 34-35.

[30] L'espressione è della Corte Costituzionale: si veda BIN, Roberto. Capire la Costituzione, p. 35.

Da un lato, può osservarsi la trasparenza e la chiarezza del dettato normativo, chiarezza volutamente precisa in molte parti della Carta fondamentale[31]: l'accesso è ammesso solo per pubblico concorso. *In claris non fitinterpretatio*.

Diversamente opinando, bisogna vedere che cosa racchiude la locuzione "pubblico concorso". Poco più avanti vedremo che dall'unica procedura si è passati ad una serie di procedure selettive, pertanto oggi non esiste un solo tipo pubblico concorso. Ma ecco che, se anche l'art. 97 Cost. fosse un punto di tensione, dovrebbero essere altri principi ben definiti a venire in soccorso. Primo fra tutti, l'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

3. IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE SULLA GIURISDIZIONE

In secondo luogo, un altro aspetto della stabilizzazione del precariato offre un ulteriore spunto di riflessione giuridica e sociologica. Si tratta del contrasto sorto in merito alla giurisdizione sulle procedure di stabilizzazione.

Occorre, prima di tutto, definire gli ambiti delle due giurisdizioni (ordinaria ed amministrativa) nella materia del pubblico impiego.

Nelle procedura selettive aventi ad oggetto il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, la normativa è ormai chiara nell'attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione in tema di concorsi pubblici[32], mentre le controversie in merito al rapporto contrattualizzato sono devolute al giudice ordinario.

Se, a prima vista, appare netta la distinzione tra procedure aventi e non aventi natura selettiva[33], la prassi ha mostrato la nascita di fattispecie non sempre chiaramente attribuibili

[31] DE MAURO, Tullio***. Il linguaggio della Costituzione, in Costituzione della Repubblica Italiana (1947),*** Torino, 2006, p. 25 osserva che "Non occorre ulteriormente sottolineare l'eccezionalità linguistica della Costituzione (…). L'attenzione dei costituenti per la limpidezza ed accessibilità delle norme costituzionali si tradusse anche nell'incarico di revisione affidato a Pietro Pancrazi. (…) Studioso, tra i primi, della letteratura a lui coeva, oggi lo diremmo in gergo accademico un "contemporaneista"".

[32] L'art. 63, comma 4 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (di seguito anche T.U. Pubblico impiego) ha stabilito che restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti.

Peraltro DORE, Carlo.**Trasferimento dei dipendenti pubblici e art. 2112 c.c.**, in **Rivista giuridica sarda**, 2013, 1, p. 219, sottolinea l'incertezza e l'*"imponente contenzioso"* che la norma ha generato. In tema si deva ancheDORE, Carlo. **La giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato, ovvero l'ennesimo caso di devastante schizofrenia legislativa e giurisprudenziale. Si impone una norma di interpretazione autentica**, in **Rivista giuridica sarda,** 2006, p. 416 e ss.

Sul tema, si veda, in generale, CATELANI, Alessandro. Il pubblico impiego, in SANTANIELLO, Giuseppe (a cura di),**Trattato di diritto amministrativo**, Padova: 2003. Sull'art. 63 T.U. Pubblico impiego CONSIGLIO, *sub art. 63 D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in CARINGELLA. Francesco – SILVESTRO, Ciro - VALLACQUA, Francesco, **Codice del Pubblico impiego**, Roma, 2011, p. 343.

[33] È questa, infatti, l'espressione utilizzata dalla Commissione paritetica di studio dell'11 dicembre 2003. Sul punto si veda anche

all'una o l'altra classificazione[34]. Tra queste vi è, appunto, la stabilizzazione del precariato.

Conseguentemente, è spettato alla dottrina ed alla giurisprudenza costituzionale definirne i confini e le analogie rispetto al concorso pubblico.

A tal fine è stato chiarito, in primo luogo, che la procedura di stabilizzazione sia eccezionale rispetto al pubblico concorso, il quale si pone come metodo ordinario di reclutamento del personale amministrativo[35].

In secondo luogo, pur essendo un'eccezione, è indispensabile che siano previsti adeguati accorgimenti per assicurare che il personale assunto abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico[36]. Inoltre, è doveroso che la procedura sia comparativa[37].

Non può, dunque, escludersi[38], come accennato, che la procedura di stabilizzazione comprenda anche una prova selettiva che permetta di valutare le capacità professionali del dipendente pubblico da stabilizzare.

Chiarita la differenza tra procedure concorsuali e non, occorre ripercorrere brevemente il

---

CARINGELLA, Francesco – DE NICTOLIS, Rossana – GAROFOLI, Roberto – POLI, Vito. **Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario**, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[34] Oltre la stabilizzazione, tra le suddette procedure, vi sono anche lo scorrimento da graduatorie efficaci e le progressioni di carriera. Sul primo tema si segnalano BOLOGNINO, **Il rapporto tra concorso pubblico e scorrimento delle graduatorie valide ed efficaci al tempo della c.d. spending review. The relationship between competition and public glidinglistsvalid and effective at the time of the so-called spending review**, nota a TAR Roma, sez. II, 5 giugno 2012, in **Foro amm. TAR**, 2013, I, p. 147, e GAGLIARDI, Barbara.**Giurisdizione del giudice amministrativo e scorrimento delle graduatorie concorsuali**, nota a Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3014, in **Foro amministrativo CDS**, 2012, p. 454. In merito alla progressione di carriera si veda GOTTI, Piero. **Principio di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per la progressione in carriera al vaglio della Corte costituzionale**, nota Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 354, in **Foro amm. CDS**, 2011, p. 2703.

[35] Sul punto si veda GRECO, **La deroga legislativa al principio costituzionale del concorso per l'accesso al pubblico impiego: natura e limiti**, in **LG**, 2007, p. 266. L'Autore pone l'accento sul fatto che la regola costituzionale del concorso non sia assoluta e possa essere derogata in presenza di particolari situazioni, fra cui non può non essere ricompresa l'esigenza di eliminare, o almeno ridurre, il fenomeno del precariato.

Ancora, deve essere ricordato quanto affermato da CASSESE, Sabino. **L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati**, pp. 24 e ss.: «Quando si parla d concorso ci si riferisce ad una procedura alla quale possano accedere tutti coloro che siano in possesso dei requisiti obbiettivi fissati in precedenza (…). Ci si riferisce ad una procedura governata da regole predeterminate ed affidata ad una commissione indipendente ed autorevole (…). Ci si riferisce a prove di esame indicate in anticipo, per le quali la commissione stabilisce i punteggi prima dello svolgimento delle prove (…). Ci si riferisce a prove di cui, per quanto possibile, non siano identificabili gli autori (…). Ci si riferisce ad una procedura di esame fondata su una pluralità di prove, in modo che sia offerta a tutti più di una possibilità di mostrare i propri talenti e la propria preparazione. (…) Il merito accertato con procedure di questo tipo è certamente qualcosa di variabile e soggettivo, nel senso che è difficile una verifica empirica conclusiva. Ma è un "mito necessario"».

[36] Cfr. Corte Cost., 24 giugno 2010, n. 225. Peraltro, MARETTI, Simona. Stabilizzazione dei volontari del Corpo nazionale dei vigili del fuoco: è costituzionalmente illegittimo il limite temporale quinquennale per la maturazione dei requisiti, in **Rivista italiana di diritto del lavoro**., 2011, p. 798, fa notare come spesso i giudicanti non ritengano illegittime le procedure di stabilizzazione sulla base del fatto che detti soggetti hanno lavorato per periodi in favore delle PP.AA. stabilizzanti, per cui essi sono già in possesso di adeguata professionalità.

[37] Corte Cost., 10 novembre 2011, n°299, consultabile in *www.giurcost.org*. Deve ricordarsi anche che detta pronuncia ha statuito che la regola del pubblico concorso non può essere compatibile con la riserva integrale dei posti a favore del personale interno, salvo circostanze del tutto eccezionali.

[38] Al contrario, la Consulta, come detto, sembra richiedere l'espletamento di una procedura selettiva.

vivace dibattito giurisprudenziale in merito alla giurisdizione.

Una parte della giurisprudenza ha attribuito le controversie relative alla stabilizzazione alla giurisdizione del giudice ordinario.

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[39] hanno chiarito che la pretesa del ricorrente non è basata sul corretto svolgimento di una procedura concorsuale, bensì sulla corretta applicazione di una specifica norma di legge che prevede la stabilizzazione, a domanda, del personale non dirigenziale che sia già in servizio presso l'ente con il rapporto di lavoro a tempo determinato e che possa vantare la ricorrenza di altri requisiti pure indicati dalla legge. In altre parole il *petitum* sostanziale ha per oggetto il diritto soggettivo della ricorrente alla partecipazione alle procedure di stabilizzazione e, attraverso di queste, all'assunzione a tempo indeterminato.

Secondo la Suprema Corte, dunque, non può dubitarsi che sussista la giurisdizione del giudice ordinario ai sensi del D.lgs. n. 165 del 2001, art. 63. Infatti, la partecipazione dei lavoratori non a tempo indeterminato alle procedure per la stabilizzazione del rapporto è finalizzata all'assunzione a tempo indeterminato sulla base di una procedura di selezione che non ha natura concorsuale.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha aderito a questa tesi, precisando, da un lato, che la stabilizzazione, previo espletamento di una selezione e non di un concorso, attiene a modifiche oggettive del rapporto di lavoro già intercorso[40] ed è equipollente, dall'altro lato, ad una assunzione senza espletamento di concorso pubblico e, dunque, deve essere ricondotta ad una fattispecie di costituzione del rapporto lavorativo tra il singolo lavoratore e l'Amministrazione[41].

Riassumendo sul punto, dunque, la stabilizzazione, così come descritta dalla Corte Costituzionale, deve attuarsi mediante una procedura comparativa, che può attuarsi anche mediante l'espletamento di una prova selettiva, atta a verificare le concrete capacità dello stabilizzando. Tale prova non trasforma, tuttavia, il detto istituto in un concorso pubblico, dal quale si discosta sia per la sua natura di modificazione di un rapporto di lavoro già esistente, sia per la sua sostanziale somiglianza con la costituzione del rapporto lavorativo.

Secondo altro ed opposto orientamento giurisprudenziale, rimasto a lungo minoritario,

[39] Cass. civ., SS.UU., 15 settembre 2010, n. 19552, in *www.dejure.it.*

[40] T.a.r. Veneto, Sez. II, 10 gennaio 2008, n. 53 in *www.dejure.it*.

[41] T.a.r. Napoli, sez. V, 3 agosto 2010, n° 17226; T.A.R. Roma, 25 marzo 2008, n° 2551. Tutte le sentenze amministrative citate in questa nota e nella precedente sono consultabili in*www.giustizia-amministrativa.it.*

tutte le procedure caratterizzate da procedura comparativa e compilazione di graduatoria di merito siano da attribuire alla conoscenza del giudice amministrativo.

Più precisamente, secondo la citata giurisprudenza, il termine *"assunzione"* deve essere estensivamente inteso, rimanendovi comprese anche le procedure di cui sono destinatari soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni le quante volte siano dirette a realizzare un effetto di novazione del precedente rapporto con l'attribuzione di un inquadramento superiore e qualitativamente diverso dal precedente[42], effetto che si riscontra anche nelle selezioni preordinate al passaggio di dipendenti pubblici dallo status non di ruolo a quello di ruolo[43].

A distanza di pochi mesi[44] dalla precedente pronuncia, la Suprema Corte ha affermato che le amministrazioni, con riguardo al personale da stabilizzare che ha già sostenuto procedure selettive di tipo concorsuale, non bandiscono concorsi, ma devono limitarsi a dare avviso della procedura di stabilizzazione e della possibilità degli interessati di presentare domanda. In tal caso la regolamentazione legislativa colloca le controversie inerenti a tali procedure nell'ambito del "diritto all'assunzione di cui all'art. 63, comma 1", con conseguente appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario.

Diversamente, ove il personale non abbia già superato prove concorsuali, e il numero dei posti oggetto della stabilizzazione sia inferiore a quello dei soggetti aventi i requisiti, l'amministrazione può fare ricorso ad una selezione onde individuare il personale da assumere. Pertanto, le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Lungi dall'essere una soluzione salomonica, come a prima vista potrebbe apparire, il nuovo orientamento non si interroga più sulla natura della procedura di stabilizzazione tout court, bensì analizza, caso per caso, le varie modalità, puntando nuovamente l'attenzione sulla qualità concorsuale o meno della procedura scelta.

Sul punto, pare utile ricordare anche quanto chiarito recentemente anche dal Consiglio di Stato, secondo il quale nella fattispecie di stabilizzazione non preceduta da alcun concorso ed in cui il numero dei posti oggetto della stabilizzazione sia inferiore a quello dei soggetti aventi i requisiti richiesti, la selezione per individuare il personale da assumere va considerata alla stregua

[42]Cfr., in particolare, Cass. civ., SS.UU. , 20 aprile 2006, n. 9164, in *www.dejure.it*.

[43]Cass. civ., SS.UU., 29 maggio 2012, n. 8522, in *www.dejure.it*.

[44]Cass. civ., SS.UU., 2 ottobre 2012, n. 16735, con nota, dal titolo ambiguo, di SCOFFERI, E'competente il giudice ordinario a decidere sulla stabilizzazione di precari, in **D&G**, 2012, p. 874.

di una procedura concorsuale, sicchè le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo[45].

Un problema del tutto tecnico-giuridico, come quello sulla giurisdizione, nasconde probabilmente, a parere di chi scrive, una più ampia riflessione in merito alla natura stessa della situazione giuridica soggettiva in capo al lavoratore stabilizzando.

I rapidi *revirement* testimoniamo una incertezza non solo nella qualificazione della stessa procedura ma anche della situazione del precario. Ed allora, occorre forse chiedersi se il lavoratore può vantare un diritto, caratterizzato da diretta tutela e derivante dalla buona fede contrattuale e dall'affidamento in successivi rinnovi. Oppure, al contrario, il bene giuridico tutelato è in mano all'Amministrazione, la cui tutela è sottoposta ad un bilanciamento con l'interesse pubblico.

4. LA STABILIZZAZIONE AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: L'ORDINANZA PAPALIA E LA CONVERSIONE DEL CONTRATTO

Uno spunto può essere intravisto dalla posizione che la Corte di Giustizia Europea, nel ruolo nomofilattico attribuitole dall'art. 234 TCE, ha assunto in un'ordinanza del 12 dicembre 2013[46]. In particolare, il Giudice europeo ha analizzato un aspetto diverso, seppur collegato, della questione: la prevenzione e la sanzione degli abusi dei rinnovi effettuata dalla Pubblica Amministrazione.

La fattispecie al vaglio della Corte riguarda un lavoratore impiegato all'interno dell'amministrazione comunale di Aosta, con contratto a tempo indeterminato rinnovato ininterrottamente dal 1983.

Il giudice del rinvio ricorda come la clausola 5 dell'Accordo quadro concluso fra le organizzazioni intercategoriali lavorative e allegato alla Direttiva 1999/70/CE abbia introdotto l'obbligo per gli Stati membri di introdurre misure atte ad evitare gli *"abusi derivanti da una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato"*[47]. Inoltre, lo stesso giudice

[45]Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2012, n. 4186, in www.giustizia-amministrativa.it.

[46]Ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia c. Comune di Aosta, C-50/13, consultabile su*www.curia.eu*..

[47] Per comodità del lettore, si riporta l'intera clausola "Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi ed in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse, dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni

sottolinea come l'art. 36, comma 5 del D.lgs. 165/2001 (recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), prevede che la violazione delle norme riguardanti l'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato. In questo caso, il lavoratore interessato ha esclusivamente diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative.

Il giudice nazionale, dunque, chiede alla Corte di Giustizia se, nell'ipotesi di utilizzo abusivo da parte della P.A. di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato la normativa nazionale possa provvedere solo il risarcimento del danno per il lavoratore interessato e non anche la trasformazione del contratto in un rapporto definitivo[48].

La Corte, in primo luogo, chiarisce che, di per sé, la clausola 5 succitata non obbliga il legislatore nazionale ad imporre all'Amministrazione la trasformazione del contratto da tempo determinato ad indeterminato.

In secondo luogo, la normativa nazionale in esame può essere considerata legittima qualora disciplini una effettiva misura di contrasto dell'abuso e qualora non sia meno favorevole di quelle disciplinanti situazioni analoghe di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti.

Il Giudice comunitario nota, da un lato, come l'art. 35 del d. lgs. 165/2001 preveda la riqualificazione del contratto solo a beneficio dei lavoratori del settore privato. Dall'altro lato, viene evidenziato come la prova del danno subito dal lavoratore derivante dall'abusivo rinnovo del contratto a tempo determinato, sia eccessivamente gravoso[49].

Dunque, seppure spetti al Giudice nazionale interpretare il diritto interno, la Corte riconosce il suo potere di dare specifiche indicazioni. Sul punto, conseguentemente, afferma che la clausola 5 dell'Accordo quadro osta ad una normativa, quale quella in analisi, che preveda il solo risarcimento del danno, ottenibile, oltretutto, con una gravosa prova. Tra l'altro, per completezza, deve ricordarsi che proprio all'inizio del 2014 la questione sulla possibilità di convertire il lavoro a

---

i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati successivi; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato".

[48] Per la verità, anche altra precedente giurisprudenza comunitaria si era occupata di questioni simili: si veda sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04; sentenza 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04; sentenza 23 novembre 2009, Lagoudakis e a., C-162/2008; sentenza 1° ottobre 2010, Affatato, C-3/10.

[49] In particolare, la Corte di giustizia, riprendendo l'interpretazione della Corte di cassazione, segnala che *"per un lavoratore del settore pubblico sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto nazionale al fine di ottenere un siffatto risarcimento del danno, poiché gli si imporrebbe di fornire, segnatamente, la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante"*.

tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione[50].

Quanto detto non significa che la Corte di giustizia imponga una assunzione a tempo indeterminato del lavoratore precario. Sarebbe contrario alla sua competenza ed anche la teoria dei controlimiti glielo impedirebbe.

Tuttavia, la pronuncia ha il pregio di portare l'attenzione al lavoratore, in quanto "vittima" del comportamento abusivo dell'Amministrazione. Come sempre, il Giudice comunitario non classifica la situazione giuridica in capo al detto lavoratore, ma ne sottolinea l'effettività di tutela. Effettività che è spia, probabilmente, non di una mera speranza del precario nei confronti dell'assunzione ma di una situazione soggettiva concreta, palpabile, oggetto, appunto, di effettiva e diretta tutela.

CONCLUSIONI

Deve, in conclusione, ritenersi che il rapporto tra istanze sociali, produzione normativa e carte fondamentali non sia certo un recente approdo. Un autorevole studioso, già alla fine degli anni Trenta, riteneva che, fin dallo scoppio della Prima Guerra Mondiale, si fosse resa necessaria un'elaborazione delle leggi che tenesse conto dei cambiamenti costanti della situazione politica, economica e finanziaria[51].

Da parecchi decenni, dunque, la norma scritta pare non riuscire a tenere il passo con l'economia e la società. Ed allora, le nuove modalità di produzione devono tener conto proprio della collettività. Tenere fuori le istanze sociali dalla produzione normativa sembra oggi del tutto sbagliato ed inutile.

Ma quando le istanze sembrano essere configgenti con le norme sovraordinate, è necessario ricondurre il sistema ad unità. Tuttavia, a volte sembra doveroso sacrificare la società o la Costituzione, quasi che la crisi economica possa legittimare una momentanea sospensione dei diritti e dei principi supremi laddove vi sia una più rilevante contingenza sociale. La tentazione di dimenticare quei principi posti proprio a tutela dei cittadini per i momenti di necessità è forte.

[50]Si veda Cass. Civ, sez. lav., ord. n. 4458/2014. Nell'ordinanza, la Sezione rileva la preminenza assoluta del principio del pubblico concorso.

[51] SCHMITT, Carl, L'evoluzione recente del problema delle delegazioni legislative (1938), in **Quaderni costituzionali,** 1986, p. 536.

Occorre, allora, ripartire dalla metafora marinaresca esposta in epigrafe: la Costituzione sta sulla nave per conto dell'armatore, nel cui interesse controlla in che modo procede la navigazione, intervenendo qualora ne veda infrante le regole.

Fuor di metafora, il comandante della nave è il legislatore-politico, che detiene il potere di guidare l'ordinamento verso il cambiamento, mentre l'armatore siamo noi cittadini.

Le regole sono i principi, dettati e fermi non solo per il tempo in cui furono definiti ma, soprattutto, per il futuro. Se è vero, infatti, che le Costituzioni concesse dal sovrano erano una barriera irrevocabile verso il passato[52], lo Stato di Diritto porta con sé l'emanazione di Costituzioni quali regolamenti giuridici della futura azione degli organi pubblici[53].

In periodi di crisi istituzionale ed economica capita che le istanze sociali, come detto, possano cercare di avere la meglio sui principi. L'armatore può cercare di modificare le regole di navigazione. Ma anche in mare aperto la navigazione ha i suoi criteri.

Se poi si aggiunge il fatto che oggi l'armatore non ha collocato più un solo controllore sulla nave, ma una molteplicità, tante quante sono le fonti europee, si comprende come la modifica delle regole, seppur in una situazione di contingenza, non può essere possibile.

Ed, a questo punto, entra il gioco il compito imprescindibile del giurista: ricondurre le trasformazioni del sistema normativo alla Costituzione[54]. Peraltro, le norme che si vorrebbero cambiare sono le stesse poste a garanzia di chi vorrebbe mutarle.

Se non si può disconoscere che il diritto al lavoro quale diritto sociale fondamentale non ha mai trovato alcuna applicazione[55], l'elusione del principio del pubblico concorso non può essere la soluzione. In altre parole, la piena mancanza di serie politiche attuative in tema di occupazione non può spalancare la porta a procedure che, come notato da autorevole dottrina, abbiano finito per costituire molto di frequente un "utile" strumento clientelare[56].

Ed allora, forse, occorrerebbe chiarire, da un lato, la qualificazione e la tutela del lavoratore

[52] Cfr. RACCIOPPI, Francesco – BRUNELLI, Ignazio. **Commento allo Statuto del Regno,** Torino, 1909, I, p. 194.

[53] Sul punto si veda VILLARI, Lucio. ***Costituzione della Repubblica Italiana (1947)***, Torino, 2006, p. 78, il quale sottolinea che "La nostra Repubblica, nonostante instabilità, crisi, incertezze politiche e giuridiche, rimane solida nelle sue strutture ed istituzioni grazie ad una Costituzione che fu pensata per l'Italia del futuro e non soltanto per risolvere i problemi lasciati dal fascismo e per attrezzare uno Stato nascente su nuovi principi e in una proiezione europea".

[54] DE FIORES, Claudio. **Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative**, p. 29.

[55] Cfr. CARLASSARE, Lorenza, **Nel segno della Costituzione**, Milano, 2012, p. 146.

[56] Sul punto si veda ZOPPOLI, Lorenzo, **Il rapporto a termine nella riforma del pubblico impiego**, in RUSCIANO, Mario – ZOPPOLI,Lorenzo (a cura di). **Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico**, Bologna, 1995, p. 115.

precario, seguendo anche quelle direttive di effettività proposte dalla Corte di giustizia. Ma dall'altra, la vera necessità a tutela del lavoratore è la formazione di un piano per l'occupazione, non dettato da contingenze o dalla necessità del successivo consenso elettorale, un piano che elimini alla radice la necessità di massicce stabilizzazioni. Probabilmente l'Assemblea costituente, lungi dal volere che il principio del pubblico concorso si ritorcesse contro il lavoratore, aveva in mente proprio questo scopo.

LA CONSISTENCIA PRESCRIPTIVA DEL DISCURSO ORDOLIBERAL: LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL CASO PERUANO

Yuri Tornero Cruzatt[1]

INTRODUCCIÓN: REFORMA PERMANENTE Y UN NECESARIA NEGACIÓN DE LA DICTADURA

En el presente texto se critica un tipo de constitucionalismo, aquel de construcción histórico causal, y se propone una democracia fortalecida la cual a través de sus diversos instrumentos como son la reforma constitucional tratarán de sobreponer sus máximas.

El régimen económico de la "economía social de mercado" es teorizado por la doctrina ordoliberal, esta teoría legitima la salvedad de la "constitución económica" por sobre el resto de la sociedad. Sus tesis iniciales combinan economía nacional planificada y el libre mercado, ellas se nutrieron incluso de experiencias dictatoriales.

En el Perú la lectura causal del texto Constitucional de 1993 une el evento dictatorial, autogolpe de Estado de 1993 por parte de Alberto Fujimori, denominado aquí hecho fundante, con la implementación de las instituciones que contiene dicho texto, en especial el tipo de régimen económico denominado "economía social de mercado". Este es el constitucionalismo criticado.

La premisa que refutamos es aquella según la cual un dictador sea capaz, a efectos jurídicos, de fundar la nueva constitucionalidad económica. La lectura causal- histórica es dañina a la democracia, tiene consecuencias político normativas, como aquella de sugerir una fatalidad necesaria, esto es: que cada vez que haya una crisis económica deba surgir un dictador que la resuelva.

Entonces, el riesgo para la democracia es que, al haber supervivido el texto constitucional de 1993 a la dictadura podría supervivir el mensaje simbólico de impunidad del régimen dictatorial. Para evitar dicho riesgo, se debe evidenciar las políticas normativas que concentran excesivamente el poder principalmente, implementadas en dicho régimen, que encuentran lugar

[1] Dottorando presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara.

en el poder constituido por la Carta Constitucional de 1993 hasta la actualidad. En específico, el poder constituido que continúa el ejercicio de políticas concentradas de ejercicio del poder sobre el marco económico jurídico diseñado por la Constitución de 1979.

Una debida denuncia del evento dictatorial llevaría a evidenciar la continuidad de una forma de gobernar que puede estar vigente incluso en los presidencialismos fuertes, en especial en momentos que se trata de expandir la economía de mercado. Es decir, renunciando a los mecanismos democráticos y más bien recurriendo a mecanismos normativos excepcionales para legitimizar una acción autoritaria concreta[2].

Un tema conexo es la denominada fidelidad al texto de la Constitución por parte de los jueces. Es decir, el sentido prescriptivo del texto normativo. La Carta constitucional de 1993 peruana, pasa por una adhesión a lo pre establecido por ésta. Esta forma de interpretar fortalece el constitucionalismo frente a la democracia. A partir de esta premisa se corre el riesgo de privilegiar el texto interpretado a propia salvedad, y llevando muchas veces a reproducir interpretaciones limitativas de derechos y autoreferenciales del orden el económico establecido.

Para salir de dicha lectura causal, y por consiguiente para salir de su propia consistencia se debe renunciar a la lectura dogmática de la economía social de mercado, entendida como lectura acrítica de sus orígenes. Se hace necesario además una decidida lectura anticausalista y anti histórica (de dicha historia).

Lo primero que se debe hacer es exhibir cómo renunciando a un constitucionalismo fuerte, y más orientándonos por un "constitucionalismo débil" podemos conseguir resultados que mejoren a la democracia, democracia fuerte. Proponemos que no es mecanismo único de democracia una nueva asamblea constituyente, sino además, existen otras salidas a través de instrumentos democráticos complementarios como lo es la reforma constitucional.

La consecuencia de esto primero, es decir, tomando en serio la reforma constitucional, es que el texto constitucional pasa a un segundo plano, y con ello también así sus lecturas positivistas autoreferenciales limitativas de derechos.

Afín a esta idea es el teórico Joel I. Colón Ríos, quien escribe sobre un "constitucionalismo

[2] TORNERO CRUZATT, Yuri. Diritti dei popoli indigeni nel contesto del presidensialismo forte ed espansione dell' economia sociale di mercato. **en Dallo Stato del Bienestar allo Stato di Buen Vivir**, a cargo de Silvia Bagni, Boloña: Edit., Filodiritto,p-79-98, 2013.

débil"[3], en donde existe "una constitución permanente al cambio y que provea mecanismos para que el poder constituyente se manifieste de tiempo en tiempo"[4], y en donde "la legitimidad democrática depende de una condición básica: la constitución debe ser susceptible de poder ser re-constituida"[5]. Propuesta en contradicción con aquella interpretación de sujeción a la carta como norma fundamental en la cual están contenidos los sentidos- significados constitucionales.

No siempre se puede dar un acto una nueva constitución mediante una nueva asamblea constituyente, como es el caso de varios países latinoamericanos, los cuales empezaron a cambiar sus constituciones, su actual lectura está dentro del denominado "nuevo constitucionalismo latinoamericano"[6]. En países como el Perú pensar en una reforma constitucional[7] puede ser el primer paso para reavivar el debate constitucional y, por consiguiente, crear una discontinuidad jurídica alternativa. En el campo de la "constitución económica" el debate también tiene vigencia[8].

[3] COLÓN RÍOS, Joel I. **La constitución de la democracia**. 1ra ed, Traducción de Graciela Rivera Muñoz, traductora, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013, p.32. **"**Bajo este constitucionalismo "débil", contrario a lo que en análisis de Dworkin implica, no hay tal cosa como una constitución "terminada" (es decir, una constitución que pueda evolucionar por medio de la interpretación judicial, pero cuyo texto permanecería idealmente intacto a lo largo del tiempo). Solo este concepto del constitucionalismo cuando viene acompañado de una democracia "fuerte", es consistente con un compromiso serio con el ideal democrático, el mismo supone que la democracia no se agota en las legislaturas y la gobernanza diaria, sino que se extiende a deliberar y decidir sobre el contenido mismo de la constitución"

[4] COLÓN RÍOS, Joel I. **La constitución de la democracia**. p.24.

[5] COLÓN RÍOS, Joel I. **La constitución de la democracia**. p.83

[6] ÁVILA PACHECO, Victor Manuel, Neoconstitucionalismo para la paz: una mirada desde el sur **en Revista Española de Desarrollo y Cooperación**, Madrid, vol. n. 33, 15-27, p, 2013; MEDICI, A. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador, ***en Revista Derecho y Ciencias Sociales,*** vol. n. 3, p. 6, 2010; J.M. Sosa Sacio, ¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau, **en Gaceta Constitucional,** vol. n. 52, p. 301, 2012; VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, Raúl Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en **Gaceta Constitucional**, n. 48, p. 310, 2011.

[7] Quien actualmente sigue la línea de la reforma de la Constitución se encuentra Alberto Borea Odría, se puede revisar el Blog Alberto Borea disponible en "http://reformaconstitucionaldelperu.blogspot.de/". Por ejemplo, dice "El proceso de reforma constitucional es necesario en nuestro país, sería un pésimo y lamentable referente para el espíritu de la democracia mantener la Constitución de 1993 como tal, teniendo especial significado el proceso de reforma para el destierro de la impunidad y la construcción de un verdadero estado de Derecho, en el que se obtenga un nuevo pacto social que signifique la reafirmación de la democracia y la defensa de la persona humana, para que jamás nadie en el futuro imponga sus reglas bajo intereses personales en base a la fuerza, porque el Poder de la Constitución, el Derecho y la Democracia se impondrán."

[8] ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario **en Estudios Constitucionalismo chileno**, **Revista de Derecho Público** vol. 76, 2012, p. 131. Diisponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr11.pdf acceso realizado el 12.12.14.

"Congruentemente con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor, que debe ser asumido por la nueva "Constitución del Bicentenario", en algunas áreas, a saber especialmente:

a) Legitimidad de origen. Falso consenso constitucional, realismo político impuesto

por la lógica de una transición pactada.

b) Apertura del "techo ideológico" de la Constitución que para el constituyente originario es un verdadero "refrito" ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.

c) Una "nueva" Constitución económica y Constitución social que descanse en la compatibilidad público- privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad)

y asociada a la fórmula del Estado social.

d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de Derecho, incorporando

En un contexto político y politizado, la democracia es un debate que ganar, no está constituida- conformada. Por ejemplo, dentro de la afinidad a una lectura causal están los seguidores políticos del régimen de Fujimori. El *partido fujimorista* actualmente está representado por la hija de Fujimori Keiko Fujimori, el cual tiene treinta y siete escaños en el Congreso de la República (Parlamento de cámara única) que consiguió en las últimas elecciones.

Lo segundo, denunciar que incluso dentro de la economía de mercado, en sus experiencias históricas hubieron ya experiencias de unir poder dictatorial y economía de mercado para llevar adelante reformas del mercado.

Una parte de dicha denuncia está ya contenida en la denominada "justicia transicional" [9] [10] , pero sin embargo, ésta se ha orientado- limitado a la sola denuncia del ejercicio del poder dictatorial en el ámbito de los "derechos humanos", más no así se extiende, en específico, sobre el plano económico, y por ende, evita discutir el contenido de la "constitución económica". Para contextualizar el tema, nos centramos en la experiencia tanto la peruana de Fujimori como discretamente respecto de la chilena de Pinochet.

Lo tercero es ser conscientes de las consecuencias a la renuncia de una lectura coherente de los textos normativos. Quiere decir, renunciar a narrar el texto constitucional como continuidad evolutiva en el ámbito sólo de la dogmática. De renunciar a la coherencia normativa se pasa al contradictorio democrático, como un momento de conflicto necesario que romperá incluso con la consistencia de postulados pre establecidos. Evidenciará incluso el conflicto en la misma institucionalidad constitucional, donde puede-debería ceder ésta a los instrumentos democráticos tales como la reforma constitucional.

En la incoherencia del texto constitucional de 1993 se puede evidenciar derechos enunciados que son valiosos y contradictoriamente, junto a políticas normativas dictatoriales subsistentes, aquellas de concentración del poder. Por ejemplo, en específico, supervive el pluralismo económico en un articulado del texto de la Constitución de 1993, a pesar de que no era tal la intención de política normativa dictatorial.

La renuncia a la coherencia nos hará evidenciar que al interior de la redacción del texto se

---

nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (iniciativa popular de ley, recall, referéndum, entre otras) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las que deben existir para las nuevas "autonomías constitucionales" funcionales y territoriales…"

[9] BUCHANAN, Ruth. **Law in transition: human rights, development and transitional justice**, Oxford: Hart,. 2014.

[10] STAN, Lavinia. **Encyclopedia of transitional justice** Cambridge : Cambridge Univ. Press , vol. 1, 2 y 3. 2013,

encuentran fuerzas constitucionales en movimiento, las cuales construyen un presente constitucional, las cuáles incluso demarcan un historial en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Nos interesaría por ejemplo, la jurisprudencia del régimen económico de la Constitución de 1993.

El resultado que buscamos es abrir un nuevo sentido reforma, el cual se aproxima más a un contrato social que a un constitucionalismo duro. Es decir, abrir un imaginario autónomo respecto de las raíces que dieron origen al texto constitucional de 1993[11]. La democracia misma exige una lectura distinta en relación a dicho evento.

En síntesis, renunciar a la consistencia prescriptiva del discurso de la economía social de mercado, es de un lado, prescribir negando el evento político autogolpe de Estado y de otro lado, optar por una lectura anticausalista o anti histórica de dicha carta. Permite esto una lectura de discontinuidad la cual posibilita la distancia debida del acto dictatorial[12].Asimismo, la reforma constitucional haría las veces de poder manifestar las fuerzas constitucionales en movimiento que no se expresaron en el texto constitucional de 1993.

1. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO MODELO JURÍDICO

No pretendo extenderme en el total de la teoría ordoliberal[13] que sustenta la "economía social de mercado". Afirmo sólo dos cosas: Uno que el orden liberal de mercado reformado contiene una "constitución económica" la cual entra en convergencia con un "estado fuerte", fórmulas autoritarias a nivel de política normativa, y dos, que dicho orden liberal combina estos dos componentes fines de realizar la reforma del mercado.

[11] MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. La cultura como derecho, **en América Latina. Ensayo sobre la realidad postcolonial en la globalización.** Bilbao, n. 35, 74p, 2005.. El debate sobre los orígenes puede tener también un matiz cultural en el tema de la globalización y modernidad y realidad postcolonial.

[12] Adelantándonos por ejemplo, sobre la experiencia chilena ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Nueva Constitución y constitucionalismo en el bicentenario **en Estudios Constitucionalismo chileno**, p.130 "En este contexto metodológicamente denominamos reformas constitucionales de "primera generación" a aquellas definidas por el clivaje democracia–dictadura, reformas que conciernen a la transición política a la democracia y la remoción de los "enclaves autoritarios" institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de "segunda generación" a aquellas que suponen ir más allá de la transición, plantearse un cambio de régimen político-tipo de gobierno y organización territorial del poder, y además, enfrentar los "enclaves autoritarios" socio-económicos, propios de una "refundación autoritaria" del capitalismo que encuentra cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980, la que, huelga decirlo, es una Carta ideológica, originaria y desarrollada."

[13] Para un estudio más profundo ver los cuatro artículos de A. SOMMA, L'economia sociale di mercato, en **Biblioteca della libertà**, 195 (2009), 198 (2010), 200 (2011) y 205 (2012), todos ellos disponibles en el sitio http://ssrn.com/autor=1214640). «L'espressione "economia sociale di mercato" è insomma fuorviante. Il riferimento al sociale non indica il proposito di promuovere l'emancipazione individuale, bensì il suo contrario: una opzione per l'ordine del mercato come paradigma per la disciplina della convivenza sociale, che per questo deve rinunciare a essere mediato dal meccanismo democratico».

Particularizaré más adelante la experiencia latinoamericana, en la cual el término "economía social de mercado", se usa en confluencia con los términos del Consenso de Washington, y su confluencia se da con dos golpes de estado: autogolpe en el caso peruano de Alberto Fujimori y golpe de estado de Pinochet en Chile, hechos que variaron el aspecto de economía nacional planificada a economía global de capitales.

Dos formas de llevar a cabo la reforma de la economía: una primera economía dirigida que influye la Alemania reconstruida después de las guerras mundiales, de los Estados Nacionales, aquí se encuentran los teóricos de Ordoliberales, organizados en torno a la revista "Ordo". De otro lado, una reforma de la economía de mercado, donde las élites latinoamericanas se nutren de los estudios financieros de la Escuela de Chicago[14], escuela Estadounidense que plantea un mercado global de las transnacionales.

La primera reforma que influye en el área europea, denominada experiencia *renana,* consolida un mercado e influencia la Ley Fundamental de la Alemania de los *Aliados*. Los ordoliberales crean un instituto económico autónomo denominado **"constitución económica":** era necesario una constitución parcial, es decir una "constitución económica" [15] [16] que esté por encima, incluso de la totalidad de la constitución. Dicha constitución debía sí o sí contener el mecanismo de competencial[17]. Así como un Estado fuerte y con una constitución económica, se

[14] GÁRATE CHATEAU, Manuel. **La Revolución capitalista de Chile (1973-2003)**.1ed. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2012, p. 451. **"**Por último, dos elementos esenciales – a parte del manejo temático- contribuyeron a legitimar la figura del economista-científico. En primer lugar, la creación de una disciplina de estudio de los mercados financieros, que al mismo tiempo promulgaba su apertura internacional bajo el alero de las políticas del FMI y el Banco Mundial. En segundo lugar, el desarrollo de una estrategia comunicacional y de difusión de ideas que alcanzó su cenit con la emisión por televisión pública de la serie Free to choose a inicios del gobierno de Ronald Reagan12. La producción televisiva fue concebida por uno de los llamados "evangelistas" del pensamiento económico neoclásico, Milton Friedman, quien comprendió muy bien la necesidad de legitimar la nueva doctrina no sólo mediante la obtención del reconomiento internacional y académico (Premios Nobel), sino ue a través de la simplificación del mensaje y el acceso a un público mucho más amplio. A esta altura, los economistas neoclásicos ya no eran minoría, sino la corriente hegemónica de pensamiento económico de los ochenta, la cual se servía beneficiada por la corriente conservadora de los ochenta y el derrumbe del bloque socialista del este. En Chile, el grupo de economistas de Chicago aprovechó el control de los medios de comunicación durante el régimen militar para hacer una pedagogía intensiva en la población sobre la forma de comportarse como consumidor racional en un mercado competitivo13. Los noventa abrirían las puertas a la construcción de un pensamiento económico sin alternativas ni rivales. Su economía sería – a partir de entonces- la única economía viable; sus practicantes, los más autorizados para decidir las políticas públicas."

[15] Sobre la influencia de la constitución económica en Amérca latina ver BEWER-CARÍAS, Allan R. Reflexiones sobre la constitución económica *en* **Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría V Economía Haciendas e índices***,* Madrid: Civitas s.a., 1991, p.3840-3853.

[16]SOMMA, Alessandro. L' economía sociale di mercato 1, p. 3.

[17]SOMMA, Alessandro. L'economía social di mercato 2**,** p.7. Se entiende hasta aquí las referencias a una constitución económica como "constitución parcial" que la ciencia jurídica estaba llamada a a poner en sintonía con la "constitución política en conjunto". En efecto, se debía "trazar un puente entre la política económica y el conjunto de la política nacional , exactamente como era oportuno hacer respecto a los nuevos estímulos provenientes de otros sectores del saber…" "constitución política y constitución económica establecía una relación jerárquica, y más aún, terminaban por ser complementarias: "que se reconoce en el Estado fuerte, debe querer una política económica liberal, y quien considera una política económica debe querer el Estado fuerte"33. El orden económico debía desarrollarse según las líneas indicadas por una

conformaba el núcleo de legitimidad ordoliberal que podía poner en marcha la obligada socialización, en función pacificadora, según las exigencias, necesidades y limitaciones propias del mercado[18].

Böhm, uno de sus representantes, la concebía como una "constitución jurídica" que implicaba necesariamente "un Estado fuerte: La primacía de la política". Por medio de la política económica estatal se buscaba controlar la moral y materialmente la vida económica en su complejidad.

En el primer volumen de su periódico "Ordnung des Witschaft", Böhm, Eucken y Grossman-Doerth firman la introducción programática titulada "Nuestro Deber", en el cual reconocían como principio guía "vincular la idea de la "constitución económica" todas las cuestiones prácticas de tipo político- jurídico o político económico", en tal sentido la colaboración entre derecho y economía resultaba esencial[19]. La ley fundamental se convirtió en la fórmula mixta legitimada; el texto no mostraba la interna contradicción, ni mostraba explícitamente que el modelo ordoliberal se ve obligado a ser social, por ende se mostraba más bien como una "economía mixta", incluso neutral, y por ende la "tercera vía"[20].

Un Estado fuerte y una constitución económica, conformaba el núcleo de legitimidad ordoliberal que podía poner en marcha la obligada socialización, en función pacificadora, según las exigencias, necesidades y limitaciones propias del mercado[21]. El ordoliberalismo plantea dejar de creer en el orden espontáneo y por el contrario tomar conciencia de la dirección de la economía, es decir que dicho orden, requiere ser mantenido[22].

---

entidad a la cabeza del orden político y por ende, estructurarse como parte integrante de éste."

[18] SOMMA, Alessandro. **L'economía social di mercato 2,** p.2. "Aquello que portaba esta fórmula y traía, aún como forma de engaño, era la referencia a la socialización, utilizada para aludir como caracterizante de la economía social de mercado, la cual no constituye una alteración a su núcleo esencial, sino más bien, su propio reforzamiento."

[19] VANBERG, Victor J. La"scuola di Friburgo" Walter Eugen e l' ordoliberalismo" **en Storia del liberalismoin Europa,** Soveria Mannelli, 2013, p.801.

[20] Posteriormente, el derecho constitucional tomaría la idea del *"check and balancy"* ver a mayor detalle SOMMA, Alessandro **L' economía sociale di mercato.4**,.p. 6. "De otro lado, si bien la economía social de mercado fue indudablemente un punto de referencia para la política y la sociedad alemana hasta finales de los años setenta, el lugar de su desarrollo, en la ley fundamental no aparecía y ni parecía sostenible, ya que las disposiciones incluidas bien podía estar o no en línea de principio con otras opciones25. En tal sentido, parecía para algunos más apropiado discutir una "constitución económica mixta", en cuanto contiene elementos difícilmente reconducibles al modelo economía social de mercado. En efecto, en el cual, si la Ley Fundamental está centrada en el tema de los derechos de libertad, esta entonces indica la necesidad de balancear en el ámbito de un "orden compensatorio"26, en el cual se combinen individualismo y sociedad más allá de los límites admitidos por el pensamiento ordoliberal."

[21] Ibíd, p.2 "Aquello que portaba esta fórmula y traía, aún como forma de engaño, era la referencia a la socialización, utilizada para aludir como caracterizante de la economía social de mercado, la cual no constituye una alteración a su núcleo esencial, sino más bien, su propio reforzamiento."

[22] VANBERG, Victor J. La"scuola di Friburgo" Walter Eugen e l' ordoliberalismo" **en Storia del liberalismo, p. 818** "Es porque una

En América latina se toma dicho nombre "economía social de mercado" y se elabora una política según el diseño del "Consenso de Washington", siendo Chile de Pinochet una primera experiencia de implementación de algunas de dichas políticas. Dicho cambio de diseño económico enrumba al país hacia las directivas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, son interpretadas como reforma del modelo económico.

2. EL "HECHO FUNDANTE" EN LAS EXPERIENCIAS PERUANA Y CHILENA

En el autogolpe del 5 de abril de 1992, Alberto Fujimori elegido presidente de la república por elecciones democráticas, con el respaldo de las Fuerzas Armadas cierra arbitrariamente el Congreso y captura la institucionalidad de los otros poderes, para luego por insistencia del contexto internacional convocar, en medio de un clima de represión una Asamblea constituyente, la cual da origen a la actual al texto de la Constitución Política de 1993 peruana.

En dicho contexto, Alberto Fujimori para justificar el autogolpe de Estado da por medio de la televisión un discurso político en el cual sintetizada la racionalidad de la medida tomada. La justifica. A dicho discurso se le conoce como "Mensaje a la Nación"[23]. Copiamos algunos párrafos relevantes de dicho mensaje:

> "El país debe entender que la suspensión temporal y parcial de la legalidad existente, no es la negación de la democracia real sino, por el contrario, es el punto inicial de la búsqueda de una auténtica transformación que asegure una democracia legítima y efectiva; que permita a todos los peruanos convertirse en constructores de un Perú más justo, más desarrollado y respetado en el concierto de las naciones.
>
> "una auténtica transformación que asegure una democracia legítima y efectiva"
> (…)
>
> "que permita a todos los peruanos convertirse en constructores de un Perú más justo, más desarrollado y respetado en el concierto de las naciones."[24]

En otro de la los párrafos, la defensa de la economía de mercado se encuentra en la

---

constitución económica concurrencial permite mantenerse bajo el "dilema del prisionero", que todos tienen interés a aceptarla, por lo menos si esta adhesión viene considerada creíble por la presencia de un Estado que hace efectivamente respetar las reglas de juego (…) Esta es la lógica que los ordoliberales tienen en mente cuando diagnosticaron que el orden del mercado concurrencial no es autoproducto, no sé mantiene por sí solo. Sino necesita ayuda del Ordnungspolitik."

[23] Congreso de la República del Perú. **Mensaje a la Nación** del 5 de abril de 1992. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1992-1.pdf, acceso efectuado el 05.12.14. "El país debe entender que la suspensión temporal y parcial de la legalidad existente, no es la negación de la democracia real sino, por el contrario, es el punto inicial de la búsqueda de una auténtica transformación que asegure una democracia legítima y efectiva; que permita a todos los peruanos convertirse en constructores de un Perú más justo, más desarrollado y respetado en el concierto de las naciones."

[24] Congreso de la República del Perú. Mensaje a la Nación.

propuesta g, copiada literalmente ésta dice:

> "g. Promover la economía de mercado dentro de un marco jurídico que dé seguridad y fomente la eficiencia y competitividad de los agentes económicos".[25]

La medida de Fujimori, y el Consenso de Washington crea una economía global de capitales y no así nacionalista planificada. Esta nueva economía sigue el modelo norteamericano de la Escuela de Chicago se hizo a imitación de Chile. El texto de la Constitución de 1993 mantiene el nombre de la fórmula "economía social de mercado" en su artículo 58[26], pero de revisar el régimen económico de la Constitución precedente 1979 veremos que éste es distinto[27].

La experiencia previa que le sirve de base Fujimori es la de Pinochet y de lo que siguió luego de su periodo dictatorial. Este proceso económico es considerado genéricamente como "privatizador". Aún cuando existe el contra el ejemplo de la propiedad estatal del cobre, la cual se mantuvo bajo inspiración nacionalista en propiedad del Estado.

Interrumpiendo la explicación del régimen económico para tratar sobre la democracia chilena establecida.

En el gobierno de Allende uno de sus asesores Novoa Monreal, titula su libro con el nombre de "el Derecho como obstáculo al cambio social"[28], se pregunta sobre la capacidad de mutación de las instituciones respecto del momento de cambios que en ese momento necesitaba, desde su postura, Chile.

La pregunta de Monreal reside a cómo el presidente de la república, un representante del partido de los trabajadores pueda instaurar mecanismos procesales para un efectivo ejercicio de la democracia, en un momento de inestabilidad en el sentido de poder que se constituir un poder en movimiento que pretendía desplazar a otro ya constituido.

En esos momentos, gozar del gobierno y del poder estatal no era sinónimo de comenzar sobre una tabla raza sino más bien, de ordenar prioridades que se deberían poner en marcha aventajándose del poder Estatal: el qué hacer a partir de las instituciones y focalizar por dónde emanaba la fuerza política del viejo orden. Es decir, no era válida la narración causal- histórica

[25] Congreso de la República del Perú. Mensaje a la Nación.

[26] Constitución Política de 1993 Perú. "TITULO III. DEL REGIMEN ECONOMICO. CAPITULO I. PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58.- Economía Social de Mercado. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"

[27] Constitución Política de 1979 Perú.

[28] Novoa Monreal Eduardo, **El Derecho como obstáculo al cambio social**. Ciudad de México, 1975, Editorial siglo XX.

respecto al poder constituido, se concebía más bien, dicha democracia como punto de ruptura.

Por consiguiente, Monreal piensa que el Chile de Allende, en el momento de gobierno democrático necesitó de evidenciar en dónde residía la resistencia institucionalizada a la mutación jurídica propuesta por el nuevo régimen.

La experiencia resulta fallida, como sabemos el desenlace de Chile es que el elemento autoritario, residido en el poder los militares toma el poder de facto, y convergencia con una economía de las transnacionales, en primer lugar de los capitales norteamericanos.

Tratando el tema de contradicciones en democracia podemos dar un ejemplo en este contexto.

Hubo un momento que la democracia estuvo sobre el tema económico. En el momento del conflicto institucional entre Poderes Ejecutivo y Judicial, y en términos políticos fue la contradicción entre el Partido de trabajadores y la Democracia cristiana. En dicha circunstancia fue determinante la labor prescriptiva de la Corte Suprema del Poder Judicial chileno que mediante la resolución del 26 de mayo de 1973, la cual declara que el régimen de Allende, en varios términos, no marchaba de acuerdo con la legalidad. Decisión influyente para la posterior actuación y el establecimiento del régimen dictatorial de Pinochet.

Debe haber espacio para la mutación jurídica, aquella discontinua que no asocia con una continuidad causal, sino que más bien, que es lo suficientemente creativa[29] para poder crear significados que representen soluciones al conflicto democrático y no permitan el establecimiento de un poder dictatorial.

Durante el régimen de Pinochet se construyó una lectura causal de la democracia y bajo dichas premisas causales se crea, por ejemplo, el concepto de "democracia protegida"[30] [31], dicho concepto sintetiza la afinidad entre *una democracia* y un compromiso con el régimen dictatorial que lo fundó. Asimismo, congruente con dicha lectura causal está la convergencia a nivel

[29] COLÓN, **La constitución de la democracia**, p. 57, 68, 79.

[30] VERGARA ESTÉVEZ, Jorge. **La democracia protegida en chile**. Disponible en http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/sociologia/articulos/21/2103-VergaraEstevez.pdf acceso efectuado el 11.10.2014. "Pocos días después del golpe militar chileno de 1973, la Junta encargó secretamente a cuatro destacados abogados, "el estudio de una nueva constitución política y disposiciones legales complementarias de esta nueva institucionalidad"1 . El principal de ellos y de extrema derecha era Jaime Guzmán2 Pocos años después, en 1977, Pinochet entregó a la "Comisión de Estudios de la Nueva Constitución", creada por la Junta Militar, las normas a las que debía ajustarse la nueva constitución. Esta es una de las primeras formulaciones de la "democracia protegida".

[31] MULIAN Tomás, **Chile Anatomía de un Mito**. 17 ed., Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2002, p. 201-213.

económico del régimen dictatorial con intelectuales de la Escuela de Chicago[32„33]., entre ellos importantes economistas como Hayeck y Friedman[34].

Una lectura causal del evento chileno podría afirmar: Debido a que se "necesitó" un golpe de Estado en un momento de represión del socialismo, "el enemigo"; entonces, una dictadura debe ser reclamada cada vez nazca una convulsión, incluso en democracia, y cuando los poderes institucionales no sean capaces de gestionar dicho conflicto. Esta sería una lectura de los "vencedores"[35].

Las instituciones no dejan, y no deben dejar de, elaborar sus discursos de legitimidad una vez acontecidos estos eventos autoritarios. Ante estos eventos autoritarios se debe construir una lectura anticausalista y negacionista de sus consecuencias.

---

[32] GÁRATE CHATEAU, Manuel. **La Revolución capitalista de Chile***,* p.105. "En el nuevo espacio de lucha internacional, la derecha se abrió un camino para llevar a cabo su proyecto de modernización capitalista sin alianzas políticas ni transacciones. Les faltaba solo un apoyo teórico propio al interior del país, tan influyente como podía serlo la CEPAL en aquellos años. Dicho programa no vendría de Europa, como había sido la tradición intelectual desde el siglo XIX, sino que de una universidad del medioeste de los Estados Unidos."p.105

Cuando se mira en perspectiva la instauración por la fuerza una economía liberal basada en el denominado paradigma neoclásico, desde 1973, resulta imposible no referirse a la influencia de la Escuela de Economía de la Universidad Chicago y a la Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ambas instituciones forman parte de un acuerdo de cooperación firmado en 1955, el cual incluía el intercambio de profesores y la puesta en marcha de un programa de becas de posgrado para estudiantes chilenos en la Universidad de Chicago.

...El convenio de intercambio fue ofrecido originalmente a la Universidad de Chile, cuyo director de la facultad de Economía, Luis Escobar Cerda, lo rechazó debido al caracter supuestamente ortodoxo e ideológico de la formación económica de la Universidad de Chicago y a su negativa de abrir la cooperación a otros planteles universitarios.

....el acuerdo de cooperación entre la Universidad de Chicago y la PUC no se habría realizado de manera tan expedita sin la participación de tres actores centrales: Albion Patterson, Theodore W. Schultz y Julio Chaná. estos hombres pueden ser llamados con justeza los "padres" de los Chicago boys, aunue no hay que dejar fuera al erdadero mentor de este grupo de economistas: el profesor Arnold Harberger. Posteriormente, otros indivduos tendrán grna influencia en el desarrollo de esta particular élite intelectual: Agustín Edwards, dueño del periódico conservador más influyente de Chile (El Mercurio) y más adelante el General Augusto Pinochet."

La imposición de la Universidad de Chicago se explica justamente por la necesidad de contrarrestar el pensamiento económico de izquierda a través de la más reputada escuela económica de libre mercado (Free Economics) disponible en Estados Unidos. Pero finalmente no se trató solo de un acuerdo de apoyo externo, como se definió en un principio, sino de una suerte de apropiación de una débil facultad por parte de otra institución poseedora de una fuerte tradición académica 94."

[33] SOLIMANO, Andrés. **Chile and the neoliberal Trap the post -Pinochet** Era, 1ed, New York, Cambrige University Press 2012, p.24-25. "approximately twenty-five economics experts, Chilean-born but trained at the University of Chicago School of Economics in the United states (and thus termed the "chicago boys"), were recruid into important decision-making position by military junta. Their agenda called for abolishing price controls, deregulating markets, reducing import tariffs in an effort to boost exports and cheapen imports, bringing down the inflation rate by establishing macroeconomic discipline (through aa drastic fiscal adjustment program in 1975 in which nearly 100,000 public employees were separated from the state sector in one year), restoring property to its former owners, and securing external credits.7 As mentionationed in Chapter 1, Professor Milton Friedman, the famed Chicago School economist (later earning a Nobel Prize in Economics), backed these reforms philosophically and personally by lecturing in Chile, advocating that a free market would bring a free society8. Later in, in 1981, another Nobel laureate, Professor Friedrich von Hayek (famous for The road to Serfdom, written in the early 1940s), visited Chile and gave support to ongoing free-market revolution carried out by a repressive military regime."

[34] MULIAN, Thomás. **Chile anatomía de un mito**, p. 201-213.

[35] SUGRANYES, Ana; MORALES, Raúl y ARAVENA, Susana. Buscando alternativas colectivas en un escenario neoliberal **en La vivienda, entre el derecho y la mercancía las formas de propiedad en América Latina**, Montevideo: Ediciones Trilce, 2014, p. 25-35.

La denuncia que evidencia el elemento dictatorial para gestionar la economía estatal tiene un sentido anticausal necesario. Dicho evento histórico, no es por mismo autosuficiente, en el sentido que no debe ser suficiente, para fundar discursos institucionales, en simples palabras: las dictaduras no pueden fundar eventos causales históricos que se aniden en instituciones en transición democráticas[36].

En el ámbito de las libertades debemos tener presente que al ser la institucionalidad el lugar donde reposa el poder constituido, aún pueden reposar los discursos autoritarios o post autoritarios limitativos de las libertades; y por ende, debieran subsistir mecanismos jurídicos para salvaguardar las propias libertades. Así por ejemplo, durante la dictadura militar de Pinochet muchos individuos tuvieron a su disposición comités internacionales de asilo político, sin estos mecanismos internacionales la vertebración de procesos identitarios de los regímenes autoritarios al interior incluso de los propios territorios, como en el extranjero podría echar más raíces en el devenir del tiempo.

3. COHERENCIA DISCURSIVA: LA CENTRALIDAD DE LA ECONOMÍA ES INSUFICIENTE PARA SUPERAR UNA TEORÍA. AFIRMAR O NEGAR LA ECONOMÍA PUEDE LLEVAR SÓLO A CONFIRMAR.

La Konrad Adenaur es una fundación que dentro de sus líneas de trabajo promueve las investigaciones sobre la importancia de la economía social de mercado, en uno de sus textos promocionados afirma que dicha economía pone límites al capital y que es capaz de reconducir las expectativas sociales, que incluso no está vinculada a la economía planificada[37], y por ende, es una economía del capital reformada. Esta coherencia descriptiva es una narración incompleta, pero orientada a superar contradicciones de su propio historial. El modelo económico se presenta por ende como "combinación del principio de libertad con el principio de equidad social"[38].

[36] ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos. Justicia transicional en Iberoamérica **en Cuadernos y debates** n° 199, Centro de estudios político constitucionales. Madrid: 2009; RINCÓN COVELLI, Tatiana y RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. **La justicia y las atrocidades del pasado** Mexico DF: 2012, RINCÓN, Tatiana **Verdad, justicia y reconcilición La justicia de la justicia transicional**, Bogotá: 2010.

[37] DE MARCELO, Resico F. **Introducción a la Economía Social de Mercado**, ,1 ed. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenaur, 2010, p. 107 y 108. Disponible en: http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf. Acceso efectuado el 20.11.2014. "La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente."

[38] DE MARCELO, Resico F. **Introducción a la Economía Social de Mercado**, p.9.; PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 56.

La coherencia discursiva con el modelo económico establecido por la norma no ayuda a interpretaciones ulteriores, y más bien sólo pone en un segundo plano cualquier forma de superación de dicho modelo. La negación de la economía o la afirmación de ésta es nada menos que sólo punto de partida, pero no así discursivamente concluyente.

El punto de partida, la matriz liberalismo, que afirma la economía como centro de interpretación de la sociedad y luego del socialismo, como la negación de la sociedad de capitales; cualquiera de ellas, no son suficientes para crear un discurso de dislocación del modelo económico economía social de mercado, porque éste más bien se auto-representa como una síntesis, de dichas dos matrices una "tercera vía". La Ley fundamental alemana sirve de base para la lectura de la constitución económica desde de la Escuela Ordoliberal que defiende la economía social de mercado

La construcción histórica de la economía social de mercado por parte de sus defensores, es decir sus orígenes, se remontan sólo a inicios de la post guerra mundial, y sirve incluso hasta La actualidad como su resultado- síntesis de modulación social. Dicha lectura no evidencia por ejemplo, que dicho modelo económico tuvo conexión por medio de algunos de sus futuros representantes con la gestión de la de la economía del periodo bélico (segunda guerra mundial) durante el tiempo del nazismo. Esta última afirmación evidenciaría el compromiso o no con la democracia del modelo económico[39].

Una lectura de las divergencias, encuentro y desencuentro de modelos de capital, debe lograr evidenciar el conflicto democrático [40]no como un resultado causal- histórico, sino más bien como una discontinuidad.

De otro lado, se debe estar atento a qué tipo de negación se trate, negar una economía del capital igualitaria, moderna, puede llevar a la regresión reformada, como lo fue, una economía de razas, donde los sujetos vienen determinados por su origen biológico y organizados en relación a su sentido o no productivo. La economía de razas constituyó, en lo lógico una negación a la igualdad paritaria de los sujetos y al igual valor de cada individuo, asimismo rescató el sentido

[39] SOMMA, Alessandro. **La dittatura dello spread Germania, Europa e crisi del debito,** 1ed, *DeriveApprodi,* 2014, SOMMA, Alessandro Scontri tra capitalismi, crisi del debito e diritti fondamentali en **Diritto Pubblico comparato ed Europeo**, año 2013-periodo II mayo-agosto, (Turín: Giappichelli, 2013); BONOMI, Aldo **Il capitalismo in-finito.** 1 ed, Editorial Enaudi, Turín, 2013, p. 6-25.

[40]COLÓN RÍOS, Joel I. **La constitución de la democracia**, p. 52 "El principio de la apertura democrática da la bienvenida al conflicto y a la disidencia, y es incompatible de proteger la permanencia de determinado contenido constitucional"…"Es decir, la idea del pre-compromiso (perfectamente desarrollada en sintonía con la lógica del constitucionalismo)no puede sr llevada a una reconcilición definitiva con la democracia.

estamental de la sociedad.

La negación de la economía de libre mercado con la afirmación de una sociedad de razas, trajo un orden reformado, sintetizado organizado en una economía planificada nacionalista y de mercado. Al refutarse la cientificidad del racismo no dejó una huella expresa sobre la planificación económica en términos de raza, y en gran medida la legislación post guerra eliminó la referencia a orígenes raciales. Si esta economía sobrevivió a la segunda guerra mundial, el análisis que lo confirme no pasará por ubicar una etiqueta- nombre.

Para evaluar qué tipo de constitución economía se está construyendo debe irse más allá del plano la denominación: Interesa en concreta saber qué políticas normativas se están diseñando. Como por ejemplo, la vigencia del *ius sanguinis* como criterio exclusivo de determinación de la ciudadanía frente al ius solem, por ejemplo. Asimismo, este criterio de evaluación nos puede servir para entrar en el debate si se sigue manteniendo bajo incluso manteniendo el nombre "economía social de mercado" una economía global no planificada, o si por el contrario ésta es ya otro tipo de constitución económica.

4. INCOHERENCIA HISTÓRICA Y DENUNCIA "ANTI-HISTÓRICA" PARA REESCRIBIR EL SENTIDO DEMOCRÁTICO DE LAS INSTITUCIONALES. LA SUPERPOSICIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE UNA REFORMA PUEDEN SER MAYOR QUE LAS PREMISAS QUE FUNDARON EL ORDEN ECONÓMICO

Para un debate sobre la constitución económica en democracia podría partir dos premisas en discusión. Si decimos "la economía de Fujimori dejó de ser economía social de mercado porque ya no fue planificada ni nacionalista", dicha afirmación no bastaría, si no se pone en evidencia el sentido según el cual mantuvo el elemento autoritario para dirigir desde el Estado y una reforma económica social.

Y si se afirma lo contrario: "la economía de Fujimori siguió siendo economía social de mercado aunque no fue planificada ni nacionalista", esto también es cierto en el aspecto, de que representó una discontinuidad histórico-económica, respecto de la dirección estatal en los asuntos nacionales, según la propuesta de la Escuela de Chicago.

La coherencia en este caso es poco importante respecto a la importancia de los elementos en discusión. Este punto de partida podría ser importante para un debate respecto de la constitución económica.

En un espacio de debate democrático dos afirmaciones contrapuestas podría ser de utilidad. Ambas podrían ser importantes en el sentido de evidenciar el evento autoritario: el autogolpe de Estado para el caso peruano.

Una lectura histórica nos puede llevar al error de afirmar que era necesario el autoritarismo para salvarnos del enemigo internacional comunista. En esta lectura histórica las consecuencias, y la causalidad misma se sobrepone a la necesidad de una democracia. La causa, la lucha contra el enemigo, niega la vigencia de la democracia, ése podría ser el mensaje supérstite de la lectura causal.

En la lectura de los seguidores de Fujimori, éste permitió la continuidad del modelo económico, de capitales nacionales a nivel global, mediante la privatización, y se enfrentó a una guerrilla de tipo maoísta Sendero Luminoso, que proponían una alineación con la URSS bajo el método del terror, el terrorismo. La vigencia de dicho planteamiento sería directamente proporicional a la exista dicho enemigo, y por ende su reinvención real o incluso potencial formaría parte de una orientación política. Esto es: el reclamo a la construcción ideal del enemigo para legitimar el propio acto autoritario incluso posterior a su realización. Dicha construcción política pertence por excelencia a Keiko Fujimori, la hija quien dirige el partido político que sucede a Fujimori y que proclama su impunidad[41].

Una vez salido de dicho contexto de autoritarismo, la inercia de las instituciones puede ser contraproducente. Discursivamente, éstas no se encuentran en el punto cero desde donde se aplican a terreno llano políticas normativas, sino más bien "saliendo" en contexto de conservadurismo y de necesaria superación de la etapa de dictadura, vinculadas por ende a ampliar los mecanismos democráticos.

Superponerse al hecho histórico requiere un acto de discontinuidad. Y en sentido que la mutación jurídica y de la sociedad pueda ir y va a una velocidad mucho mayor de dichos hechos fundantes. En rumbo con la exigencia del cambio social.

Es decir, crear la ruptura respecto del evento golpe de Estado que se vincula lógicamente a

[41] *Diario Gestión*, Disponible en http://gestion.pe/noticia/267360/fujimori-insiste-su-inocencia-inicio-su-autodefensa revisado el 12.11.2014. Dentro de una construcción causal de la historia, estaría el mismo partido político de Alberto Fujimori seguido por su hija Keiko, quien trataría más bien de reivindicar, en nombre de dicha relación causal con la historia las acciones de su padre. Por ejemplo, cuando es juzgado Fujimori por el juicio Barrios Altos y la cantuta arguye la existencia de un "legado histórico" de su régimen que será seguido por su hija. El diario lo resume La Gestión lo resume así: "Fujimori afirmó que aunque su legado no está presente en este momento debido a una campaña mediática en su contra, su obra "de paz, desarrollo y justicia" calará en el futuro gracias al trabajo de sus hijos. "Un legado para el presente y el futuro del que no tengo duda que continuará mi hija Keiko, y por el que seguirá luchando mi hijo Kenyi", expresó."

su producto normativo: Constitución de 1993, sería una forma de minar lógicamente la falsa legitimidad de instituir una ley fundamental por parte de un poder autoritario. Quitar el poder prescriptivo que se le atribuye a la narración histórica "neutral".

5. SOBRE LOS DISCURSOS FUNDANTES DE UN CONSTITUCIONALISMO DE ADHESIÓN HISTÓRICA IDENTITARIA

El hecho fundante contiene un *originalismo*. Negar y afirmar está en el plano de las construcciones y de un poder político que al final puede ser el mismo que ofrece la síntesis, incluso el dictatorial. Una labor de negación o afirmación, denominada interpretativa puede terminar sólo siendo especulativa, como es el caso de la "democracia protegida". Por consiguiente, se trataría más bien de buscar una salida del *originalismo* y de la sola coherencia interpretativa[42].

Si las interpretaciones giren en razón del hecho fundante, entonces toda afirmación o negación finalmente sería su renovación discursiva. Por el contrario, si nos refugiaríamos en la interpretación jurídica para superar los eventos históricos coyunturales, entonces todo evento histórico sería fundante y cada eventualidad más bien constituiría un nuevo periodo histórico de reforma. Entonces, el significado de reforma sería un acto banal porque más bien significaría una cotidiana alteración del orden interno. Este razonamiento puede obedecer a un círculo causal que pretendemos evitar, podría ser incluso una forma banal de entender la implementación de mecanismos democráticos.

Cualquier acto no debería ser capaz de dar origen una nueva discursiva lo suficientemente compleja para organizar o reorganizar el todo de una sociedad, como es el caso de una Asamblea Constituyente. Pero sí, podrían existir múltiples actos, desvinculantes del texto constitucional que por las mismas necesidades de discontinuidad respecto de ciertas narraciones podrían dotar de significados nuevos y traducibles en nuevas políticas normativas. Aquí podría residir la fuerza del ya mencionado "constitucionalismo débil"[43], a partir de la premisa de no adherirse de plano al

[42] MONATERI, Pier Giuseppe. *"All This And So Much More" Original Intent, Antagonism and Non-Interpretivism.* En **The Cardozo Electronic Law Bulletin**, 2000 Disponible en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/users/pigi/Allofthis.htm acesso realizado el 20.11.2014. "Thus once again originalim and "fitness", or coherence, can be combined just to superimpose totally unexpected meanings, or to attack and deny the possibility of attaching such meanings. I mean that the same strategy of interpretation can be used with reference to the same texts to support opposite interpretations. It is obviously to me a matter of politics and power to give a meaning to words."

[43] COLÓN RÍOS, Joel I. **La constitución de la democracia**, p. 68-76.

texto normativo constitucional.

Vale recalcar, que un acto dictatorial, como un golpe de Estado. Entonces, debería perder todo significado histórico causal de reclamar prescriptivamente constituirse en hecho fundante, por ende influir sobre el poder constituido de un país, es decir, operar como *originalismo*.

Un ejemplo al que podemos recurrir para repensar esto último, es el Código Civil italiano de 1942, respecto de preguntarnos, si éste actualmente representa o no los intereses de sus creadores, es decir si representa la continuidad histórica de quiénes pretendieron que siga un modelo fascista, o si por el contrario, sus reformadores fueron lo suficientemente creativos como para eliminar, en todo o en parte, dichos aspectos del régimen autoritario y racista.

No debe reposar una verdad en un hecho fundante, debe más bien estar en continuo movimiento. No se trata de identificar una ontología identitaria del suceso, se trata más bien ulteriormente de desmantelar aquellos significados limitativos de las libertades y de aquellos que dan cabida a la continuidad del autoritarismo. Una tensión entre "constitucionalismo" y "democracia": Carlos Bernal Pulido resumiendo la idea central del texto de Colón ya citado dice:

> En este modelo, la legitimidad del ordenamiento no descansa en la propia prosapia democrática de la Constitución vigente, sino en la posibilidad de la Constitución vigente, sino en la posibilidad de que la Constitución pueda ser reformada en todo tiempo mediante el ejercicio democrático del poder constituyente. En este sentido, una Constitución es legítima si o solo si incluye "algún mecanismo institucional designado para permitir a los ciudadanos iniciar, deliberar y decidir sobre cambios constitucionales fundamentales[44].

El sentido de vaciar el sentido histórico de la economía social de mercado significa abrir una discontinuidad, una disociación que va más allá del sentido hermenéutico de una posible interpretación del texto constitucional de 1993. Debido, como hemos explicado, en dicho sentido causal puede reposar más bien la ideología[45], renovada en su interpretación y en su coherencia incluso. Por el contrario, en el momento de discontinuidad puede aparecer una opción de mayor valor.

[44] presentación del libro por Carlos Bernal Pulido. COLÓN RÍOS, Joel I. **La constitución de la democracia**, p.11.

[45] MONATERI, Pier Giuseppe. "All This And So Much More" Original Intent, Antagonism and Non-Interpretivism" "At the very end I think that we face two opposite paradigms, even if the strong opposition between the two is not often perceived: a paradigm pointing at unity and coherence, and a paradigm of dissemination and discontinuity. Because of that I said in the previous sections my preference is clearly directed toward the latter, since it tries to disassemble ideology, and to show how much interpretation is a package of different units and instances, wrought out in time bound cultural artifacts, and not a general category of the human mind. Thus I see Hermeneutics as belonging to the former paradigm of unity and coherence, whereas I see Archeology as the real radical alternative to projects of "rightness"[73] and "coherence".

6. LA FALTA DE COHERENCIA FAVORECE EL ASPECTO DEMOCRÁTICO DE LA DEBITA CONTRADICCIÓN

La renuncia a la coherencia incluso discursiva, en sentido histórico, es asimismo la posibilidad democrática de poder conjugar posiciones diversas. Es decir la viabilidad de poder llevar adelante, desarrollar, el conflicto democrático de una sociedad compleja.

Por ende, en esta sede, se plantea la falta de coherencia como la forma, de un lado, de vaciar el sentido histórico de adhesión causal al modelo económico y al autoritarismo; y de otro lado, como posible vía de atribuir diversos significados a la constitución económica. Entonces gestionar la economía con coherencia podría constituirse entonces en una adhesión causal que puede incluso ser limitativo de significados y principalmente de derechos.

Un resultado necesario para la democracia será que lo contradictorio supere a lo coherente, cuando este último desciende de lo causal. Narrativo histórico. En se momento, la consistencia interna misma del modelo económico queda sólo como un referente a superar mediante la crítica disociadora que supere el sentido autoreferencial de dicha economía.

A PROPOSITO DI FIDEIUSSIONE E *CONSISTENCY*

Lavinia Vizzoni[1]

1. LA FIDEIUSSIONE NELL'OTTICA DELLA CONSISTENCY: CONSIDERAZIONI GENERALI

Gli spunti lanciati da Italo Calvino nelle sue Lezioni Americane del 1985 risultano oggi, a quasi trent'anni di distanza, di estrema attualità; e soprattutto, i punti di contatto con l'ambito giuridico sono notevoli: basti pensare alla leggerezza del diritto, ormai divenuto vero *leitmotiv* delle riflessioni dottrinali, grazie anche ad autorevoli indicazioni in tal senso[2].

Allo stesso modo, appare attuale e meritevole di adeguata rilettura il principio al centro della sesta lezione[3]di Calvino, rimasta incompleta, che sarebbe stata dedicata al tema della "*consistency*".Di essa restano solo degli appunti, che sono comunque sufficienti per stimolare una riflessione che trascende il contesto letterario per sfociare nell'orizzonte giuridico.

Occorre preliminarmente intendersi sul significato da assegnare alla *consistency*, che ben può essere assunta a criterio di indagine nel diritto contrattuale: coerenza intesa, in senso piuttosto lato, come proporzionalità, come bilanciamento di interessi e dunque quale canone di corretta riorganizzazione dei rapporti fra le parti.

Anche le molteplici e complesse relazioni fra i soggetti a vario titolo coinvolti nella vicenda fideiussoria possono essere esaminate nell'ottica della *consistency*. La lente di questo principio può essere rivolta in una duplice direzione: da un lato la coerenza diventa "grimaldello" per svelare i meccanismi attraverso cui funzionano le relazioni contrattuali sottese, facendo così emergere i condizionamenti reciproci dei soggetti coinvolti, nell'intento di assegnare loro il giusto peso nella vicenda fideiussoria; dall'altro lato la *consistency* assume un significato più ampio, e, per così "esterno", quale proporzione, correttezza che deve informare l'agire reciproco delle parti, nel tentativo di rendere le relazioni contrattuali esattamente bilanciate ed equilibrate.

---

[1] Dottoranda iscritta al corso di dottorato in Mercato e Persona, curriculum di Diritto Civile, presso l'Università Ca' Foscari, Venezia.

[2] In tale direzione, v. già ZAGREBELSKY Gustavo, **Il diritto mite**, Torino, 1992, e per riflessioni più generali sul ruolo del diritto, specie in ordine alle istanze fondamentali di tutela della persona, v. RODOTÀ Stefano, **Il diritto di avere diritti**, Roma-Bari, 2013.

[3] La sesta lezione di Calvino si sarebbe riferita al racconto **Bartleby lo scrivano** di Herman Melville, pubblicato anonimo per la prima volta nel 1853. La novella racconta di un impiegato che lavora presso un avvocato trascrivendo atti giudiziari e che, ad un certo punto, smette di svolgere i propri incarichi, rispondendo alle richieste del suo principale semplicemente: "Avrei preferenza di no".

2. LA COMPLESSITÀ DELLA VICENDA FIDEIUSSORIA

La fideiussione[4], garanzia personale del credito che riveste un ruolo centrale nell'economia di mercato del III millennio[5], viene definita dall'art. 1936 c.c. come il contratto con cui una parte, il fideiussore, garantisce personalmente l'adempimento di un'obbligazione altrui, obbligandosi direttamente verso il creditore.

Già dalla definizione emergono alcune caratteristiche fondamentali dell'istituto, non prive di risvolti problematici; prima fra tutte il carattere funzionale dell'obbligazione del fideiussore rispetto ad un altro rapporto obbligatorio, c.d. principale, che si traduce, sul piano giuridico, nell'accessorietà[6]della fideiussione rispetto all'obbligazione garantita, la quale fa sì che le vicende del debito principale si ripercuotano sulla garanzia. L'accessorietà si è rivelata un "ostacolo" piuttosto consistente rispetto alle esigenze di flessibilità del credito: non a caso, l'esperienza dimostra che proprio la volontà dei privati di superare la rigidezza della disciplina fideiussoria ha costituito il presupposto per la diffusione di nuove garanzie personali atipiche, *in primis* il contratto autonomo di garanzia, non gravate dagli stessi vincoli caratterizzanti la fideiussione.

In effetti, nell'odierna economia di mercato le garanzie del credito sono al centro di profonde tensioni ed istanze innovative[7], delle quali però la fideiussione sembra non risentire particolarmente.

Se è vero infatti che nel corso degli anni la normativa codicistica in materia di fideiussione ha subito una rilevante modifica per effetto delle vicende che hanno interessato la fideiussione *omnibus*[8],è parimenti vero che tale disciplina restituisce complessivamente l'immagine di un

[4] Sul tema, v. fra gli altri,GIUSTI Alberto, **La fideiussione e il mandato di credito**, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu - Messineo-Mengoni, Milano, 1998, e, più di recente, MACARIO Francesco, Garanzie personali. In SACCO Rodolfo (dir.), **Trattato di diritto civile**, Torino, 2009; STELLA Giovanni. **Le garanzie del credito**, In IUDICA Giovanni – ZATTI, Paolo (a cura di). **Trattato di diritto privato**, Milano, 2010; BOZZI Giuseppe, **La fideiussione**, Torino, 2013.

[5] Come è stato efficacemente evidenziato da F. Macario, *op. cit*., p. 144 ss., la causa del negozio fideiussorio consiste in una causa propriamente di garanzia - intesa come rafforzamento della tutela del credito - a cui si affianca uno scopo ulteriore, manifesto soprattutto nella fideiussioni bancarie, ed in particolare *omnibus*, che si può definire di finanziamento. La rilevanza di una tale causa nelle dinamiche del mercato del credito è evidente.

[6] Su cui cfr. MANNINO Vincenzo, Fideiussione e accessorietà, in **Eur. dir. priv.,** 2001, p. 907 ss.

[7] Senza voler accostare garanzie personali e reali, fenomeni ben distinti sul piano funzionale e normativo, non si può non considerare come queste ultime, tradizionalmente connotate da una stretta inerenza con il bene, stiano radicalmente mutando, dirigendosi sempre più verso l'allentamento del vincolo con il bene. Emblematico, in tal senso, l'istituto della c.d. ipoteca ricaricabile, previsto nell'ordinamento francese dal 2006, di cui all'attuale art. 2422 *code civil*, su cui v. FIORENTINI Francesca, La riforma francese delle garanzie reali**,** in **Notariato**, 2006, p. 493 ss., e CHIANALE, Angelo **I diritti reali – l'ipoteca**. in In SACCO Rodolfo (dir.), **Trattato di diritto civile**, Torino, 2009 p. 95 ss. La peculiarità di tale ipoteca, di cui all'attuale art. 2422 *code civil*, consiste nella possibilità di riutilizzo, a vantaggio dello stesso creditore oppure di successivi creditori, individuati tramite una convenzione da stipularsi per atto notarile e da sottoporsi a pubblicità presso il registro immobiliare: essa integra un'erosione dell'accessorietà, poiché l'estinzione del debito non ne determina la perdita di efficacia.

[8] Su cui v. *infra*, par. 4.

contesto piuttosto statico, difficilmente conciliabile con il frammentato e mutevole panorama dei rapporti economici contemporanei.

È pertanto auspicabile una riconsiderazione del fenomeno fideiussorio nell'ottica di una maggiore flessibilizzazione; riconsiderazione chenon può prescindere dall'assumere il punto di vista della coerenza, così da cercare di inquadrare e meglio bilanciare i rapporti contrattuali reciproci.

3. RAPPORTI FIDEIUSSORI E DIRAMAZIONI PLURIME: IL RUOLO DEL DEBITORE PRINCIPALE

Nell'analizzare gli intersecati rapporti fra i soggetti a vario titolo coinvolti nel fenomeno fideiussorio merita attenzione, in primo luogo,la figura del debitore principale: un soggetto, che pure non costituendo parte del contratto fideiussorio, ne condiziona alquanto le sorti.

L'art. 1936 c.c. individua chiaramente il destinatario dell'obbligo assunto personalmente dal fideiussore, ossia il creditore. Si delinea così un rapporto contrattuale bilaterale. Ciononostante, è innegabile la complessiva trilateralità della vicenda sottesa.

Ci si potrebbe pertanto interrogare sulla necessità di coinvolgere, ai fini del perfezionamento della fideiussione, oltre ai due soggetti espressamente indicati come parti contrattuali (fideiussore e creditore), anche il debitore principale[9].

In realtà, a sciogliere l'interrogativo in senso negativo interviene immediatamente il 2° c. dell'art. 1936 c.c., secondo il quale la fideiussione è efficace anche nell'ipotesi - in verità piuttosto improbabile - in cui il debitore non fosse stato neppure a conoscenza del rapporto contrattuale intercorso tra il suo creditore e il terzo che pur presta garanzia nel suo interesse.

Il debitore risulta giuridicamente estraneo al negozio costitutivo della garanzia come confermato da giurisprudenza ormai consolidata[10].

Diversi sono i risvolti normativi in cui si concretizza, peraltro, l'estraneità giuridica del debitore al rapporto fideiussorio.In primo luogo, la fideiussione è considerata ipotesi paradigmatica del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (fideiussore), rispetto a cui, pertanto, trova applicazione la peculiare disciplina in materia di formazione del consenso di

[9] Sul punto, cfr. la riflessione di MACARIO Francesco, Garanzie personali**,** cit., p. 123 ss.

[10] In tal senso, fra le altre, Cass., 27 giugno 1992, n. 8064, in *Giur. it*., 1993, p. 1296 ss.

cui all'art. 1333 c.c. che esclude la necessità della manifestazione esplicita di volontà dell'oblato.

Poi, stante l'estraneità del debitore al rapporto fideiussorio, questi non potrebbe neppure rendere inefficace la fideiussione con un eventuale divieto, né impedire l'adempimento del fideiussore manifestando la sua opposizione[11].

Suddetta estraneità giuridica non esclude che il debitore partecipi in punto di fatto alla concessione dalla garanzia, oppure che il debitore si accordi con il fideiussore ai fini del rilascio della garanzia: in tale caso troverà sì applicazione la figura del contratto a favore di terzi, di cui agli artt. 1411 e ss. c.c.[12], senza che però le intese fra debitore e garante assumano rilievo ai fini dell'individuazione del contenuto della fideiussione.

In effetti, nella prassi non è infrequente che sia proprio il debitore principale ad adoperarsi affinché la fideiussione venga rilasciata in favore del creditore; tanto più in considerazione del fatto che non di rado la fideiussione è condizione necessaria all'erogazione del credito[13].

Ciò rende quindi l'art. 1936 comma 2° c.c. disposizione con scarso significato pratico, seppure con sviluppi giuridici significativi.

4. FIDEIUSSORE E DEBITORE PRINCIPALE: CONDIZIONAMENTI SOGGETTIVI NELL'APPLICAZIONE DELLA TUTELA "CONSUMERISTICA"

Nonostante l'estraneità giuridica del debitore principale al rapporto contrattuale fideiussorio, il debitore torna ad avere un ruolo preponderante in caso di individuazione della normativa applicabile al garante, specialmente ove si tratti di normative di protezione. Ci si riferisce,in particolare,ai diversi casi in cui la giurisprudenza si è trovata a decidere per l'ammissibilità o meno dell'applicazione della disciplina del consumatore ad un rapporto fideiussorio[14].

Sicuramente, al riguardo è venuto meno il problema in passato rappresentato dall'elencazione dei contratti operata dall'originario art. 1469-*bis* c.c., la cui formulazione, facendo riferimento al contratto "che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi" risultava

[11] MACARIO Francesco, Garanzie personali, cit., p. 125 ss.

[12] Come osservato, ancora, da MACARIO Francesco, **Garanzie personali**, cit., p. 129 ss.

[13] V. *supra*, nota 2.

[14] Sull'esigenza di distinguere fra tipi soggettivi di garante e sui correlativi riflessi in materia di disciplina applicabile, di particolare pregio l'analisi di MACARIO Francesco, Garanzie personali, p. 104 ss.

potenzialmente in grado di escludere dal suo ambito applicativo la fideiussione, in quanto contratto di garanzia. È dunque definitivamente appurato che gli artt. 33 e seguenti del codice del consumo trovano applicazione a qualsiasi accordo che contenga clausole volte a determinare un significativo squilibrio del rapporto tra consumatore e professionista[15].

Ai fini dell'applicazione della normativa consumeristica al fideiussore, si tratta a questo punto di verificare la sussistenza l'ulteriore necessario requisito di carattere soggettivo, ossia la presenza di un consumatore, quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Al riguardo, la Corte di Cassazione[16] ha mantenuto costantemente un atteggiamento piuttosto rigido: al fideiussore che presta garanzia in favore di un professionista, pure agendo al di fuori dello svolgimento di qualsiasi attività professionale, non è ritenuta in alcun modo applicabile la disciplina del codice del consumo.

Tale soluzione, uniforme nella giurisprudenza, anche di merito[17], si incentra sul principio di accessorietà del contratto di fideiussione: stante il carattere funzionale della garanzia rispetto al negozio primario, è sul terreno di quest'ultimo che ci si deve interrogare sulla possibilità di applicare la normativa consumeristica, poiché la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore anche ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. Pertanto, in presenza di un debitore garantito-professionista, l'ostacolo al riconoscimento dello *status* di consumatore in capo al fideiussore è insormontabile.

Quindi, in sostanza, l'influenza della situazione soggettiva del debitore sulla posizione fideiussoria viene in genere invocata a detrimento di quest'ultima. Ne deriva un'immagine del debitore principale quanto mai peculiare: un soggetto giuridicamente estraneo sul piano contrattuale, che riacquista però un ruolo centrale sotto il profilo della normativa applicabile al fideiussore. Il ricorso al criterio della coerenza diventa quindi essenziale ai fini del giusto

[15] Sulla questione, v. CARBONE Vincenzo, Contestazione della CE per l'applicazione della direttiva sulle clausole abusive: si apre una querelle, in **Corr. Giur**., 1998, p. 844 ss.

[16] La tesi del professionista "di riflesso" è sostenuta, fra le altre, da Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, in *Corr. giur*., 2001, p. 891 ss., con nota di CONTI Roberto, La fideiussione rispetto alle clausole vessatorie, da Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in **Dir. prat. soc.**, 2006, p. 72 ss., con commento di LONGHINI Pietro, "Factoring" e fideiussione rilasciata da socio della società cedente: profili di tutela**,** e più di recente, da Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in ***Dir. e Giust*.**, 2011, p. 506 ss. con nota di BORTOLOTTI Stefania, Il fideiussore di una società non è un consumatore.

[17] Trib. Padova, 9 gennaio 2012, in **Riv. notariato**, 2013, p. 691 ss., con nota di RINALDO Manuela. Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo.

riequilibrio dei rapporti intersoggettivi coinvolti nella vicenda fideiussoria.

4.1 Segue. Aspetti criticabili. L'emersione del dissenso

L'impostazione della giurisprudenza che nega al fideiussore l'accesso alla tutela consumeristica, nonostante l'ancoraggio ad un presupposto innegabile quale la regola di accessorietà del debito garantito, non è esente da profili criticabili.

Ci si può interrogare, di fronte ad una simile soluzione,sul perché un soggetto come il fideiussore che agisce al di fuori di scopi professionali - il quale, al pari di un consumatore "vero e proprio", riveste una posizione di debolezza contrattuale, ma soprattutto si alloca un rischio contrattuale che talvolta si rivela eccessivo -non possa giovarsi delle tutele che espressamente il codice del consumo prevede a vantaggio di tale categoria.

Escludere acriticamente l'applicazione della disciplina consumeristica solo in ragione della *vis attractiva* del rapporto principale, vorrebbe dire in primo luogo svilire l'intrinseca natura garantista delle disposizioni consumeristiche - volte proprio a proteggere il consumatore a fronte della preponderante forza contrattuale dell'altra parte -e, in secondo luogo, alla luce di considerazioni di analisi economica del diritto, significherebbe accollare ingiustificatamente un rischio sproporzionato al fideiussore.

Non mancano, in effetti, recenti opinioni[18] che contestano l'inerenza della "ipervalutata" regola di accessorietà con la nozione di consumatore e che propongono una differente lettura della questione, incentrata sulla verifica della posizione assunta in concreto dal fideiussore nella singola operazione economica realizzata.

Una diversa soluzione giurisprudenziale è stata, al momento, accolta solo dalla giurisprudenza di merito[19]:nel caso di specie, la pronuncia ha negato che il fideiussore, garante di un credito concesso alla società di cui è amministratore, possa essere considerato consumatore, poiché l'atto compiuto dal garante ha natura imprenditoriale; ma è giunta altresì ad affermare che

[18] Così DOLMETTA, Aldo Angelo , **Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013**, in http://www.dirittobancario.it/spunti-dall-abf/garanzie. Cfr. anche l'analisi critica di RABITTI Maddalena, La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario, in **Contr. e Impresa**, 2014, p. 201 ss., e di MONTICELLI, Salvatore. Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo, in **Nuove leggi civ. comm.**, 2014, p. 131 ss.

[19] Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, con nota di CONTI Roberto, Il fideiussore non è sempre professionista ''di rimbalzo"**,** in **Corr. merito**, 2006, p. 317 e ss.

lo *status* di consumatore deve essere riconosciuto ogni volta che la garanzia, pur in favore di un professionista, sia prestata da un soggetto completamente estraneo all'attività professionale a cui si riferisce il credito garantito. [20]In proposito, viene significativamente menzionato, a titolo di esempio, il caso del pensionato che rilascia fideiussione in favore del figlio imprenditore.

Viene quindi rigettata l'idea che il requisito soggettivo, ai fini dell'applicazione della normativa consumeristica, vada desunto "di riflesso" dalla qualifica del debitore principale, dovendo piuttosto valorizzarsi il concreto ruolo svolto nello specifico affare: solo l'esame della posizione effettivamente ricoperta dal fideiussore rispetto al rapporto debitorio principale potrà indurre il giudice ad escludere o ad affermare la ricorrenza della *status* di consumatore.

Tale soluzione rappresenta, ad oggi, un *unicum* nel panorama giurisprudenziale italiano; tuttavia, analoghe conclusioni provengono da recenti decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario[21], le quali hanno sostenuto che il fideiussore ben può essere destinatario delle norme di tutela dettate in favore del consumatore, quando, all'esito di una verifica incentrata sulla posizione in concreto rivestita dal garante all'interno della specifica operazione economica realizzata, risulti che lo stesso ha agito al di fuori di qualunque scopo professionale.

L'ABF ha quindi evitato il ricorso al criterio della accessorietà della garanzia, al quale ha ritenuto di non dover attribuire alcun rilievo ai fini della determinazione della qualità soggettiva del fideiussore. Sul punto, l'Arbitro dimostra di condividere la posizione espressa da certa dottrina, che, denunciando l'infondatezza della abusata tesi dell'accessorietà, ha accolto con grande favore l'apertura verso una soluzione alternativa[22].

In realtà, è d'obbligo ricordare la mancanza di vincolatività delle decisioni dell'ABF, in quanto meccanismo di ADR. Ciononostante, non è impossibile, ma anziauspicabile, che fra giurisprudenza, in particolar modo di legittimità, e orientamento dell'ABF, si venga ad instaurare un rapporto di reciproca influenza, ispirato al dialogo ed alla cooperazione, tale che

[20] La sentenza in esame ritiene, inoltre, che non può reputarsi che il particolare regime giuridico istituito per i consumatori riguardi soltanto i contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità, anche di terzi, professionale o imprenditoriale, e che, al contrario, un atto strumentale all'esercizio della professione o dell'impresa di un terzo ben può essere ricondotto al regime protettivo di cui al codice del consumo.

[21] Così Collegio ABF Roma, decisione n. 205 del 7 aprile 2010, Collegio ABF Roma, decisione del 2 febbraio 2012, e, ancor più di recente, Collegio ABF Roma, decisione n. 4109 del 2013

[22] Si è espresso al riguardo in termini molto critici e persino provocatori DOLMETTA Aldo Angelo. Il fideiussore può anche essere consumatore, cit., secondo cui "Resta comunque che non è dato comprendere cosa c'entri la regola di accessorietà con la nozione di consumatore. Che anzi, a bene vedere, la tesi della Cassazione si risolve piuttosto nell'allegazione di una (insussistente) regola di simmetria: e, per vero, e non meno dell'altra non afferente alla materia in questione (della riconosciuta veste di consumatore, appunto)."

l'interpretazione del diritto bancario vivente operata dall'arbitro venga a ricoprire un ruolo propulsivo, di stimolo, nei confronti delle pronunce giurisprudenziali, sino ad orientare le posizioni della stessa Corte di Cassazione[23].

Non è così escluso che, nel segno di un siffatto proficuo dialogo,il ruolo del fideiussore nella vicenda contrattuale trovi adeguata considerazione, nell'ottica, ancora una volta, della massima *consistency* e proporzionalità dei rapporti intersoggettivi coinvolti.

5. FIDEIUSSORE E"INCOERENZA" NELLA GARANZIA OMNIBUS

Da un altro punto di vista, l'innegabile, e problematico, legame che inevitabilmente intercorre tra debitore e fideiussore - nonostante la bilateralità del contratto di garanzia - può consentire di analizzare il ruolo di totale "segregazione" a cui il garante è stato relegato per lungo tempo. Il riferimento evoca immediatamente le vicende che hanno riguardato la c.d. fideiussione *omnibus*.

Nonostante l'idea di una garanzia configurata come "generale"[24] - diretta cioè a garantire tutte le obbligazioni del debitore principale, comprese quelle future - fosse emersa già da studi degli anni Cinquanta e di essa si fossero occupate anche due pronunce giurisprudenziali dei primi anni Sessanta[25],le origini della fideiussione *omnibus* come insieme di clausole organicamente rivolte a disciplinare in maniera ed esaustiva ogni profilo del rapporto di garanzia risalgono a quando, dalla metà degli anni Sessanta, l'Associazione Bancaria Italiana elaborò una serie di schemi contrattuali tipo, destinati a regolare in maniera uniforme le fideiussioni prestate in favore di banche a fronte di operazioni di finanziamento.

Accanto ai modelli fideiussori relativi ad operazioni bancarie determinate, venne previsto anche un tipo di garanzia destinato a soddisfare l'adempimento di tutte le obbligazioni presenti e

[23] È quanto auspicato da RABITTI Maddalena, La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario, *cit*., p. 217 ss., che rigetta una visione antagonistica del rapporto fra giurisprudenza della Cassazione e posizioni espresse dall'ABF, proponendo fra i due poli un'interazione costruttiva.

[24] Questa espressione fu coniata da FRAGALI Michele. Fideiussione e mandato di credito, in **Commentario Scialoja e Branca**, Bologna-Roma, 1956 p. 237 ss., per indicare la fideiussione non speciale, prestata cioè non per singole obbligazioni o per obbligazioni nascenti da un singolo rapporto, ma per una o più categorie di crediti.

Sul punto, Cfr. anche ANGELONI Vincenzo, Fideiussione per obbligazioni indeterminate, in **Banca, borsa e tit. cred.**, 1954, p. 65 ss.; FOSCHINI M.**,** Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura, in **Riv. dir. comm.**, 1957, p. 450 ss.; RAVAZZONI Alberto, Fideiussione *(dir. civ.)*, in **Nss. D. I.**, 1957, p. 140 ss.

[25] Si tratta di App. Trieste, 6 dicembre 1960, in **Banca, borsa e tit. cred.**, 1962, p. 80 ss. e Trib. Venezia, 16 giugno 1962, *ivi*, 1963, p. 11 ss.

future che il debitore principale avesse ad assumere nei confronti della banca-creditore, in dipendenza di operazioni bancarie di qualunque natura (rapporti di conto corrente, aperture di credito ecc.).

Una fideiussione così strutturata risultava idonea a rispondere in maniera puntuale all'esigenza, particolarmente avvertita nel mondo bancario e degli operatori economici in generale, di disporre di una garanzia elastica e flessibile, in grado di coprire tutte le obbligazioni che potevano venire ad instaurarsi tra l'istituto di credito e il cliente-debitore, senza dover ogni volta provvedere al rilascio di una nuova garanzia, ovvero alla rinnovazione/integrazione di quelle eventualmente già esistenti.

Molte sono state però le perplessità che la figura in esame ha suscitato, posto che un tale tipo di contratto presentava profili di aleatorietà e di elevato rischio per il fideiussore, soggetto alla possibilità di essere costretto a rispondere per qualsiasi debito nascente dalla contrattazione tra la banca ed il debitore garantito. L'esposizione patrimoniale del fideiussore risultava quindi illimitata e sostanzialmente non preventivabile.

Non a caso, l'estrema ampiezza dell'oggetto della fideiussione *omnibus* è stata al centro delle critiche più accese, che hanno, in particolare, evidenziato la violazione del principio di determinatezza, o almeno determinabilità, dell'oggetto del contratto (artt. 1346 e 1418 c.c.), nonché i rischi di abusi a danno del garante, contro i quali veniva invocato il criterio di salvaguardia della buona fede[26].

In effetti, non era infrequente che il fideiussoreignorasse la reale portata delle obbligazioni assunte dal debitore principale nei confronti della banca, che, al contrario, godeva di un potere contrattuale pressoché illimitato, a fronte del quale il garante svelava tutta la sua incapacità di incidere sulle sorti del rapporto.

La questione ha trovato soluzione grazie alla legge n. 154 del 1992 sulla trasparenza delle operazioni bancarie, che, modificando il testo degli artt. 1938 e 1956 c.c., ha imposto, per le fideiussioni prestate a garanzia di obbligazioni future, la fissazione di un importo massimo garantito, volto a delimitare quantitativamente l'impegno assunto dal fideiussore, recuperando così la coerenza nel segno della proporzione e bilanciamento dei rapporti contrattuali.

[26] Sul punto v. RESCIGNO Pietro, Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus, in **Banca, borsa e tit. cred.** , 1972, p. 720 ss. Ripercorre inoltre l'andamento del dibattito, pochi mesi prima della modifica legislativa, MUNARI Alessandro (a cura di), **Fideiussione omnibus e buona fede**, Milano, 1992.

Peraltro, un ulteriore contributo nella direzione di un più coerente rapporto tra i contraenti, è provenuto, di recente, dalla Suprema Corte[27], cheè giunta a sancire il carattere generale di suddetto obbligo di indicazione dell'importo massimo garantito per le fideiussioni per obbligazioni future o condizionali, di cui al novellato art. 1938 c.c., e, conseguentemente, la sua applicazione estesa anche alle garanzie atipiche.

Inoltre, a seguito dell'intervento normativo del 1992, anche l'A.B.I. ha provveduto ad adottare un nuovo contratto-tipo di fideiussione *omnibus*, caratterizzato dall'apposizione di un massimale e formulato in modo tale che la cifra indicata - comprendente sia il capitale che gli interessi e gli altri oneri accessori - costituisca il limite massimo della garanzia, oltre il quale il fideiussore non può essere chiamato a rispondere nei confronti della banca.

Resta comunque da verificare se l'importo massimo garantito non sia in realtà di entità tale da risultare nei fatti obiettivamente non raggiungibile dal fideiussore nel momento in cui ha assunto la garanzia.

In effetti, se la *ratio* della legge che ha preteso l'indicazione di un importo massimo garantito era, evidentemente, quella di limitare lavalidità delle garanzie *omnibus* per debiti futuri, circoscrivendo così in concreto l'ampiezza dell'impegno assunto dal fideiussore, stabilire un limite massimo garantito molto elevato significa vanificare la limitazione legislativa, compromettendo il recuperato equilibrio dei rapporti fra le parti.

Di conseguenza, non si può escludere che, in una simile ipotesi,oltre all'accesso al rimedio risarcitorio, la soluzione possa essere quella di ritenere la fideiussione prestata nulla per violazione dell'art. 1938 c.c., come se il limite in questione non fosse stato neppure posto, così consentendo, a pieno titolo, l'ingresso della buona fede quale parametro di controllo del contenuto contrattuale[28].

---

[27] Così Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in **Notariato**, 2010, p. 125 ss., con nota di BRIGANTI Ernesto. Secondo tale pronuncia il limite quantitativo della garanzia *omnibus* "corrisponde ad un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico ed ha valenza generale, applicandosi anche alle garanzie atipiche e, tra queste, alle lettere di *patronage*".

[28] Si tratta, comunque, di una soluzione non univoca - incentrata sull'idea che la clausola generale di buona fede debba essere intesa non solo come fonte di integrazione del contratto, ma anche e soprattutto come limite generale dell'autonomia dei privati, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto – sostenuta, di recente, da DI BIASE, Antonio. La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei "limiti" all'impegno del garante, in **Nuove leggi civ. comm.**, 2014, p. 169 ss., in cui l'A. ripercorre dettagliatamente l'analisi della questione, facendo un bilancio complessivo sulla riforma del 1992.

La tesi della buona fede quale limite all'autonomia privata, tale da incidere direttamente sul contenuto contrattuale, è sostenuta, seppur non con specifico riguardo alla fideiussione *omnibus*, anche da RICCIO Angelo, La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale, in **Contr. e impr.**, 1999, p. 24 ss.; e, più di recente, MONTICELLI, Salvatore. La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza, in **Danno e resp.** 2013, p. 712 ss.

6. COERENZA E RIEQUILIBRIO NEGLI SVILUPPI PIÙ RECENTI

Se è vero che negli ultimi decenni la rilevanza dell'istituto della fideiussione è stata in parte oscurata dall'avvento delle garanzie autonome, è altrettanto vero che, in tempi recenti, si registra una nuova tendenza a considerare con attenzione il fenomeno fideiussorio, nella pluralità e complessità dei rapporti intersoggettivi che esso propone.

In particolare, le pronunce giurisprudenziali intervenute in materia di fideiussione, ed anche sulla garanzia *omnibus*, hanno fatto diffusa applicazione del canone generale della correttezza, spesso invocata, nel congegnare i rapporti fra fideiussore e creditore, quale criterio integrativo degli obblighi contrattuali.

In tal senso, si è giunti, già da qualche anno, a sancire, fra l'altro, che il comportamento della banca la quale, a seguito del recesso del fideiussore, abbia proseguito nel rapporto di apertura di credito in conto corrente, senza chiedere la sostituzione del garante o l'integrazione della garanzia, ben può essere valutato sotto il profilo del contrasto con il principio di correttezza[29].

Nondimeno, è stato decretato l'obbligo (o meglio l'"onere") della banca-creditore di verificare l'andamento delle condizioni economiche del debitore garantito anche dopo il rilascio di garanzia *omnibus*[30]*,* pena la perdita della garanzia. Il caso di specie riguardava un'apertura di credito in conto corrente, garantita da fideiussione *omnibus*, in cui si manifestò, in corso di rapporto, un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle iniziali, tale da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore stesso. In proposito, la Cassazione ha affermato che, alla stregua del principio cui si ispira l'art. 1956 c.c., "la banca

---

Per un'indagine di più ampio respiro sugli strumenti di giustizia contrattuale, nell'ottica della costruzione di un diritto privato europeo, cfr. MARINI Giovanni, Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti, in **Riv. crit. dir. priv.,** 2010, p. 63 ss.

[29] Così Cass. 16 marzo 2004, n. 5316, in **Dir. e giust.,** 2004, p. 104 ss. con nota di SAN GIORGIO Maria Rosaria. La sentenza sostiene tale assunto sul presupposto che si dimostri che la banca ha agito con la consapevolezza dell'insufficienza della garanzia, trascurando l'interesse del fideiussore.

[30] Così Cass., 22 ottobre 2010, n. 21730, in **Corr. giur.,** 2011, p. 512 ss., con nota di ROLFI Federico, Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore. Si tratta di una pronuncia estremamente significativa, che si inserisce nel solco dell'ormai consolidata tendenza giurisprudenziale ad ampliare le tutele in favore dal garante, sì da evitare che la flessibilità che la garanzia *omnibus* offre degeneri in condotte abusive, oltre che antieconomiche.

La stessa sentenza effettua anche rilevanti puntualizzazioni in ordine alle garanzia fideiussoria futura concessa in relazione ad un contratto di apertura di credito: poiché l'obbligazione garantita sorge solo da quando l'apertura di credito viene in concreto utilizzata, non esistendo prima di quel momento alcun credito per restituzione in capo alla banca, l'esigenza di tutela del fideiussore sottesa al disposto di cui all'art. 1956 c.c. impone di ritenere che l'ampliamento dell'esposizione del debitore principale, in presenza del quale il fideiussore è liberato se non vi abbia prestato un'ulteriore specifica autorizzazione, si identifichi, in caso di apertura di credito bancario, col momento in cui il maggior credito viene effettivamente utilizzato dal debitore.

creditrice la quale disponga di strumenti di autotutela con cui porre fine al rapporto, impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, è tenuta ad avvalersi di quegli strumenti anche a tutela dell'interesse del fideiussore inconsapevole, se non vuol perdere il beneficio della garanzia, in conformità ai doveri di correttezza e buona fede ed in attuazione del dovere di salvaguardia dell'altro contraente, a meno che il fideiussore manifesti la propria volontà di mantenere ugualmente ferma la propria obbligazione di garanzia".

Ancora, la giurisprudenza, questa volta di merito, è approdata a considerare contrario a correttezza contrattuale il comportamento della banca che conceda finanziamenti al debitore pur conoscendone le gravi difficoltà economiche, ma confidando tuttavia nella solvibilità del fideiussore[31].

Il riferimento alla clausola generale di buona fede è particolarmente frequente nelle ultime pronunce giurisprudenziali: la buona fede concretizza così il secondo significato, per così dire "esterno", della *consistency*, quale sinonimo di trasparenza e onestà che deve governare il comportamento delle parti.

Peraltro, è significativo osservare come il richiamo alla buon fede non rappresenti il tentativo di far confluire istanze di tipo morale e/o etico all'interno del rapporto contrattuale, né rimanga legato ad una generica esigenza di tutela della parte debole del rapporto contrattuale, nell'ottica del c.d. *favor debitoris*. Piuttosto, la buona fede diviene canone integrativo degli obblighi delle parti che evidenzia altresì un nesso con precipue regole di efficienza economica, finalizzate ad una corretta gestione dell'attività creditizia e preventive rispetto a condotte abusive e disfunzionali[32].

[31] Si fa riferimento alla recentissima sentenza del Tribunale di Taranto, 7 marzo 2014, il cui testo integrale è reperibile all'indirizzo http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/10293.pdf, secondo la quale il limite del rischio a cui è esposto il fideiussore è rappresentato dall'assoggettamento della banca - creditore al dovere di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto di garanzia. La conseguenza è che si dovranno escludere dalla copertura fideiussoria i finanziamenti accordati dalla banca al debitore principale in contrasto a tale principio; situazione che si concretizza, quando, come nel caso di specie, la banca conosceva le condizioni patrimoniali disastrose del debitore e tuttavia continuava a concedere anticipazioni bancarie facendo affidamento solo sul patrimonio del garante.

[32] Come è stato efficacemente osservato da ROLFI Federico, Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore, cit., p. 515 ss., se il creditore garantito non fosse gravato da alcun onere di tenere costantemente sotto controllo le condizioni patrimoniali del debitore principale, questi finirebbe per esternalizzare completamente sui garanti il rischio dell'insolvenza del debitore principale; esternalizzazione che si concretizzerebbe in una gestione del rapporto principale del tutto antieconomica.

Il creditore sarebbe cioè indotto a lasciar incrementare l'indebitamento complessivo del suo debitore anche al di là della concreta capienza del patrimonio di quest'ultimo, confidando esclusivamente sul patrimonio del fideiussore. Così, se è vero che probabilmente il creditore potrà recuperare integralmente il proprio credito rivolgendosi al fideiussore, è altrettanto vero che il garante non avrà concreta possibilità regresso nei confronti del debitore principale. Si produrrebbe quindi, in definitiva, un esito complessivamente inefficiente per il sistema economico: in questo modo, infatti, il rischio di inadempimento viene ingiustificatamente spostato dal sistema creditizio generale – sottoposto, come è noto, a meccanismi pubblici di controllo - alla collettività dei privati che hanno concesso garanzie.

Le istanze perseguite dalla giurisprudenza vanno quindi nella direzione non solo di tutela della parte contrattuale svantaggiata, ma anche di riequilibrio sul piano dell'analisi economica. Parrebbe così raccolta l'intuizione "calviniana" della *consistency*, che può rivelarsi utile criterio-guida per una disciplina più ragionevole dei rapporti contrattuali qui esaminati e parametro per vagliare la razionalità delle scelte che si compiono.

CURATELA E COORDINAMENTO SCIENTIFICO DEL VOLUME

FABIANA BETTINI, Dottore di Ricerca in Diritto Privato Comparato e Diritto Privato dell'Unione Europea, Università degli Studi di Macerata

GIACOMO CAPUZZO, Dottore di Ricerca in Diritto Comparato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia

CHIARA CORDOVA, Dottoranda XXIX Ciclo in Scienze Giuridiche, Curriculum Costruzione delle Tradizioni Giuridiche, Università degli Studi di Perugia

JACOPO PAFFARINI, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia, Pos-Doutor presso la Faculdade Meridional –IMED, Passo Fundo (RS), Brasil

NUNZIA PARRA, Dottoranda nel corso di Dottorato in Tutela giurisdizionale delle Situazioni giuridiche soggettive e libertà della concorrenza, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia